



PARTICULARES

EN LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

Y REFLEXIONES SOBRE
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Segunda edición

Sergio García Ramírez

Comisión Nacional de los Derechos Humanos

**VOTOS PARTICULARES
EN LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
Y REFLEXIONES SOBRE CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD**

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ



México, 2015

Primera edición: diciembre, 2014

Segunda edición: octubre, 2015

ISBN: 978-607-729-146-6

D. R. © Comisión Nacional
de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469,
esquina Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

CONTENIDO

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	13
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	19
CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD	25
1. Advertencia	25
2. El control de convencionalidad: perfil y características	26
3. La Corte Interamericana: circunstancia y actualidad	30
4. Integración y fuerza del Derecho internacional (interamericano) de los derechos humanos	33
5. La responsabilidad unitaria del Estado	42
6. Imputación al Estado	44
7. El control de convencionalidad en la doctrina jurisprudencial de la CorteIDH	46
8. Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (artículos 1 y 2 CADH)	48
9. Control interno de convencionalidad derivado del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y de la “vocación” institucional de la CorteIDH	50
10. Control interno de convencionalidad y debido proceso. El juez natural	51
11. Métodos para el control: concentrado y difuso	53
12. Posición de la Suprema Corte de Justicia	56

OPINIONES CONSULTIVAS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-16. <i>EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL</i> , del 1 de octubre de 1999	69
OPINIÓN CONSULTIVA OC-17. <i>CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO</i> , del 28 de agosto de 2002	72
OPINIÓN CONSULTIVA OC-18. <i>CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS</i> , del 17 de septiembre de 2003	87

OPINIÓN CONSULTIVA OC-20. <i>ARTÍCULO 55 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS</i> , del 29 de septiembre de 2009	102
I. Consideración previa	102
II. La opinión consultiva OC-20/2009	104
III. Adiós a la Corte: consideración final	116

CASOS CONTENCIOSOS

<i>CASO CASTILLO PÁEZ VS. PERÚ</i> , del 27 de noviembre de 1998	125
<i>CASO LOAYZA TAMAYO VS. PERÚ</i> , del 27 de noviembre de 1998	129
<i>CASO LAS PALMERAS VS. COLOMBIA</i> , del 4 de febrero de 2000.	
Excepciones preliminares	130
<i>CASO LAS PALMERAS VS. COLOMBIA</i> , del 6 de diciembre de 2001. Fondo	133
<i>CASO BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA</i> , del 25 de noviembre de 2000. Fondo	135
I. Víctima de la violación	135
II. Reconocimiento de la personalidad jurídica	138
III. Derecho a la verdad	140
IV. Aplicación de los convenios de Ginebra	142
V. Cuestiones probatorias	143
<i>CASO BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA</i> , del 22 de febrero de 2002. Reparaciones y costas	146
I. <i>Restitutio in integrum</i>	146
II. Consideración de la especificidad cultural	148
III. Satisfacción honorífica	149
IV. Cálculo de daños y resarcimiento	150
<i>CASO BARRIOS ALTOS VS. PERÚ</i> , del 14 de marzo de 2001. Fondo	151
<i>CASO BARRIOS ALTOS VS. PERÚ</i> , del 30 de noviembre de 2001.	
Reparaciones y costas	156
<i>CASO COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI</i> <i>VS. NICARAGUA</i> , del 31 de agosto de 2001	161
<i>CASOS HILAIRE, CONSTANTINE Y OTROS Y BENJAMÍN Y OTROS</i> <i>VS. TRINIDAD Y TOBAGO</i> , del 1 de septiembre de 2001.	
Excepciones preliminares	167
<i>CASO HILAIRE, CONSTANTINE, BENJAMIN Y OTROS</i> <i>VS. TRINIDAD Y TOBAGO</i> , del 21 de junio de 2002.	
Fondo, reparaciones y costas	169
<i>CASO TRUJILLO OROZA VS. BOLIVIA</i> , del 27 de febrero de 2002	184
<i>CASO CINCO PENSIONISTAS VS. PERÚ</i> , del 28 de febrero de 2003	188
I. Hechos planteados fuera de la demanda	188

II. Violación del derecho a la propiedad	189
III. Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales	190
<i>CASO BULACIO VS. ARGENTINA</i> , del 18 de septiembre del 2003	192
<i>CASO MACK CHANG VS. GUATEMALA</i> , del 25 de noviembre de 2003	201
I. La jurisprudencia de la Corte Interamericana y el <i>Caso Mack Chang</i>	201
II. Actos de admisión y reconocimiento por parte del Estado	203
III. Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos	207
IV. Restricciones o salvedades en la declaración admisoria por parte del Estado	210
V. Responsabilidad del Estado y de los agentes	213
VI. Demora en la justicia. Plazo razonable	214
VII. Responsabilidad “agravada”	216
VIII. La víctima de los hechos violatorios	219
IX. El titular del derecho a la indemnización	221
X. Libertad de expresión	224
XI. Otros temas	226
<i>CASO MARITZA URRUTIA VS. GUATEMALA</i> , del 27 de noviembre de 2003	229
<i>CASO MASACRE PLAN DE SÁNCHEZ VS. GUATEMALA</i> , del 29 de abril del 2004. Fondo	233
<i>CASO MASACRE PLAN DE SÁNCHEZ VS. GUATEMALA</i> , del 19 de noviembre de 2004. Reparaciones	240
I. Derechos individuales y colectivos	240
II. Reparación y preservación de la cultura	244
III. Integración de la indemnización	246
<i>CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA</i> , del 2 de julio de 2004	248
I. Libertad de expresión. Medios de comunicación social y ejercicio del periodismo	248
II. Limitación y restricción en el goce y ejercicio del derecho	250
III. Reacción penal	252
IV. Tutela del honor. Interés público y condición de funcionario	256
V. Recurso ante un juez o tribunal superior	258
VI. Exenciones fiscales	261
VII. Gastos y honorarios de asistentes jurídicos	262
<i>CASO TIBI VS. ECUADOR</i> , del 7 de septiembre de 2004	263
I. Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte Interamericana	263
II. Los patrones de violación	265
III. Justicia penal y derechos humanos	266
IV. El Estado “garante”	268
V. Garantías judiciales y protección judicial	270
VI. Debido proceso	272

VII. Presunción de inocencia	273
VIII. Detención arbitraria	275
IX. Información sobre los cargos	276
X. Control judicial	277
XI. Amparo	278
XII. La defensa	278
XIII. Prueba suficiente	279
XIV. Plazo razonable	280
XV. Prisión preventiva	282
XVI. El estado de las prisiones	283
XVII. Tutela de la posesión	290
XVIII. Protección a la familia y proyecto de vida	291
XIX. <i>Restitutio in integrum</i>	294
XX. Cargas fiscales	294
CASO DE LA CRUZ FLORES VS. PERÚ, del 18 de noviembre de 2004	295
CASO CAESAR VS. TRINIDAD Y TOBAGO, del 11 de marzo de 2005	300
I. Competencia de la Corte	301
II. Pena de azotes	304
III. Plazo razonable	309
IV. Condiciones de detención	310
V. Proporcionalidad de la pena	311
CASO FERMÍN RAMÍREZ VS. GUATEMALA, del 18 de junio de 2005	312
I. El debido proceso y la función penal	312
II. Debido proceso y combate a la delincuencia	318
III. Principio de congruencia entre la acusación y la sentencia	320
IV. Peligrosidad del agente	323
V. Indulto	324
CASO YATAMA VS. NICARAGUA, del 23 de junio de 2005	325
I. Categorías de violaciones. Individuos e integrantes de grupos o comunidades	325
II. Comunidades indígenas	328
III. Eliminación. El <i>Caso de la comunidad moiwana</i>	329
IV. Exclusión. El <i>Caso de la comunidad indígena yakye axa</i>	330
V. Contención. El <i>Caso yatama</i>	332
VI. Participación y derechos políticos	334
CASO GUTIÉRREZ SOLER VS. COLOMBIA, del 12 de septiembre de 2005	336
I. Solución autocompositiva. Características y condiciones	336
II. Composición ante la jurisdicción interamericana	338
III. La práctica del allanamiento	339
IV. Allanamiento y consideración judicial de los hechos	341
V. Cosa juzgada	341
VI. Publicidad del proceso y publicación de la sentencia	343

<i>CASO RAXCACÓ REYES VS. GUATEMALA</i> , del 15 de septiembre de 2005	344
I. La pena de muerte en la Convención Americana y en la jurisprudencia interamericana	344
II. Una revisión reciente	349
III. Alcance del artículo 4 CADH: ampliación de hipótesis y gravedad del hecho	351
IV. Cuestiones procesales	355
V. Situación de las prisiones	356
VI. Valoración de acciones	356
<i>CASO PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE</i> , del 22 de noviembre de 2005	358
<i>CASO GÓMEZ PALOMINO VS. PERÚ</i> , del 22 de noviembre de 2005	365
<i>CASO BLANCO ROMERO Y OTROS VS. VENEZUELA</i> , del 28 de noviembre de 2005	374
<i>CASO LÓPEZ ÁLVAREZ VS. HONDURAS</i> , del 1 de febrero de 2006	374
I. El debido proceso	374
II. Comunicación del motivo de la detención	377
III. La materia del procedimiento	379
IV. Prisión preventiva	380
V. Declaración del inculpaado	383
VI. Plazo razonable	383
VII. Libertad de expresión	389
<i>CASO COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY</i> , del 29 de marzo de 2006	392
I. Cuestiones procesales: procedimientos efectivos y plazo razonable	392
II. Derechos sobre tierras	394
III. Derecho a la vida	397
IV. Reconocimiento de la personalidad jurídica	400
<i>CASO DE LAS MASACRES DE ITUANGO VS. COLOMBIA</i> , del 29 de junio de 2006	401
I. Admisión de hechos y pretensiones y sentencia de la CorteIDH	401
II. Víctima	404
III. Plazo razonable	407
<i>CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL</i> , del 4 de julio de 2006	411
I. Derechos generales y especiales	411
II. Medios de compensación	412
III. Estado “garante”	412
IV. Autonomía personal	413
V. Supuestos específicos de protección	414
VI. Enfermedad mental, autonomía y desvalimiento	414
VII. El “encuentro” entre el enfermo mental y el Estado	416
VIII. Principio de legalidad	417
IX. Delegación de servicios y responsabilidad estatal	418
X. Reconocimiento de responsabilidad	419

<i>CASO CLAUDE REYES Y OTROS VS. CHILE</i> , del 19 de septiembre de 2006	419
<i>CASO GOIBURÚ Y OTROS VS. PARAGUAY</i> , del 22 de septiembre de 2006	423
<i>CASO VARGAS ARECO VS. PARAGUAY</i> , del 26 de septiembre de 2006	431
<i>CASO TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO (AGUADO ALFARO Y OTROS) VS. PERÚ</i> , del 24 de noviembre de 2006	434
<i>CASO DEL PENAL MIGUEL CASTRO Y CASTRO VS. PERÚ</i> , del 25 de noviembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas	438
I. Aplicación de la Convención de Belém do Pará	438
II. Empleo de la fuerza sobre personas privadas de libertad	449
<i>CASO DEL PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO VS. PERÚ</i> , del 2 de agosto de 2008. Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas	451
<i>CASO LA CANTUTA VS. PERÚ</i> , del 29 de noviembre de 2006	461
I. Jurisprudencia de la Corte sobre autoamnistías	461
II. Debido proceso, cosa juzgada y <i>ne bis in idem</i>	464
III. Colisión de derechos	465
IV. El contexto o circunstancia de las violaciones	466
V. Apreciación sobre la gravedad de los hechos	468
VI. Reparaciones y reconocimiento de responsabilidad	468
<i>CASO DE LA MASACRE DE LA ROCHELA VS. COLOMBIA</i> , del 11 de mayo de 2007	471
<i>CASO ESCUÉ ZAPATA VS. COLOMBIA</i> , del 4 de julio de 2007	474
<i>CASO GARCÍA PRIETO Y OTRO VS. EL SALVADOR</i> , del 20 de noviembre de 2007	479
I. Deber de investigar	479
II. Adopción de medidas para el cumplimiento de las resoluciones: el proceso de recepción nacional	480
III. Recepción en la cultura	481
IV. Recepción constitucional	481
V. Recepción política	482
VI. Recepción jurisdiccional	482
VII. Recepción legal (instrumental)	482
VIII. Iniciativas de regulación	483
IX. Ratificación sobre el papel de la Corte, a través del proceso, en la tutela subjetiva y objetiva de los derechos humanos	483
<i>CASO CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ VS. ECUADOR</i> , del 21 de noviembre de 2007	484
I. Temas del enjuiciamiento penal en la jurisprudencia de la CorteIDH	484
II. Las medidas cautelares en materia penal. Tensiones características	485
III. Privación cautelar de la libertad	487

<i>CASO ALBÁN CORNEJO Y OTROS VS. ECUADOR</i> , del 22 de noviembre de 2007	491
I. Protección de la salud y derecho a la vida, a la integridad y a la justicia	491
II. Derechos y deberes en la atención de la salud	492
III. Normativa de la materia. Historia clínica	493
IV. Normativa de la materia. Responsabilidad. Tipo penal	494
V. Cuerpos dictaminadores	495
VI. Derechos humanos y bioética	496
VII. Prescripción de la pretensión punitiva	497
<i>CASO KIMEL VS. ARGENTINA</i> , del 2 de mayo de 2008	499
<i>CASO HELIODORO PORTUGAL VS. PANAMÁ</i> , del 12 de agosto de 2008	507
<i>CASO BAYARRI VS. ARGENTINA</i> , del 30 de octubre de 2008	513
<i>CASO TICONA ESTRADA Y OTROS VS. BOLIVIA</i> , del 27 de noviembre de 2008	518
<i>CASO VALLE JARAMILLO Y OTROS VS. COLOMBIA</i> , del 27 de noviembre de 2008	523
I. Plazo razonable	523
II. Participación de la víctima en el enjuiciamiento	527
<i>CASO TRISTÁN DONOSO VS. PANAMÁ</i> , del 27 de enero de 2009	531
I. Principio de legalidad	531
II. Ministerio Público	533
<i>CASO KAWAS FERNÁNDEZ VS. HONDURAS</i> , del 3 de abril de 2009	535
I. Prueba y sentencia	536
II. Preservación del ambiente	537
III. Plazo razonable	538
<i>CASO ACEVEDO BUENDÍA Y OTROS (CESANTES Y JUBILADOS DE LA CONTRALORÍA)</i> , del 1 de julio de 2009	541
I. Pérdida de la oportunidad de realizar actos en el enjuiciamiento	541
II. Expresiones del Estado en procuración de soluciones amistosas	542
III. Plazo razonable	543
IV. Adquisición de derechos	544
V. Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales	544
<i>CASO ESCHER Y OTROS VS. BRASIL</i> , del 6 de julio de 2009	546
<i>CASO ANZUALDO CASTRO VS. PERÚ</i> , del 22 de septiembre de 2009	550
<i>CASO DACOSTA CADOGAN VS. BARBADOS</i> , del 24 de septiembre de 2009	559
<i>CASO USÓN RAMÍREZ VS. VENEZUELA</i> , del 20 de noviembre de 2009	565
<i>CASO SALVADOR CHIRIBOGA VS. ECUADOR</i> , del 3 de marzo de 2011	569

MEDIDAS PROVISIONALES

<i>ASUNTO JAMES Y OTROS. TRINIDAD Y TOBAGO.</i>	
Resolución del 29 de agosto de 1998	575
<i>ASUNTO DE LA COMUNIDAD DE PAZ DE SAN JOSÉ DE APARTADÓ.</i>	
<i>COLOMBIA.</i> Resolución del 24 de noviembre de 2000	575
<i>ASUNTO COMUNIDADES DEL JIGUAMIANDÓ Y DEL CURBARADÓ.</i>	
<i>COLOMBIA.</i> Resolución del 6 de marzo de 2003	577
<i>ASUNTO PUEBLO INDÍGENA KANKUAMO. COLOMBIA.</i>	
Resolución del 5 de julio de 2004	578
<i>ASUNTO DEL PUEBLO INDÍGENA DE SARAYAKU. ECUADOR.</i>	
Resolución del 6 de julio de 2004	581
<i>ASUNTO DIARIOS “EL NACIONAL” Y “ASÍ ES LA NOTICIA”.</i>	
<i>VENEZUELA.</i> Resolución del 6 de julio de 2004	584
<i>ASUNTO DE LA CÁRCEL DE URSO BRANCO. BRASIL.</i>	
Resolución del 7 de julio de 2004	587
<i>ASUNTO DE LA EMISORA DE TELEVISIÓN “GLOBOVISIÓN”.</i>	
<i>VENEZUELA.</i> Resolución del 4 de septiembre de 2004	590
<i>ASUNTO DE LAS PENITENCIARIÁS DE MENDOZA. ARGENTINA.</i>	
Resolución del 18 de junio de 2005	593
<i>ASUNTO DE LAS PENITENCIARIÁS DE MENDOZA. ARGENTINA.</i>	
Resolución del 30 de marzo de 2006	599
<i>ASUNTO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES PRIVADOS</i>	
<i>DE LA LIBERTAD EN EL “COMPLEXO DO TATUAPÉ DA FEBEM”.</i>	
<i>BRASIL.</i> Resolución del 30 de noviembre de 2005	605
<i>ASUNTO DE LOS HABITANTES DEL INTERNADO JUDICIAL</i>	
<i>DE MONAGAS (“LA PICA”). VENEZUELA.</i>	
Resolución del 9 de febrero de 2006	616
<i>ASUNTO DEL INTERNADO JUDICIAL CAPITAL EL RODEO I</i>	
<i>Y EL RODEO II. VENEZUELA.</i> Resolución del 8 de febrero de 2008	617

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Esta obra constituye la segunda edición del libro que contiene mis votos particulares como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitidos entre 1998 —fecha del primer voto que figura en la presente publicación— y 2011 —fecha del último que aparece aquí—. En el *Prólogo* a la primera edición expliqué el sentido de la obra y comenté mi propia posición con respecto a los votos particulares en un órgano jurisdiccional colegiado. Me remito a lo expuesto entonces. No se trata, pues, de artículos doctrinales, sino de votos judiciales elaborados por el autor una vez presentados y discutidos los casos correspondientes. Surgen en el debate y con motivo de éste, sea para coincidir —como ha ocurrido en la casi totalidad de los casos en que emití voto personal, además de sumarme al sufragio general—, sea para discrepar razonadamente.

Esta edición —a la que se agrega un texto en torno al control interno de convencionalidad, que figura en la primera parte de la obra— aparece merced a la generosa hospitalidad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que lleva adelante una meritoria tarea al servicio de la gran causa de esos derechos en nuestro país. Por ello debo especial reconocimiento al maestro Luis Raúl González Pérez, quien fuera Abogado General de la Universidad Nacional Autónoma de México y actualmente funge como Presidente de la Comisión Nacional, y a la doctora Julieta Morales Sánchez, joven y distinguida colega, Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos (CENADEH), con quien he tenido el privilegio de coincidir como coautor de una obra que estimo relevante en el ámbito de su especialidad: *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, y que en 2015 ha alcanzado una cuarta edición bajo los sellos editoriales de Porrúa y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Aprecio la hospitalidad que se otorga a la segunda edición de mis *Votos*, como también la que me brindaron la CNDH y su CENADEH para la primera —reconocimiento del que ya dejé constancia— y la publicación que otras instituciones hicieron de votos que emití entre 1998 y 2004: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), Universidad Iberoamericana —planteles del Distrito Federal y de Puebla— y Universidad Autónoma de Guanajuato.

Como dije, la presente edición recoge también una breve reflexión en torno al control de convencionalidad, tema que he abordado reiteradamente y que ahora se localiza en la primera parte del libro. En agosto

de 2012 expuse los hechos y las ideas que figuran en estas páginas, que he revisado para ajustarlos al tiempo y a las circunstancias, así como a las reflexiones que sugiere el desarrollo de la materia en estos últimos años. Sin embargo, los cambios que he incorporado —inclusive algunas adiciones— han sido escasos. Conservo el concepto original, sus lineamientos esenciales, las interrogantes que provoca y las sugerencias para el mejor desarrollo del control de convencionalidad. Incluyo comentarios sobre la jurisprudencia internacional y nacional emitida después de la primera aparición de este trabajo. También modifiqué la redacción en algunos puntos.

Debo informar que este estudio sobre control judicial de convencionalidad —que es la raíz del control, conforme a la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana— apareció inicialmente en una publicación del Poder Judicial de Aguascalientes (2012), con el mismo nombre de *Control judicial de convencionalidad*, gracias a la buena disposición del Presidente del Supremo Tribunal de esa entidad federativa, licenciado Fernando González de Luna. Sirvió también para la exposición que hice en un programa académico de dicho Tribunal, en 2012, dirigida a funcionarios judiciales. Entonces expresé mi reconocimiento a la encargada del despacho del Instituto de Capacitación del Poder Judicial, licenciada Iveth Negrete Valdés, y al coordinador editorial del Instituto, licenciado Gabriel de Anda Martínez.

He abordado con algún detenimiento estas cuestiones en numerosas conferencias sustentadas en diversos foros jurídicos nacionales; por ejemplo, las XIII Jornadas de Actualización en Derecho Procesal, organizadas por el Colegio de Profesores de Derecho Procesal “Dr. Cipriano Gómez Lara”, el Instituto Mexicano de Derecho Procesal y el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (México, 24 de junio de 2011), el Seminario sobre las Reformas Constitucionales en Materia de Derechos Humanos y Amparo, de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados (México, 7 de octubre del mismo año), y en otros medios académicos, profesionales o judiciales.

La primera versión del texto sobre control de convencionalidad apareció en mi libro *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo* (2014). Asimismo, en la obra colectiva *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* (coord. E. Ferrer Mac-Gregor, 2012); en *Revista Podium Notarial* (Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, 2011); en *Revista IUS*, México, vol. 5, núm. 28, julio-diciembre, 2011; y en la *Revista Perspectivas en Derechos Humanos* (Poder Judicial del Estado de Oaxaca, 2012).

Me permito anticipar aquí algunas reflexiones sobre puntos que desarrollo en el texto agregado a este libro. Es ampliamente reconocida la gran importancia que ha adquirido el control de convencionalidad de los actos de autoridad, tema que guarda estrecha relación con el control de constitucionalidad, cada uno en su propio ámbito y con sus fundamentos y alcances característicos; hay elementos que permiten distinguir entre uno y otro y que sugieren brindar a cada uno el tratamiento que resulta pertinente, considerando su naturaleza y propósito.

El control de convencionalidad, vía para la formación del orden jurídico común sobre derechos humanos (en primer término, en el espacio americano) se sustenta en la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y recibida en México a través de diversas resoluciones jurisdiccionales. Entre éstas destaca, a partir de julio de 2011, el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto al cumplimiento de la sentencia dictada por aquel tribunal supranacional en el ya famoso *Caso Radilla Pacheco*. Es pertinente indicar que hay pronunciamientos anteriores, incluso del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y de algunos órganos jurisdiccionales federales y locales. Las decisiones posteriores son muy numerosas; en el conjunto destaca la resolución de la SCJN acerca de la contradicción de tesis 293/2011.

La bibliohemerografía en torno al régimen de control de convencionalidad, su naturaleza, rasgos y alcances, es cada vez más abundante, tanto en México como en otros países. No pretendo examinar ahora las obras —individuales o colectivas— y los artículos destinados a estos temas. Mencionaré, sin embargo, dos trabajos de los que soy coautor, publicados en el propio 2011 y en los que aparecen numerosas referencias a otros autores que han estudiado estas cuestiones, a saber: García Ramírez y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional de 2010-2011*, Ed. Porrúa/IJ-UNAM, México, 2011 (4ª. ed., 2015), obra a la que antes aludí, y García Ramírez y Del Toro Huerta, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, Ed. Porrúa/IJ-UNAM, México, 2011 (2a. ed., 2015). En estos libros, los coautores analizamos antecedentes, novedades y proyecciones del control de convencionalidad a cargo de juzgadores nacionales que examinan actos de autoridad —generalmente disposiciones de la ley interna— a la luz de tratados internacionales sobre derechos humanos, o alusivos, en diversa medida, a estos derechos, adoptados formalmente por México.

Inicialmente me referí al control de convencionalidad en diversos votos personales correspondientes a sentencias emitidas por la Corte Interamericana, antes de que la doctrina fuese acogida, enriquecida y des-
envuelta por aquélla en la sentencia del conocido *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre de 2006).

Es interesante señalar, como lo hago en otra parte de este trabajo, que la jurisprudencia interamericana no se pronunció necesariamente por un modelo concentrado o difuso de control de constitucionalidad, aunque es claro que ha mirado con simpatía en esta última dirección. Finalmente, la decisión a este respecto corresponde a cada país en función de sus propias circunstancias y de la mejor protección de los derechos humanos, en la inteligencia de que deberá reconocer los datos básicos del control como medio para la recepción interna del Derecho internacional de los derechos humanos, en la medida en que éste posee eficacia vinculante. Es perfectamente posible, por ende, que el legislador interno organice un régimen de consultas similar a las cuestiones de constitucionalidad que ofrecen otras experiencias nacionales y que permiten la unidad de interpretación y favorecen la seguridad jurídica. De esta materia me ocuparé adelante, citando los pareceres coincidentes y mi propio punto de vista.

También debo destacar que en la doctrina de la Corte Interamericana resulta esencial, como lo advertirá el lector de estas sentencias, que el control se ejerza bajo el principio de legalidad, es decir, según las competencias internas y conforme a los procedimientos instituidos para tal efecto. A partir de la sentencia en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (24 de noviembre de 2006), el tribunal supranacional dejó claramente sentada la fórmula que reiteraría en posteriores sentencias, entre ellas varias concernientes a México, y que conviene retener, estudiar y aplicar a la hora de establecer el imperio y las modalidades del control judicial interno de convencionalidad.

Esa fórmula previene: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

En suma, hay datos a considerar si se quiere atender, entender y aplicar con fidelidad y rigor las determinaciones originales de la Corte Interamericana. Otra cosa sería si se pretende una reelaboración de aquellas determinaciones, imprimiendo a nuestro tema una orientación diferente, que trae consigo nuevos problemas conceptuales y aplicativos.

Esos datos centrales, cuyas características se hallan en el texto al que atiende esta presentación, se resumen como sigue:

- a) control judicial de convencionalidad para establecer la conformidad entre la norma nacional y la internacional (no hay salvedad sobre el carácter de la norma interna: legal o reglamentaria);

- b) control a cargo de los órganos judiciales (tal vez, más extensamente, jurisdiccionales, aun cuando la expresión inicial de la Corte Interamericana parece limitativa: órganos del Poder Judicial), no de los administrativos, que también deben observar la normativa internacional de derechos humanos, aunque esa observancia posee otra fuente (artículo 1º constitucional), diferente del control judicial de convencionalidad. Subordinación al tratado internacional no implica, por sí mismo, control de convencionalidad en el sentido primordial de este concepto;
- c) control ejercido de oficio, *motu proprio*, por el órgano que cumple esta función, sin necesidad de requerimiento o instancia de una parte procesal, lo cual pone en movimiento, asimismo, el principio *jura novit curia* y la suplencia de la queja (ausencia o deficiencia);
- d) control ejercido en los términos de la competencia del órgano que pretende realizarlo (y que debe estar facultado, en consecuencia, para esta misión: principio de legalidad en cuanto a las atribuciones específicas del juzgador);
- e) control cumplido conforme a un procedimiento regulado (que debe hallarse previsto, para ese efecto, en la ley: principio de legalidad a propósito del procedimiento).

He insistido con frecuencia en la necesidad, que me parece evidente, de que el órgano legislativo mexicano —que demoró en demasía la reglamentación de importantes reformas constitucionales: enjuiciamiento penal, amparo, recepción nacional del orden internacional, por ejemplo— emita cuanto antes, pero con el mayor cuidado, las disposiciones a las que debe sujetarse el control de convencionalidad, que no es por sí mismo, en mi concepto, un control de constitucionalidad. El cimiento fue puesto en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia —particularmente la relativa al *Caso Radilla*, expediente Varios 912/2010—, que abrieron el camino en ausencia de normas legales, para animar el cumplimiento del control de convencionalidad y la preservación de los derechos fundamentales de los individuos.

Sergio García Ramírez

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

A la jurisdicción interamericana, una vena por la que corre la gran causa de los Derechos Humanos, he dedicado tiempo y reflexión una buena parte de mi vida. En aquella cifré entusiasmo y devoción durante los 12 años en que ejercí la magistratura, entre ellos cuatro en los que me desempeñé como Presidente de la Corte Interamericana. Creo haber cumplido en la medida de mis fuerzas. En esa etapa figuran tareas y progresos inscritos en los haberes del Tribunal, sin incurrir en vanidades o estridencias ni desconocer el excelente trabajo realizado por otras generaciones de juzgadores.

No olvido que el impulso para orientar mi acceso a esa magistratura provino de mi admirado amigo Héctor Fix-Zamudio. Tampoco omito el reconocimiento que debo a distinguidos miembros del Servicio Exterior Mexicano que asumieron íntegramente la tarea de sostener mi candidatura a la Corte Interamericana ante las representaciones nacionales y los órganos internacionales que debían pronunciarse sobre aquella en dos etapas sucesivas: una a partir de 1997, otra en 2003.

No llevé a cabo diligencia alguna, nunca y en ninguna circunstancia, para plantear y sostener esa candidatura. Lo hubiera hecho, por supuesto, si hubiese aspirado a un cargo de representación popular, pero no como pretendiente a una función judicial. Así lo previne a las autoridades de mi país y así procedí en todo momento. De ahí mi reconocimiento a los competentes diplomáticos que me hicieron el honor —en función de sus propios encargos y atribuciones— de promover mi designación: Embajadores Carmen Moreno, Sergio González Gálvez, Miguel Ruiz Cabañas y Ernesto Campos Tenorio, entre otros.

Data de mucho tiempo mi cercanía inmediata y directa con ciertos temas de la práctica de los derechos humanos, algunos de entre los más complejos y aleccionadores. Primero llegó esa práctica servida en instituciones de reclusión, y más tarde en el estudio especializado, la investigación y la docencia. Las cárceles, no las aulas, fueron mi inicial trinchera. Pero hice el camino en la segura dirección que me ofrecieron la práctica y la teoría que marchan de la mano y fecundan el pensamiento y la acción de quien las asocia en la realización de un mismo proyecto. Ese fue mi caso.

Estaba lejos de imaginar que algún día participaría en la jurisdicción interamericana cuando ésta se hallaba en plena fragua (1969) y yo impartía, como joven profesor universitario, el curso sobre Derechos Humanos y Derecho Penal en un seminario reunido en la Casa del Risco. Desde ese foro académico, patrocinado por la Universidad Nacional Autónoma

de México, la Cancillería y la Organización de los Estados Americanos, catedráticos y estudiantes dirigieron su atención hacia la Conferencia Interamericana Especializada en Derechos Humanos que adoptó en San José, Costa Rica, la Convención Americana de esa materia. Ese fue el marco normativo para el establecimiento de la Corte, que suscitó esperanzas y recelos; vale decir que la Corte ha cumplido, con honor y eficacia, sus primeros 35 años como baluarte de los Derechos Humanos en nuestro continente. Así lo reconocen los observadores de buena fe. Abundan las pruebas que lo acreditan.

He elaborado y publicado numerosos libros y artículos, en México y en otros países, además de cursos y conferencias, con sustento en mis afanes judiciales y académicos aplicados a los Derechos Humanos. En ellos expongo el origen, la naturaleza, el desarrollo, los problemas y los progresos de la jurisdicción interamericana como parte de lo que he llamado la “navegación americana” hacia el imperio de los Derechos Humanos, destacando sus coincidencias y diferencias —sin perjuicio de la identidad sustancial— respecto de otras “navigaciones”: la universal, la europea, la africana, por ejemplo.

A esos esfuerzos agrego esta obra, editada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a través del Centro Nacional de Derechos Humanos. Lo agradezco. Anteriormente algunos votos fueron recogidos en otro libro que debo a la hospitalidad editorial del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (Guadalajara) en coedición con las Universidades Iberoamericanas de México, D. F., y Puebla y con la Universidad de Guanajuato.

En el presente volumen se hallan dispuestos en orden cronológico (salvo cuando varios votos se refieren a resoluciones dictadas respecto de un mismo litigio, y en ese caso se presentan en un solo bloque) todos los votos razonados que emití en opiniones consultivas, sentencias sobre casos contenciosos y medidas provisionales durante mi ejercicio como juez de la Corte Interamericana. Por supuesto, soy único responsable de esos puntos de vista. Algunos fueron acogidos por el Tribunal como parte de su jurisprudencia. En esos votos —concurrentes en su gran mayoría, con una sola excepción— sugiero rumbos, propongo soluciones, aclaro conceptos en torno a cuestiones debatidas, abundo sobre planteamientos que las correspondientes sentencias sólo apuntan de manera concentrada y analizo extremos sustantivos o procesales cuyo examen suscitó el quehacer judicial interamericano. Invariablemente respeto el parecer de mis colegas y jamás incurro en reproches para rechazar los puntos de vista sustentados por el Tribunal en su conjunto o por los jueces en particular.

Procuré —ojalá lo haya conseguido— distinguir el contenido, el alcance y la extensión de un voto judicial de los que corresponden a un artículo de doctrina. Cada uno tiene sus reglas, derivadas del ámbito en el que

aparecen y de la finalidad a la que se orienten. El Tribunal es un órgano de la administración de justicia, no un seminario académico. Por otra parte, la Corte no es un agente editorial para la difusión de doctrinas y especulaciones.

Mis votos fueron elaborados en los periodos de sesiones a los que corresponden las respectivas resoluciones. No son ponencias previamente preparadas para orientar el parecer de los jueces y encaminar las decisiones de la Corte. Sobra decir que todos los votos fueron redactados en largas horas de trabajo exclusivamente por quien los suscribe, sin asistencia de asesores o auxiliares, ni en mi país ni en Costa Rica. Algunas veces solicité su lectura a abogados de la Corte. Sus opiniones siempre fueron valiosas.

A riesgo de prolongar este prólogo, pero con la intención de comentar mi experiencia en la emisión de votos personales en la Corte Interamericana, me permitiré transcribir en seguida las reflexiones que a este respecto expuse en mi sufragio correspondiente a la *Opinión Consultiva 20* (que también recibe la hospitalidad de este libro), cercano ya el momento de mi egreso de la función jurisdiccional interamericana. Transcribo la porción de ese voto sólo en lo relativo a la práctica de votos personales desde mi propia perspectiva, aunque al hacerlo quizás reitere alguna expresión ya recogida en el presente prólogo. El lector será benévolo —así lo espero— con quien sólo pretende explicarse ante aquellos a quienes pudiera interesar esta vertiente del quehacer de un juez.

6. Desde que la Corte emitió sus primeros pronunciamientos —opiniones consultivas o sentencias— algunos jueces, no pocos, expusieron en votos particulares sus propios puntos de vista acerca de diversos temas, sin perjuicio de coincidir, en la mayoría de los casos, con sus colegas. A esta categoría pertenecen los votos razonados particulares, que son el género, en el que se incorporan dos especies: votos concurrentes y votos discrepantes. La buena práctica de la Corte ha permitido escuchar con aprecio los pareceres de los jueces, sin perjuicio de la deliberación que suele ocurrir en el examen colegiado de los temas que aborda el tribunal. Se ha respetado el voto que cada juez consideró pertinente expresar, sea que coincidiera con la mayoría, sea que difiriese de ella. Sana costumbre entre pares que se reconocen y respetan como tales, sin espacio para la imposición o la intolerancia.

7. La emisión de votos particulares obedece a diversos factores. Es obvio que la pertinencia o acaso la necesidad de expresarlos aumenta cuando el suscriptor discrepa de sus colegas y debe fundar un sufragio minoritario, exponiendo las razones que lo sustentan, en contraste con el concepto de la mayoría que consta en el cuerpo de la opinión o de la sentencia. Es preciso explicar, analizar, fundar. También es natural que se procure —en mayoría o en minoría— convencer.

8. La aportación de votos concurrentes no atiende por fuerza a los mismos motivos. Obedece a una manera personal de entender el oficio judicial, a un temperamento, a una forma de trasladar al conocimiento general lo que el suscriptor quiere compartir, porque la resolución no abarca todo lo que debiera —en ocasiones es imposible que la sentencia o la opinión asuman la reflexión de los juzgadores, en cada uno de los detalles— o porque se desea proponer nuevos rumbos a la jurisprudencia, o manifestar dudas y reflexiones personales que los lectores pueden compartir, esclarecer o rechazar. En ocasiones, pero desde luego no siempre, la emisión de estos votos va de la mano con el quehacer del juez en otros ámbitos o simplemente con su costumbre en el trabajo: así, por ejemplo, el quehacer académico y el aprecio por la manifestación escrita de las ideas.

9. En suma, la expresión de opiniones separadas no exalta ni disminuye a quien la practica; tampoco grava a quien no lo hace. Sólo refleja un modo de ser y hacer las cosas, y acaso puede contribuir a poner ante los ojos del lector de sentencias —y aplicador del Derecho contenido en ellas— las meditaciones y los motivos del tribunal. Es válido. Obviamente, aludo a opiniones jurídicas sobre los temas de este carácter que aborda una sentencia, no a textos de otra naturaleza: ensayos retóricos o excursiones literarias; tampoco libelos.

10. En el tiempo de mi ejercicio como juez he presentado más de sesenta votos particulares. En su mayoría son sufragios concurrentes. Alguna vez mi coincidencia fue percibida como discrepancia. Comprendo esta apreciación. Sucede que la marcha sobre el filo de la navaja pone a la luz cavilaciones, dudas, selecciones difíciles, que dan cuenta de los gramos puestos en cada platillo de la balanza hasta inclinar ésta en el sentido en el que finalmente se produce el voto. Confieso mi tendencia a procurar el consenso que fortalece un pronunciamiento —aunque eventualmente podría debilitarlo—, con base en las coincidencias esenciales, lo que por supuesto no significa convenir a todo trance, si la razón no lo permite. Regularmente, mis votos son individuales. Sólo en muy pocos casos he participado con otros colegas.

11. La elaboración de votos particulares, expresión adicional de razonamientos, motivos, sugerencias, me ha permitido presentar mis puntos de vista desde una perspectiva más personal (que no compromete a la Corte, aunque ésta la haya acogido en algunas de sus resoluciones posteriores, convirtiéndola en jurisprudencia del tribunal) y expresarlas con mis propias palabras. No haré aquí la relación de esos temas, tan abundantes e importantes. Van de las garantías del debido proceso, cuyo espacio extendió la Corte, a los problemas carcelarios; del juez natural a la solución autocompositiva; de la tutela de la libertad y la protección de la salud a la reivindicación de los derechos de integrantes de comunidades indígenas; de la responsabilidad del Estado por actos de terceros al deber de justicia; de los derechos generales y las medidas especiales para la protección integral de los niños y

adolescentes a la libertad de expresión en la sociedad democrática; de los derechos económicos y sociales —punto pendiente de mayor examen— a la garantía colectiva cuando ocurren muy graves violaciones a derechos humanos; de la tutela de miembros de grupos en riesgo en el marco de las medidas provisionales a los derechos de trabajadores migrantes indocumentados; de las reparaciones indemnizatorias tradicionales al catálogo amplio y renovado de consecuencias jurídicas —bajo el rubro de “reparaciones” —, que constituye una de las aportaciones más fecundas y luminosas de la Corte al Derecho internacional de los derechos humanos, etcétera, etcétera.

12. En esta reflexión retrospectiva sobre mis votos particulares, que reflejan en el texto mi propia actitud como juez —y, más ampliamente, como persona—, en relación con la Corte, con mis colegas y con otros órganos y actores del sistema, evité invariablemente que mis opiniones entrañaran juicio o causaran agravio a quienes sostienen puntos de vista diferentes o inclusive opuestos a los míos. También puse especial cuidado en no cuestionar a la Corte misma, su desempeño, sus méritos, sus afanes, sus tiempos y cuidados, convirtiendo mis opiniones en referencia para medir el acierto y el progreso de la jurisdicción.

13. No soy juez de la Corte, “juez de jueces”. Procuro ser un juez que concurre con sus colegas en la responsabilidad de administrar justicia, y busca el éxito de la obra común, respeta las ideas de sus pares, reconoce la legitimidad de sus razones y el mérito de sus esfuerzos y pretende el prestigio del organismo al que pertenece y el desarrollo de la misión que éste atiende. Sobra decir que hay otros motivos para observar cautela y practicar serenidad en la elaboración de los votos personales: no considero, en lo absoluto, que mi opinión sea la mejor, y mucho menos la única admisible. Si algún colega difiere de mis razones, siempre es posible que las suyas sean mejores. Habrá tiempo y circunstancia para saberlo a través de mayores reflexiones.

Entrego esta obra, con su bagaje de experiencias, dudas, propuestas, inquietudes, afirmaciones, a quienes se interesan en el estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los pronunciamientos del Tribunal llamado a interpretarlo y aplicarlo. El conjunto del ordenamiento internacional se integra —así lo ha entendido la Corte y lo reconocen cada vez más los tribunales internos— en los preceptos convencionales y la interpretación que el Tribunal internacional hace de ellos. Los votos particulares concurren a la reflexión colectiva y sugieren futuros desarrollos.

En suma, sólo hago una modesta contribución al conocimiento del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, al que me incorporé, con gran esperanza y alegría, en el distante 1988. Con los mismos sentimientos concluí mi tarea como juzgador y proseguí la de académico comprometido con el entendimiento, la difusión y la práctica

de los derechos humanos, en la discreción de mi propio quehacer, sin ánimo protagonístico. Dejo constancia de mi propósito de contribuir a la compleja construcción del Sistema tutelar de los derechos humanos, jamás de la intención de destruir lo que ha costado gran trabajo y ha brindado tan evidentes beneficios.

Con el mayor respeto evoco el pasado de ese Sistema y a muchos de los hombres y las mujeres que en él cumplieron la misión que les correspondió. Y con el mismo aprecio observo el riguroso empeño de otros muchos receptores de una estafeta que ahora mismo llevan adelante la tutela jurisdiccional de los derechos y las libertades de millones de compatriotas americanos.

Sergio García Ramírez

CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD

Contenido: 1. Advertencia. 2. El control interno de convencionalidad: perfil y características. 3. La Corte Interamericana: circunstancia y actualidad. 4. Integración y fuerza del Derecho internacional (interamericano) de los derechos humanos. 5. La responsabilidad unitaria del Estado. 6. Imputación al Estado. 7. El control de convencionalidad en la doctrina jurisprudencial de la CorteIDH. 8. Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (artículos 1 y 2 CADH). 9. Control interno de convencionalidad derivado del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y de la “vocación” institucional de la CorteIDH. 10. Control interno de convencionalidad y debido proceso. El juez natural. 11. Métodos para el control interno: concentrado y difuso. 12. Posición de la Suprema Corte de Justicia de México.

1. ADVERTENCIA

Entre los temas sobresalientes por su actualidad y trascendencia, que guardan relación con el sistema tutelar de los derechos humanos en el doble plano nacional e internacional, figura el “control de convencionalidad”, de carácter judicial, al que en el título y en el desarrollo de este trabajo me referiré, más precisamente, como “control interno de convencionalidad”.

El control de convencionalidad en su doble dimensión: externo (propio, original) e interno, ha sido objeto de largo y sólido desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde que me ocupé específicamente de este asunto, en votos particulares a los que antes aludí y sobre los que adelante volveré. Desde hace unos años, ha sido tema de consideración destacada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —principalmente a propósito de la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el *Caso Radilla Pacheco*—, como primera y trascendental etapa en la tarea de conferir orden y rumbo a estas cuestiones en el ámbito del Derecho interno. Reconozco el papel necesario y descolante de la jurisprudencia en este ámbito, pero igualmente advierto que no es conveniente que algunos progresos del sistema jurídico nacional se hallen desprovistos de cauce legal, como ocurrió en otras materias: así, jurisdicción para menores en conflicto con la ley penal, jurisdicción para la ejecución de penas, por ejemplo.

No pretendo hacer ahora un examen detallado del control interno de convencionalidad, sino ofrecer un panorama sintético a la luz de sus fun-

damentos en el Derecho interamericano de los derechos humanos y de los elementos que lo han caracterizado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, fuente para la consideración inicial por parte de la Suprema Corte de Justicia y de otros tribunales de nuestro país, e incluso de autoridades no jurisdiccionales que se han internado en el examen de esta materia.

Para los fines del presente comentario, citaré con alguna extensión —y para ello solicito la indulgencia del lector: no es mi costumbre incluir en mis artículos largas transcripciones— algunos párrafos de mis votos particulares correspondientes a sentencias emitidas en la Corte IDH, que se hallan en el origen de la reflexión jurisprudencial internacional, como lo han manifestado algunos tratadistas no mexicanos, con objetividad que mucho aprecio; así, Juan Carlos Hitters, Ernesto Rey Cantor, Néstor Sagüés, Osvaldo Gozaíni, Giuseppe Vergottini, Raúl Canosa Usera, entre los extranjeros, y mexicanos, como Eduardo Ferrer MacGregor. También invocaré las referencias que hago en libros de los que soy coautor, igualmente citados líneas arriba, y daré cuenta de las determinaciones centrales acogidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre julio y septiembre de 2011, cuando sometió a examen diversas implicaciones de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al *Caso Radilla Pacheco*, y se hizo la publicación correspondiente en el *Diario Oficial de la Federación*.

2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: PERFIL Y CARACTERÍSTICAS

Con el propósito de plantear adecuadamente —desde mi punto de vista— el desarrollo de esta materia, estimo conveniente apuntar desde ahora ciertos elementos que permiten la aproximación al control interno de convencionalidad, a sabiendas de que algunos pudieran quedar incluidos, con igual o mayor razón, en las conclusiones del trabajo. Valgan, pues, como hipótesis de partida y como adelanto de la tesis que resulta de mis reflexiones.

El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas —bajo el imperio del Derecho internacional de los derechos humanos—, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme

a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control *propio, original o externo*.

Ahora bien, cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales, como *infra* veremos— para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del Derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el Derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente, el Derecho interamericano de esa materia).

De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, la convalidación o la invalidación (obtenidas por distintos medios y con diferentes denominaciones) del acto jurídico doméstico inconsecuente con el ordenamiento internacional.

En principio —y en términos muy generales— el proceso *lógico* de confrontación entre normas nacionales e internacionales no corre sólo a cargo de las autoridades jurisdiccionales —aunque en el presente estudio me ocuparé solamente de este supuesto—, sino puede y debe ser cumplido igualmente por cualquier persona, y ciertamente por cualesquiera autoridades llamadas a promover, respetar, proteger y garantizar, en el espacio de sus atribuciones, los derechos humanos. Esto último destaca en el artículo 1º constitucional, conforme a las novedades incorporadas en ese texto en 2011.

Sin embargo, reitero que esta apreciación sobre las normas internacionales y los actos nacionales por parte de autoridades no jurisdiccionales que cumplen el deber de observar las disposiciones de tratados internacionales —que forman parte de la ley suprema de la Unión— no constituye un verdadero control interno en cuyo ejercicio se pongan de manifiesto y operen una autoridad controlante y una autoridad controlada; sus efectos no debieran ser, de manera inmediata, la inaplicación o la expulsión de la norma contraventora del orden internacional, consecuencia a la que se debe llegar por otra vía en aras del principio de legalidad, de la seguridad jurídica, de la puntual preservación del orden jurídico propio del Estado de Derecho, de la construcción del *ius commune* de los derechos humanos y de otros motivos que surgen en el presente trabajo.

Dicho esto, reiteraré que el campo de mis reflexiones se reducirá al control de convencionalidad que realizan los juzgadores (al que se refirieron, originalmente, mis votos particulares ante la Corte Interamericana, al que aludió la jurisprudencia posterior de ésta y sobre el que se manifestaron las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre julio y septiembre de 2011), una función que ofrece características

muy cercanas a las que presenta el bien conocido control de constitucionalidad. El de convencionalidad posee, en el ámbito externo, un significado semejante al que caracteriza al de constitucionalidad en el interno, aunque no necesariamente se confunde con éste: el control de constitucionalidad se atiene al marco de la Constitución —que desde luego puede incorporar en ese marco las disposiciones de fuente internacional—, en tanto el control de convencionalidad se ajusta al marco del sistema internacional y por ello su punto de llegada no se halla en la Constitución, sino en el Derecho internacional convencional de los derechos humanos: mira hacia el *jus commune*.

En mi voto sobre el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Aguado Alfaro y otros* (24 de noviembre de 2006) cotejé nuevamente “la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Éstas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores —principios y valores del sistema democrático— que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado”.

El control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico convencional internacional (o supranacional). Constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (puesto que me estoy refiriendo al control ejercido con base en instrumentos de esta fuente) con vistas a la formación de un *jus commune* del mismo alcance geográfico-jurídico. Néstor Sagüés ha dicho, con buen fundamento, que “la doctrina del ‘control de convencionalidad’, bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *jus commune* en tal materia, en el área interamericana”.

Es preciso, pues, colocar el control en este marco y enfilarlo a la procuración de ese *desideratum*, que supera ampliamente las pretensiones insulares y las ocurrencias circunstanciales. La clara conciencia de estos extremos contribuirá a diseñar y orientar el control en los términos más convenientes.

Prosigamos este apunte de conceptos generales. El control se inscribe en un sistema (jurídico-político) construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos (que constan, explícita o implícitamente, en los documentos fundacionales del sistema: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Convención

Americana sobre Derechos Humanos; además, otros instrumentos con semejante contenido); normas comunes (el *corpus juris* americano de los derechos humanos) y una instancia supranacional con poder de interpretación vinculante (la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin olvido de la Comisión Interamericana, cuya misión orientadora no participa del carácter inequívocamente vinculante que tienen las determinaciones jurisdiccionales del tribunal).

En consecuencia, la figura del control de convencionalidad, oriunda de ese sistema y asociada a él, guarda relación estrecha con los datos o componentes que conforman el sistema. En otras palabras: no se aísla de las diferentes expresiones del mismo fenómeno del que forma parte y del que es tributario. Es preciso analizarla, encauzarla y valorarla en este conjunto.

El control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo: congruencia, no ocurrencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de constitucionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza.

En su propia vertiente, el control que ahora examino se halla al servicio de la justicia y la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia, ni de inseguridad general o particular. Existe el riesgo de que así ocurra, cuando se carece de encaminamiento razonable, preciso, sistemático, y aparecen, sin concierto, ensayos de control que no obedecen a un conocimiento riguroso y una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en esta materia.

En el examen de estos temas surge un punto extensamente considerado por la jurisprudencia y la doctrina europea, e infrecuentemente abordado —deliberadamente— por la jurisprudencia y la doctrina americana: el margen nacional de apreciación. Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis —que adelante examinaré— de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que pudiera haber decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación —nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso *sub judice*— se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante.

Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de “cuestiones de inconventionalidad”, como adelante se mencionará, que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales.

Diré, finalmente, que el control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional. Contribuye a erigir, detallar, enriquecer, impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público.

No es conveniente ni realista pretender que *todo* el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión. En el mismo sistema interamericano se cuenta con ejemplos —cada vez más numerosos y aleccionadores— sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial.

3. LA CORTE INTERAMERICANA: CIRCUNSTANCIA Y ACTUALIDAD

El control interno de convencionalidad en materia de derechos humanos trabajará, en buena medida, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Estos órganos y jurisprudencia todavía no son suficientemente conocidos en nuestro medio, aun cuando lo sean cada vez más, lo cual constituye un dato alentador y renovador del progreso jurídico en muchos países, México entre ellos. En todo caso, resulta conveniente proveer ciertos datos esenciales sobre ese tribunal, sin pretender examinar con detalle su origen, sus atribuciones y su desarrollo.

La CorteIDH es una pieza esencial del denominado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que en su propio ámbito atiende a los objetivos que, en los suyos, han asumido otros sistemas anteriores o posteriores: el mundial, desde luego, a partir de la Declaración Universal de 1948, el Europeo, con base en el Convenio de Roma, de 1950, y el Africano, que se sustenta en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos —Carta de Banjul—, de 1981. El sistema interamericano inició formalmente la marcha —lo que he llamado la “navegación americana”, con destino compartido con otras navegaciones: universal y regionales, pero itinerario, características y tiempos propios— en 1945, fecha de la Conferencia de Chapultepec sobre Problemas de la Guerra y de la Paz. Desde entonces ha cumplido tareas importantes y mos-

trado un apreciable desarrollo en sus diversos componentes: ideológico, normativo, subjetivo y judicial.

El componente ideológico-político del sistema —en rigor, su factor o raíz— reside en las convicciones comunes acerca del papel del hombre, la sociedad y el Estado en la vida colectiva, que coloca a aquél en el centro de la escena y exalta la misión y la exigencia de la democracia. “Sociedad democrática” es un concepto central de ese componente ideológico-político del sistema, que tiene aplicación al tiempo de interpretar las normas y fijar el rumbo de la jurisprudencia. No podría ignorarlo el intérprete internacional; tampoco el juzgador nacional que interpreta y aplica textos internacionales.

Ese concepto domina en el examen sobre el desenvolvimiento mismo del sistema y contribuye a advertir y apreciar los contrastes entre la situación que guarda hoy y la que hubo en cada una de las fechas clave dentro de la historia del sistema: 1945, mencionada; 1948, año de emisión de la Carta de la OEA y la Declaración Americana (previa, por varios meses, a la Universal; aquélla, adoptada el 2 de mayo; la segunda, el 10 de diciembre); 1969, oportunidad de la Convención Americana o Pacto de San José; 1978, inicio de la vigencia de esta Convención; 1999, año en que se produjo el último acto de reconocimiento estatal —hasta hoy— de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y 2011, año en el que la jurisprudencia de la Suprema Corte de México —con algunos precedentes en nuestro país, y muchos en otros Estados— declara con el mayor énfasis la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos.

En el examen sobre los vínculos entre democracia y derechos humanos hay que recordar los términos de la Carta Democrática Americana, de 2001, que destaca el inescindible binomio: democracia y derechos humanos. Y también cabe mencionar la reafirmación de las soluciones democráticas y garantistas, incluso en situaciones de violencia extrema, como se desprende de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de 2002, y de la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana acerca de la autotutela del Estado, la seguridad de la sociedad, el empleo admisible de la fuerza, el principio de legalidad y el debido proceso.

El componente normativo del sistema —*corpus juris*, que antes dije— permite examinar el tránsito desde la tierra baldía de 1945 hasta el punto al que ha llegado el desenvolvimiento del Derecho internacional de los derechos humanos.

Es relevante analizar en este punto (análisis que no escapará los juzgadores llamados a ejercer el control de convencionalidad, así sea para los fines de interpretación de textos convencionales en congruencia con estándares internacionales) la composición de ese Derecho de los dere-

chos humanos, que no se constriñe a las fuentes bien sabidas de la costumbre internacional y los tratados (y convenciones especializadas y protocolos), sino abarca otros actos. En cada especie es preciso explorar la fuerza jurídica: del carácter meramente orientador o sugerente —sin perjuicio de la operación enérgica del principio *pacta sunt servanda*— a la eficacia vinculante: sea *inter partes*, sea *erga omnes*.

El componente subjetivo del sistema corresponde a los diversos personajes que en él concurren: obviamente, los individuos —todos: en calidad de seres humanos, beneficiarios de la tutela general o especial; y en condición de víctimas, reclamantes ante instancias domésticas o externas—, y los Estados: 34 miembros de la OEA (con Cuba: 35), 24 partes en la Convención Americana, 21 aceptantes de la competencia contenciosa de la CorteIDH, México entre ellos. Veinte Estados en cuya jurisdicción habitan más de 550 millones de seres humanos. Bajo el mismo rubro de componente subjetivo añadamos: sociedad civil y sus instituciones, y actores emergentes: academia, comunicadores sociales, *ombudsman*, defensores públicos.

El avance es muy estimable, aunque todavía nos halleemos lejos de la meta indispensable: admisión continental, total, que concrete el propósito consustancial a los derechos humanos, su apetito de universalidad, a saber, “derechos y jurisdicciones para todos”. Por ahora, la jurisdicción interamericana se ha desplegado en un “espacio judicial (esencialmente) latinoamericano”.

Finalmente, el componente judicial se concentra en la Corte Interamericana, depositaria de una jurisdicción madura. Aquélla ha definido con suficiente claridad —y con éxito, hasta el momento— su “vocación institucional”, y creado una doctrina jurisprudencial cada vez más nutrida y aceptada, que acude a integrar el Derecho interamericano de los derechos humanos.

La CorteIDH es un tribunal permanente (ejerce su jurisdicción en forma ininterrumpida, sin perjuicio de que sus integrantes se reúnan materialmente en períodos de sesiones en San José o en otras ciudades de América) con vocación hacia los casos paradigmáticos, para la emisión de criterios jurisdiccionales que sean recibidos y multiplicados en el ámbito interno a través de diversos mecanismos de recepción. Uno de éstos es el control de convencionalidad.

Diré, de paso, que a mi juicio resulta evidente que la Corte Interamericana no podría ni debería asumir el conocimiento de un gran número de casos; sería impracticable y perturbador; su “oficio” es el conocimiento de grandes temas —frecuentemente ampliados con nuevas vertientes, perspectivas o aplicaciones— a los que aportará soluciones que permearán los ordenamientos internos.

4. INTEGRACIÓN Y FUERZA DEL DERECHO INTERNACIONAL (INTERAMERICANO) DE LOS DERECHOS HUMANOS

La idea y la práctica del control interno de convencionalidad descansan en la eficacia que se reconozca a los actos que integran el Derecho internacional de los derechos humanos, puesto que se trata, precisamente, de acoger la fuerza de éstos en el ámbito nacional e imprimirles mayor o menor imperio. En la actualidad se ha generalizado —con decrecientes trincheras de resistencia— el valor de ese Derecho internacional. De ahí la doble fuente de los derechos humanos, esto es, la dual composición del estatuto de los derechos fundamentales del hombre contemporáneo: interna e internacional.

Permítaseme recordar anteriores elaboraciones acerca de la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos, fenómeno que tiene notable arraigo y en el que se enmarca el control de convencionalidad. Hay diversas expresiones (o “puentes”, he dicho, caracterizando las vías de tránsito del orden internacional hacia el nacional, como antes aconteció desde éste hacia aquél) de la recepción interna a la que me refiero.

Ante todo, existe un “puente” constitucional, que se ha tendido de manera insistente a través de reformas a las leyes supremas de Estados americanos en el curso de algunos lustros. Así ha ocurrido en Argentina, que en 1994 elevó a rango constitucional un conjunto de instrumentos sobre derechos humanos, camino que más tarde siguió la República Dominicana; y en Colombia, Venezuela, Guatemala, Bolivia y Ecuador, que colocaron en el punto supremo de la escala normativa las disposiciones más favorables a los derechos de los individuos, independientemente de que provinieran del ordenamiento nacional o del internacional. Agréguese, Brasil, México.

En seguida figura un “puente” legal, constituido por las normas de implementación destinadas a encauzar a nivel secundario el tránsito de las decisiones internacionales. No abundan las disposiciones de esta naturaleza. Las hay, por ejemplo, en Perú y en México; aquí, en lo que toca a responsabilidad patrimonial del Estado y en lo que concierne a reparaciones por mandato de la Ley General de Víctimas. A continuación corresponde mencionar el “puente” jurisdiccional, concretado en la recepción de las disposiciones y los criterios jurisprudenciales internacionales por parte de los tribunales internos; en este ámbito opera el control de convencionalidad, entre otros extremos que sirven al mismo propósito.

Mencionemos asimismo el “puente” político, que se deposita en las políticas públicas elaboradas y aplicadas con perspectiva de derechos humanos, y el “puente” cultural”, que reviste importancia decisiva para el

conjunto de estas cuestiones, e implica el culto y el cultivo de la dignidad humana y del método jurídico para la prevención y la solución de los conflictos.

Hoy día es indudable la existencia de la doble fuente de los derechos humanos, a la que me referí en líneas anteriores, cuya presencia se desprende de los términos adoptados por la Constitución General de la República al establecer el novedoso puente del que ahora disponemos para la recepción interna del Derecho internacional. Así se advertía desde la vigencia solitaria del artículo 133 de la Constitución General de la República (que se refiere a tratados internacionales como “ley suprema de la Unión”), norma que debió ser reformada en 2011 para que adquiriese plena congruencia con los cambios constitucionales de este año. Y así se observa, con mayor énfasis y claridad, a partir de esta renovación en la ley suprema, que acoge el principio *pro homine* o pro persona cuando dispone la aplicación —a través de una interpretación específicamente orientada— de la norma más favorable a la persona. Actualmente coexisten una norma con dos siglos de antigüedad —el artículo 133, considerando su precedente norteamericano— y una novísima disposición, arraigada en el siglo XXI —el artículo 1º constitucional.

En 2011 reaparecieron los derechos humanos en la escena constitucional, como lo habían estado en 1914, con la Carta de Apatzingán, y en 1857, con la Constitución federal de este último año. En este sentido, no ha surgido un nuevo paradigma, sino se ha rescatado un paradigma antiguo, radical, que figuró en aquellos textos. Y en 2011 ingresaron además, en torrente, los derechos alojados en cualesquiera tratados internacionales (¿y declaraciones, como la Universal y la Americana? Debiera ser, pero no es explícitamente) de los que México sea parte. Esta es la fuente internacional de los derechos primordiales, provista por el orden jurídico de la materia y las otras ramas que colocan al ser humano en el centro de la escena, bajo la “garantía colectiva” y las obligaciones igualmente colectivas e individuales de los Estados.

El ingreso del Derecho internacional de los derechos humanos obliga a replantear el conjunto del ordenamiento jurídico, en el que suelen descollar, para estos efectos, las dimensiones penal y procesal. Nos hallamos ante una dimensión supranacional del derecho concerniente a la justicia, como ha reconocido Mauro Cappelletti, invocado por Hitters. Martín Abregú, en Argentina, invita a “volver a pensar el derecho procesal penal después de la irrupción de los tratados internacionales”. El Derecho internacional de la materia “tiene un fundamental papel para la reformulación del proceso penal a partir de nuevo paradigma de los derechos humanos”. Julio Maier señala que una “rama del Derecho internacional debe ser especialmente considerada, no sólo debido a sus características particulares, sino, antes bien, a su influencia en el derecho procesal penal (...) Derecho internacional de los derechos humanos”.

Volvamos a la reforma constitucional de 2011, en México. Se ha creado, sin señalarlo explícitamente, un bloque de constitucionalidad en la medida en que las disposiciones del Derecho internacional (de los derechos humanos) deben ser aplicadas cuando resulten más benéficas para el individuo, incluso a pesar de la estipulación diferente —que es una hipótesis infrecuente— contenida en el texto de la ley suprema. En fin, esas disposiciones poseerían rango constitucional (o supraconstitucional) y excluirían la aplicación de las previstas expresamente en la ley fundamental.

El tema del bloque de constitucionalidad —o bien, la cuestión de un bloque de convencionalidad superior— se actualiza, asimismo, cuando se observa que un tratado de derechos humanos que mejora la situación del sujeto prevalece sobre otro que no contiene o niega ese mismo rango de protección. Esto se infiere de la lectura conjunta de los artículos 101 y 105, reformado, atentos a la posibilidad de combatir con acción de *inconstitucionalidad* un tratado que se opone a otro más protector. Un argumento adicional en favor de esta consideración provendría del artículo 15 de la ley fundamental, en lo que toca a los principios de adquisición definitiva y progresividad, como los he designado, de los derechos humanos.

Como podrá advertir el lector, en los términos de las líneas precedentes estoy reexaminando un punto discutido y discutible de la interpretación jurisdiccional prevaleciente en México. Con indudable talento se ha sorteado el grave problema de la tensión, contradicción o colisión entre normas internacionales y nacionales, con base en el concepto de “parámetro de regularidad constitucional”, establecido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el examen de la contradicción de tesis 293/2011. La alusión a este concepto, así como a la noción de bloque de constitucionalidad, que finalmente se ha introducido con fuerza en la doctrina jurídica mexicana, ha suscitado opiniones interesantes y amerita estudios detallados, que han comenzado. Entre éstos figura la obra *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, de César Astudillo.

A mi modo de ver —y con el mayor respeto para quienes sostienen otro parecer, por ahora dominante— existe un tema de prevalencia o jerarquía de normas, que no se resuelve asignando prioridad al mandamiento constitucional, por serlo, o al internacional, por el mismo motivo, sino aceptando que en el punto más elevado de la pirámide jurídica —o en la base de ésta, si se prefiere invertir la figura— reside el ser humano y que las tensiones o contradicciones que surjan —como es probable— entre disposiciones nacionales del más alto rango y disposiciones internacionales del DIDH se deben resolver *pro homine*, o bien, en otros términos, *pro persona*.

Me parece que esta es la forma de zanjar el problema, resolviéndolo directamente en los términos señalados en el artículo 2º de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos: a través de un remedio legislativo, esto es, de una reforma clara y franca de la ley interna —cualquiera que ésta sea— a fin de ajustarla a la disposición internacional. Así lo reconoció y aceptó México, soberanamente, al adherir a la Convención Americana. Y así lo han entendido otros Estados que han resuelto modificar sus ordenamientos —inclusive constitucionales; recuérdese el caso *La última tentación de Cristo vs. Chile (Olmedo Bustos y otros)* (2001) en aras del cumplimiento, al que se obligaron, del DIDH.

Todavía en el ámbito de la reforma al artículo 1º constitucional, de 2011, agreguemos que ésta obliga a todas las autoridades a respetar y garantizar los derechos humanos (como señala el artículo 1º de la Convención Americana) que proceden de la doble fuente referida; que dispone reglas de interpretación favorables, *pro homine* (“protección más amplia”); que reconoce garantías nacionales e internacionales, cada una —entendemos— en su propio ámbito y con sus reglas y alcances característicos; y que alude a las reparaciones por violaciones (junto con otras obligaciones), “en los términos que establezca la ley”.

Por cierto, es discutible e incluso objetable —y en todo caso promueve dudas y podría fundar interpretaciones encontradas— esta última expresión contenida al final del tercer párrafo del artículo 1º, si con ella se altera o reduce el amparo internacional invocando los términos que provea la ley interna. Tómese en cuenta que la jurisprudencia interamericana ha definido el gran alcance de las reparaciones, mucho más completo y dinámico que el correspondiente a las violaciones de derechos de fuente nacional.

Dos palabras sobre el contenido del Derecho internacional de derechos humanos —ampliando la alusión que hice líneas arriba—, que no se reduce a la costumbre y la convención (tratados, protocolos). El juez interno —que ejerce el control de convencionalidad— y en general todas las autoridades domésticas —a las que se atribuyen obligaciones de prevención, respeto, garantía y reparación— debe conocer el amplio contenido de ese Derecho, para actuar en consecuencia. Ello no implica, por supuesto, que el juzgador doméstico *deba* aplicar directamente esas expresiones del Derecho internacional; le servirán para establecer el alcance de los términos de una convención y, en consecuencia, fijar el marco del control de convencionalidad.

En el Derecho internacional de los derechos humanos figuran, además de las fuentes mencionadas, otras de carácter diverso: así, declaraciones (p. ej., Universal y Americana, entre varias más de carácter específico), estatutos y reglamentos (v.gr. los correspondientes a la Comisión y a la Corte Interamericanas), opiniones consultivas (de la Corte Interamericana), sentencias (*idem*), otras resoluciones jurisdiccionales (*idem*), recomendaciones (de la Comisión Interamericana, entre otras), informes

(*idem*), principios, relatorías, conclusiones de encuentros internacionales, y así sucesivamente.

Se acostumbra aludir a un derecho “duro”, imperioso, inequívocamente vinculante para los Estados y, en general, para los sujetos a los que se extiende su ámbito subjetivo de aplicación, y de un derecho “suave” (*soft law*), que no posee el mismo carácter imperioso y vinculante. Existe una fuerte tendencia a dotar a este *soft law* de creciente eficacia. La Corte Interamericana ha subrayado el valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana a la luz del principio *pacta sunt servanda*.

En fin de cuentas, este gran conjunto de normas, disposiciones, requerimientos, aspiraciones, etcétera, integra el universo de los “estándares” internacionales, a los que se remiten la actuación del Estado y la reclamación de los particulares; son el marco, el punto de referencia, la guía para unos y otros, constantemente invocados y discutidos. Bajo esta luz se mira o reconstruye el nuevo Derecho, atento a los derechos humanos.

En seguida interesa precisar el valor que poseen las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es, por cierto, la instancia judicial internacional o supranacional a la que se ha vinculado el Estado mexicano en esta materia, con las consiguientes repercusiones sobre el ámbito de derechos y libertades de los habitantes de la República. En ese campo figuran las opiniones consultivas, las sentencias (en el curso o al cabo de procedimientos contenciosos), las medidas provisionales, las resoluciones sobre cumplimiento y otras determinaciones que emite el tribunal interamericano en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, no así, por supuesto, las decisiones adoptadas fuera de estas atribuciones: como son, por ejemplo, las de carácter puramente administrativo.

Para resolver esta cuestión es pertinente recordar, como cuestión básica para el análisis, que la Convención Americana, seguida por otras normas —así, el Estatuto de la Corte—, ha confiado a ésta la atribución de interpretar y aplicar dicha Convención. Es el intérprete oficial del tratado americano. No se ha conferido semejante atribución a ninguna otra instancia, sin perjuicio de las facultades asignadas a la Comisión Interamericana, que no es un ente judicial.

La competencia material de conocimiento de la Corte interamericana no se contrae solamente a la Convención Americana. También puede interpretar disposiciones sobre derechos humanos que figuren en otros tratados internacionales (en general, no únicamente americanos; en el mismo sentido se pronuncia, por lo que atañe a derechos de fuente internacional, el nuevo texto del artículo 1º de la Constitución mexicana, posiblemente influido en este extremo por la CADH y la jurisprudencia de la CorteIDH), a condición de que éstos sean aplicables a países (alguno o algunos) de América. Esto se plantea en el ejercicio de la atribución consultiva, que ha ocurrido en varias oportunidades, inclusive a solicitud de

México: opiniones consultivas *OC-16*, sobre derecho a información acerca de la asistencia consular a favor de extranjeros detenidos, y *OC-18*, en torno a derechos humanos de trabajadores migrantes indocumentados.

La competencia contenciosa del tribunal que ahora examinamos tampoco se reduce a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otros instrumentos del ámbito americano le asignan competencia para conocer de cuestiones litigiosas. Este es un punto largamente explorado por la jurisprudencia interamericana, *maestra de su competencia* (depositaria de la *compétence de la compétence*). De los términos claramente estatuidos por esos instrumentos y de la jurisprudencia interpretativa de la Corte se desprende que ésta puede aplicar directamente, además de la CADH, el Protocolo de San Salvador (en lo que respecta a derechos de asociación laboral y de acceso a la educación: artículos 8.1.a y 13), la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, cuya aplicabilidad he examinado detalladamente en mi voto particular al primer caso en el que la Corte asumió esta competencia: *Penal Castro Castro vs. Perú*, del 25 de noviembre de 2006, a cuyas consideraciones me remito).

Hay un dato común a los tratados o convenios a los que me he referido en los párrafos precedentes: todos ellos han ingresado en el ordenamiento nacional, merced al proceso de suscripción, ratificación y/o adhesión del Estado que los asume, como es el caso de México. Reiteraré: son, para nosotros, ley suprema de la Unión, como dice el artículo 133 constitucional; o bien, proveen derechos y libertades de los que gozan todos los individuos bajo la jurisdicción del Estado mexicano, como resuelve, desde 2011, el artículo 1º de la Constitución General de la República. En suma, obligan al Estado y reconocen derechos (exigibles, por supuesto) a los individuos.

En mi voto sobre la sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (24 de noviembre de 2006) señalé en torno a este punto: “al referirse a un “control de convencionalidad” (...) la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos

internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”.

Diré, además, que la Corte toma en cuenta, en el examen de asuntos litigiosos (esto es, en el despliegue de su competencia contenciosa), otros instrumentos del orden internacional, externos al Sistema Interamericano, que no le han conferido competencia material. En estos casos no adopta decisiones que impliquen la aplicación directa de tales convenios, a la manera en que lo hace con respecto a los instrumentos que le atribuyen esa facultad. Empero, recoge conceptos de aquéllos para fines de interpretación: establecimiento del contexto, conocimiento de estándares, inserción en el marco del Derecho internacional contemporáneo. Así ha ocurrido en diversos casos en que la CorteIDH invoca, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, la CEDAW, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los convenios de Ginebra, distintos instrumentos referentes a derechos de migrantes, etcétera.

Finalmente, consideremos que en determinados extremos el Tribunal Interamericano analiza puntos que pudieran quedar abarcados en instrumentos que no le asignan competencia material, pero lo hace a través de la interpretación y aplicación de normas de la Convención Americana y en el ejercicio, por lo tanto, de potestades de las que se halla investida. Este es el caso, que menciono por vía de ejemplo, del derecho a la protección de la salud, analizable a partir del Protocolo de San Salvador —que no atribuye a la Corte competencia en este aspecto—, pero también analizable con base en el artículo 5 de la CADH, que se refiere a la protección de la integridad personal.

Preguntémonos ahora cuál es el alcance de la eficacia vinculante de los actos de interpretación de la Corte Interamericana, tema que ha suscitado diversas opiniones y debates y que viene a cuentas, evidentemente, cuando se examina y ejerce el control interno de convencionalidad. En el estudio de esta cuestión podemos deslindar las funciones consultiva y contenciosa, y vincular a ésta —en un conjunto relativamente homogéneo— las funciones preventiva (medidas provisionales) y ejecutiva (supervisión de cumplimiento).

Regularmente se ha dicho que no son vinculantes para los Estados las opiniones de la Corte Interamericana emitidas en el desempeño de la función consultiva. Así lo ha considerado el propio tribunal. También se ha señalado que pudieran tener fuerza vinculante solamente para el Estado que solicitó la opinión y expresó, con ello, su voluntad de atenerse al parecer final del tribunal interamericano. Hay, desde luego, otros puntos de vista.

También se ha sostenido que las decisiones de la Corte en asuntos contenciosos son inmediatamente obligatorias, vinculantes, de forzosa

observancia y cumplimiento para los Estados que aceptaron la competencia contenciosa e intervinieron en el proceso respectivo: esto es, poseen eficacia imperativa *inter partes*. Esta obligatoriedad no suscita dudas, en tanto se halla manifiestamente establecida en la Convención Americana y consta en los actos de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por parte de los Estados.

Algunos altos tribunales del área americana han reconocido a la jurisprudencia de la CorteIDH eficacia vinculante o fuerza orientadora, independientemente de que aquélla corresponda a casos que atañen directamente a los Estados en los que actúan esos tribunales o a terceros Estados sujetos a la Convención Americana. Puede verse una revisión de este punto, tan importante, en la sentencia de la CorteIDH sobre el *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, del 26 de noviembre de 2010, en el que se invocan pronunciamientos muy interesantes de diversos órganos de la justicia interna: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Tribunal Constitucional de Bolivia, Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Tribunal Constitucional de Perú, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y Corte Constitucional de Colombia. En sentencias posteriores, la Corte Interamericana ha insistido en la exposición de las decisiones de los altos tribunales del área y agregado otros órganos jurisdiccionales a los mencionados en la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores*.

En mi opinión, los criterios establecidos por la Corte Interamericana al interpretar la CADH —y otros instrumentos con respecto a los cuales dispone de competencia material— son *vinculantes* para los Estados partes en la Convención Americana, y con mayor razón para quienes son, además, sujetos de la jurisdicción contenciosa de la Corte. Sin embargo, esta sujeción no es indispensable para la eficacia vinculante de tales criterios con respecto a dichos Estados.

Sustento mi punto de vista en la consideración de que los Estados partes en la Convención Americana —y otras— han acogido este instrumento, *soberanamente*, como parte de la preceptiva nacional, asumiendo los deberes que asigna y afrontando los derechos personales que reconoce. Y esos mismos Estados han aceptado —también *soberanamente*, al constituirse en partes de la CADH— que la CorteIDH, tribunal supranacional, es el órgano judicial llamado a interpretar las disposiciones convencionales. Por lo tanto, la interpretación de la Corte establece formal y oficialmente el alcance de tales disposiciones y, en consecuencia, la medida de los deberes de los Estados y los derechos de los particulares.

Así, no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la CorteIDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia. Fijan —como se dice en Europa, no así en América— la “cosa interpretada”; implican, como prefiero decir,

una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte.

Reconozco esa eficacia tanto a las opiniones consultivas como a las sentencias en casos contenciosos —y a las resoluciones sobre medidas provisionales y cumplimiento de sentencias— en cuanto tiene que ver con interpretación de normas. Quizás otro tanto se puede decir, aunque acepto que el punto es más complejo y requiere cuidadoso análisis, en lo que toca a disposiciones de tratados diferentes que la Corte examina por la vía consultiva.

Por supuesto, al hablar de esta eficacia *erga omnes* y no sólo *inter partes*, sólo me estoy refiriendo, como es obvio, a la interpretación de normas, la fijación del sentido de las disposiciones convencionales, el entendimiento general del precepto para todos los fines aplicativos que éste pueda tener, no así a los extremos específicos del caso en el que se hizo la interpretación: hechos y condenas puntuales, que sólo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio, y con respecto a los cuales es indudable la fuerza *inter partes* de la sentencia emitida por el tribunal.

En esta misma línea de consideraciones, corresponde aclarar —como se ha hecho en otro lugar de este trabajo— que las interpretaciones del tribunal interamericano pueden verse superadas por actos —instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de la jurisdicción interna— que reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El Derecho internacional de los derechos humanos es el “piso” de los derechos, no el “techo”. Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio *pro homine*, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana.

¿Pueden los tribunales internos, en el desempeño del control de convencionalidad, formular interpretaciones propias acerca de normas de Derecho internacional, cuando venga al caso la aplicación de éstas a los casos de los que estén conociendo? La respuesta es afirmativa, enfáticamente, cuando no exista jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la norma que los juzgadores nacionales examinan y pretenden aplicar. En tales supuestos, si no se llevase adelante una interpretación doméstica, la norma internacional quedaría inaplicada, con todo lo que ello apareja.

Lo que resultaría impertinente es que el control interno de convencionalidad entrara en colisión con el control supranacional de convencionalidad (salvo en los casos, ya señalados, en que aquella mejore los términos de ésta) o actuara al garete de los principios y objetivos del control de convencionalidad a los que me referí en la primera parte de este artículo.

5. LA RESPONSABILIDAD UNITARIA DEL ESTADO

En el estudio del control interno de convencionalidad viene a cuentas la responsabilidad internacional del Estado, en tanto se trata de establecer no solamente si el juzgador doméstico puede ejercer dicho control, sino si *debe* ejercerlo. A este deber sujeto a examen se añaden otras manifestaciones de una obligación judicial: ante todo, el ejercicio oficioso del control (que además actualiza, en esta vertiente, la operación del principio *jura novit curia*), y por supuesto, las consecuencias jurídicas del incumplimiento, así como los límites del control a los que antes me referí y sobre los que volveré adelante, en alguna medida.

En la escena internacional, el Estado actúa unitariamente; no comparcen aisladamente, como sujetos plenos e inconexos, algunos órganos o agentes de aquél. Me estoy refiriendo, es evidente, a la comparecencia que se traduce en asunción deliberada de deberes generales y a la aplicación estricta de las obligaciones asumidas. En consecuencia, aquéllos abarcan al Estado en su conjunto, repercuten sobre él, le son exigibles, sin perjuicio de la distribución interna de atribuciones y funciones, que depende de la voluntad particular de los Estados y no altera los deberes y las consecuencias internacionales.

Esto se proyecta con relevancia hacia un doble plano de la organización político-jurídica del Estado: en una dimensión, los poderes tradicionales y los nuevos órganos autónomos, que en México han surgido con vigor durante las últimas décadas (además de las figuras de autonomía institucional consagradas de tiempo atrás, como ocurre en el caso de las Universidades públicas); y en otra, hacia los planos, niveles o ámbitos del Estado, el gobierno o la administración, donde a su vez existe distribución de funciones y tareas en diversos poderes y órganos.

Esto interesa para fijar la responsabilidad internacional del Estado en contiendas ventiladas ante instancias de ese carácter. En el voto que emití con respecto a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, analicé esta materia: “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”.

En tal virtud, los órganos jurisdiccionales, que son integrantes del Estado, se hallan igualmente comprometidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, de donde resulta un cimiento del control interno de convencionalidad, conclusión que ciertamente no riñe con la posibilidad, conveniencia y necesidad de que ese control se ejerza en forma ordenada y armoniosa, para el mejor servicio a los fines que pretenden alcanzar. Desde luego, esta conclusión se extiende tanto a las jurisdicciones del Estado federal, en su caso, como a las de los estados federados o provincias, en el suyo. Ni aquél ni éstos podrían alterar la responsabilidad que les incumbe y las consecuencias que derivan de ella, aduciendo la estructura federal.

Recordemos el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. La inoponibilidad de la estructura federal al cumplimiento de los deberes del Estado, necesariamente globales o integrales, se ha examinado en la jurisprudencia de la CorteIDH; son ejemplos las sentencias de fondo (1996) y reparaciones (1998) del *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. He aquí otra referencia útil para la admisión del control interno de convencionalidad, que tampoco resta fuerza al requerimiento de que ese control opere en forma ordenada y armoniosa.

En mi voto agregado a la sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, señalé a propósito del control interno que si “los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea —que he reiterado— de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”.

En este mismo ámbito conviene advertir —como antes manifesté— que el control de convencionalidad debiera ejercerse de manera inmediata, espontánea, es decir, oficiosa. Esto mismo acontece con el respeto y la garantía de los derechos humanos al que están obligadas todas las autoridades, no como controladoras de convencionalidad, sino como sujetos obligados por la norma convencional (del mismo modo diré que la obligación de la autoridad de ajustarse a una norma interna —obligación irrecusable— no la convierte en controladora de legalidad o de constitucionalidad; el control de este carácter se mantiene, por su propia naturaleza, en el ámbito de los tribunales: autoridad controlante de las otras autoridades, que son controladas). Sería absurdo aguardar a que el

interesado invoque sus derechos —a la vida, a la integridad, a la libertad— para que los agentes del Estado se resuelvan a examinar la existencia de aquéllos, la obligación de respetarlos y la necesidad de garantizar su ejercicio. Otro tanto diremos de los órganos jurisdiccionales.

En la actuación de estos órganos es necesario traer a colación el antiguo principio de la actividad judicial —que frecuentemente acoge la jurisprudencia interamericana— en el sentido de que *jura novit curia*: el juzgador conoce el derecho; no es indispensable que lo invoquen los litigantes (aunque harán bien en invocarlo; lo aconseja la experiencia). Lo conoce, pues, y debe aplicarlo.

De ahí la regla de oficiosidad en el control interno de convencionalidad, como hay oficiosidad en el control externo, original o propio: la Corte Interamericana, que no actúa como mecanismo de investigación y por ello se atiene a los hechos invocados por la Comisión, aplica directamente las normas convencionales cuando el expediente muestra la existencia de un supuesto de hecho que reclama esa aplicación, aunque la Comisión Interamericana no lo haya requerido. También ha procedido a esa aplicación a solicitud de la víctima y sus representantes, que no pueden añadir hechos al tema fáctico propuesto por la Comisión en la demanda (hoy día, en el informe con el que insta la intervención jurisdiccional).

6. IMPUTACIÓN AL ESTADO

El tribunal interno que ejerce el control de convencionalidad no podría ignorar las reglas sobre imputación al Estado de responsabilidad generada por la conducta de diferentes sujetos. Obviamente, el Estado —una abstracción, que se concreta dolorosamente en la experiencia del individuo cuando éste sufre la violación de derechos humanos— no actúa por sí mismo, que no podría, sino a través de órganos o personas cuya conducta —activa u omisiva, según el régimen aplicable— determina la responsabilidad internacional del Estado. La CorteIDH explora esa imputación, su pertinencia y su alcance; otro tanto debe hacer el juez interno, para sus propios efectos, en el marco del control de convencionalidad, conforme a la normativa aplicable para atender, resolver y fijar las consecuencias del control en el caso considerado.

Las reglas de imputación al Estado, de la que depende la pertinencia de una declaratoria de violación de derechos y libertades y una condena a sufrir ciertas consecuencias jurídicas (reparaciones), que favorecerán a la víctima (y a otras personas) se elevan sobre disposiciones estatutarias y resoluciones jurisprudenciales. No pretendo ir muy lejos en el examen de este punto —que ya no será extraño para los tribunales domésticos—, pero debo observar que la jurisprudencia interamericana se ha desplegado

ampliamente sobre él, hasta definir una doctrina pacíficamente aceptada, que se encuentra en vigor.

Es imputable al Estado la conducta de sus agentes u órganos formales, por acción u omisión, extremos separados por una frontera que en ocasiones resulta ambigua, elusiva, sobre todo cuando se aduce la figura de omisión. Tómese en cuenta el concepto de “Estado-garante”, que deriva de los artículos 1º y 2º CADH: garante general de los derechos de las personas bajo su jurisdicción, concepto que implica posibilidad de regulación o actuación eficaz, no necesariamente territorialidad (en este ámbito es interesante la decisión de la CorteIDH en el *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, del 22 de septiembre de 2006, que abarcó autoridades persecutorias en Estados del Cono Sur del Continente); y garante especial: mayor acento en la misión garantizadora del Estado cuando la vida cotidiana del individuo se halla sujeta al control inmediato de la autoridad, como acontece en el supuesto de sujetos privados de libertad (en “instituciones totales”). También se imputa responsabilidad al Estado en el supuesto de delegación o subrogación de atenciones que regularmente brindaría aquél en forma directa, según se resolvió en la importante sentencia del *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006.

Igualmente aparece la responsabilidad internacional del Estado, a partir de conductas de particulares, en situaciones de conflicto interno de corte tradicional y en supuestos de grave inseguridad y riesgo. Con respecto a aquellas situaciones y a sus actores particulares —pero que actúan con la participación, protección, tolerancia o indiferencia del Estado— la Corte recordó en la sentencia del *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, del 15 de septiembre de 2005 —resolución que acoge una constante línea jurisprudencial—, que “las obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”.

La Corte se ha referido al supuesto en que los hechos sean obra de terceros, pero el Estado ha incurrido en falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. Hay ejemplos numerosos en la experiencia de la CorteIDH: casos de Guatemala por intervención de las llamadas “patrullas civiles”; casos de Colombia por actuación de grupos paramilitares (“autodefensas”) en masacres; y algún caso de Brasil, en lo que respecta a prisiones: delitos cometidos en el interior o a partir del interior hacia el exterior de la cárcel.

En la sentencia correspondiente al *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, del 31 de enero de 2006, se examinó el alcance de la responsabilidad estatal tomando en cuenta las condiciones en que ocurrieron los hechos; se requiere que el riesgo sea previsible y evitable. A este respecto, el voto particular del juez García Sayán señaló: “conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato”, proyectada sobre “un individuo o grupo de individuos determinado”, y existencia de “posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”.

También es muy importante la elaboración jurisprudencial interamericana en el notorio *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, del 16 de noviembre de 2009: “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres”. En tales condiciones, se requiere: marco jurídico de protección, aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar eficazmente ante denuncias. Igualmente, “medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niños pueden ser víctimas de violencia”.

7. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE IDH

La aparición y el desarrollo de esta doctrina han sido examinados por tratadistas mexicanos y extranjeros. Por lo que toca, específicamente, a la aparición del concepto en el marco de la Corte Interamericana, ya mencioné a algunos tratadistas en la *Advertencia* que figura al principio de este trabajo. Reiteraré sus nombres y agregaré otros, en la inteligencia de que sería impracticable proveer una relación completa en un artículo como el presente, y menos aún si se toma en cuenta que la bibliohemerografía de esta materia crece constantemente.

Se han ocupado en el examen del control de convencionalidad: Giuseppe Vergottini, Néstor Sagüés, Juan Carlos Hitters, Carlos Ayala Corao, Laurence Burgogue-Larsen, Ernesto Rey Cantor, Allan Brewer-Carías, Raúl Canosa Usera, Jaime Orlando Santofimio, Humberto Nogueira Alcalá, Claudio Nash, así como Eduardo Ferrer MacGregor (coordinador de *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, 2012, y cocoordinador del *Diccionario de Derecho procesal constitucional y convencional*, 2015), Gumesindo García Morelos, Sergio Flores Navarro, Victorino Rojas Rivera, entre los profesores mexicanos. También lo ha hecho, desde la perspectiva del Derecho constitucional y con muy importantes observaciones, José María Serna de la Garza. Un valioso conjunto de trabajos de provechosa consulta en torno a esta cuestión, es la obra colectiva coordinada por Susana Albanese, bajo

el título *El control de convencionalidad* (Argentina, 2008), así como la obra del mismo carácter coordinada por Paula García Villegas Sánchez Cordero, que da cuenta del parecer de juzgadores mexicanos: *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos* (2013). El tratamiento doctrinal de la materia avanza con diligencia.

Antes de referirme a la aparición del concepto en la reflexión de la Corte Interamericana, me permitiré recordar que en un trabajo de 2001, incluido en mi libro *Temas de Derecho* (UNAM, 2002), señalé que “al control de constitucionalidad ha venido a añadirse lo que pudiéramos denominar —siempre en aras de los derechos humanos— control de internacionalidad, en la medida en que se trata de valorar actos nacionales a la luz de actos internacionales: aquéllos, de voluntad doméstica; éstos, de voluntad regional e inclusive ecuménica.—En fin de cuentas, se trata de un control de juridicidad”, que obedece a ideas y realidades que operan a partir de un proyecto humano universal, una cultura jurídica en la que aquéllas se reflejan, multiplican y difunden, y unos organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales encargados de atender a dicho proyecto conforme a los principios y las normas derivados de esa cultura.

La primera vez que se aludió al control de convencionalidad en el marco de la Corte Interamericana, destacando la función de ésta en ese campo, fue en mi voto sobre el citado *Caso Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 noviembre de 2003. Posteriormente volví a examinar este asunto en el voto relativo al *Caso Tibi*, del 7 de septiembre de 2004. En éste hice la comparación entre la CorteIDH y los tribunales constitucionales: control de convencionalidad y control de constitucionalidad, en sus respectivos casos. El cotejo es útil en muchos extremos, entre ellos para fijar la trascendencia —y la extraordinaria delicadeza— de los pronunciamientos de estos órganos con respecto al conjunto del orden jurídico y las decisiones judiciales que se pronuncian a su amparo.

Nuevamente me ocupé del tema en el voto emitido acerca de los *casos Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (Aguado Alfaro y otros)*, del 24 de noviembre de 2006, y *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de septiembre de los mismos mes y año. En esta última fecha —la coincidencia no es casual— la Corte Interamericana asumió la doctrina del control de convencionalidad en el conocido *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, que amplió y difundió, con efectos muy apreciables, el conocimiento de esta materia en las jurisdicciones nacionales. Reanudé mi examen del control de convencionalidad en mi voto sobre el caso *Valle Jaramillo*, del 27 de noviembre de 2008. Agregaré la sentencia y el correspondiente voto personal en el *Caso La Cantuta vs. Colombia*, del 29 de noviembre de 2006.

En la sentencia de *Almonacid*, el tribunal postuló: tomando en cuenta que el Estado se halla obligado, en su conjunto, por el tratado internacional de protección de los derechos humanos, “el Poder Judicial debe

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

En la sentencia de *Trabajadores Cesados del Congreso*, la CorteIDH puntualizó acertadamente su criterio, con algunos elementos relevantes que informarían posteriores sentencias del tribunal interamericano. Así, manifestó que el control debe ejercerse *ex officio*, es decir, *motu proprio* por los juzgadores, como expresión del deber estatal que comparten éstos. Y añadió con razón que los tribunales internos deben despachar el control “*evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”.

Otro agregado importante hecho por la Corte indica: la aplicación del control de convencionalidad “*no puede quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones*”. Es así que el tribunal interamericano advierte sobre la existencia y eficacia de presupuestos formales internos de admisibilidad y procedencia (como los hay, por cierto, en el ámbito internacional y para los efectos de la apertura y desarrollo de la vía correspondiente, sea ante la Comisión Interamericana, sea ante la Corte).

Posteriormente, la Corte ha dictado varias sentencias sobre la misma materia y en el mismo sentido. Entre ellas figuran, de fechas muy recientes y con la mayor importancia por su proyección inmediata en nuestro país, varias atinentes a hechos que ocurrieron en México y con respecto a los cuales la jurisdicción interamericana dictó sendas condenas: casos *González y otras (Campo Algodonero)*, *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega y otros*, *Rosendo Cantú y otra*, y *Cabrera García y Montiel Flores*.

8. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD Y OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS (ARTÍCULOS 1 Y 2 CADH)

Habida cuenta de la vinculación de los Estados a la CADH, en tanto partes del convenio, y en seguida a la competencia contenciosa de la Corte (relación, esta última, que no es indispensable para los fines del control que estamos analizando), es preciso destacar los deberes a cargo de los Estados en función de aquel instrumento —otros instrumentos de orden internacional, recogen obligaciones del mismo carácter— que se deducen de los artículos 1º y 2º CADH: en primer término, respeto y garantía,

ya mencionados; en segundo, como manifestación de éstos, deber de adoptar medidas de múltiple naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía

La obligación de garantía —“escudo y espada” de la de respeto, significa, desde la resolución del señero *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, del 29 de julio de 1988, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Es obvio, glosemos, que en los órganos jurisdiccionales se manifiesta el ejercicio del poder público para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Esta obligación de garantía puede suponer la operación del artículo 2º, que es, en rigor, un “rostro” del precepto anterior, y se proyecta en medidas de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo: orden jurídico y estructura, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones. Ejemplos de esto último es la conducta señalada al Estado en la sentencia del *Caso Servellón García vs. Honduras*, del 21 de septiembre de 2006, para combatir la estigmatización social de ciertos grupos de menores de edad, y la acción a propósito de los patrones culturales, que se ordena en la sentencia del *Caso Campo Algodonero vs. México*, en tanto esos patrones propician agresión contra las mujeres.

En la sentencia correspondiente al *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, del 29 de septiembre de 1999, el Tribunal Interamericano hizo ver que los Estados no pueden “dejar de tomar las medidas legislativas ‘o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades’, en los términos del artículo 2º de la Convención. Estas medidas son las necesarias para ‘garantizar (el) libre y pleno ejercicio de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.1 de la misma”.

En la sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, la CorteIDH mencionó que “el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de (la CADH) para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2º, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención”.

Los tribunales son órganos del Estado, cuyas sentencias constituyen, sin duda, medidas que contribuyen —o no— a garantizar el respeto a los derechos humanos previstos en la CADH. De ahí resulta un argumento más a favor del control de convencionalidad, sin que el ejercicio de esta facultad —y deber— de los tribunales implique menoscabo para la adopción de disposiciones competenciales y procedimientos judiciales idóneos —lo ha señalado la propia jurisprudencia de la CorteIDH— para alcanzar el gran objetivo perseguido por el régimen tutelar continental y por los instrumentos de los que éste se vale, entre ellos las sentencias nacionales. En el espacio de ese gran objetivo se halla igualmente —insistamos en ello— la generación de un *ius commune* interamericano de los derechos humanos, a través de la creciente coincidencia de las instancias nacionales y la instancia internacional.

9. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD DERIVADO
DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL
Y DE LA “VOCACIÓN” INSTITUCIONAL DE LA CORTEIDH

La jurisdicción interamericana no pretende y jamás se propuso sustituir a las jurisdicciones nacionales en el oficio protector de los derechos humanos. Esto consta en los trabajos preparatorios de la Convención, entre ellos las deliberaciones en la Conferencia de 1969 celebrada en San José, y en la posición expresamente adoptada al término de ella por la delegación mexicana, que figura en el *Acta Final* del encuentro. Esa jurisdicción a cargo de la CorteIDH tiene carácter subsidiario o complementario. Tal es su naturaleza, de la que no se ha apartado ni podría hacerlo, jurídica y prácticamente.

Por ende, la justicia supranacional interviene en supuestos bien acotados: cuando la jurisdicción interna no opera o no resuelve debidamente la violación cometida. Entonces se solicita, a partir de aquella condición y una vez agotados los recursos internos para combatir el desvío o la inactividad del Estado, la apertura de la vía internacional ante la Comisión Interamericana y ésta resuelve de manera favorable —por acuerdo de admisibilidad— la solicitud del interesado; y finalmente la propia Comisión somete el litigio al conocimiento de la Corte.

El tribunal de San José ha deslindado dos momentos o situaciones con respecto a la responsabilidad del Estado reclamable ante los tribunales. El primer momento corresponde a la aparición de la responsabilidad internacional del Estado, que se plantea cuando éste incurre en un hecho internacionalmente ilícito (violación de la CADH y otros tratados del ámbito americano, a los que me he referido). El segundo momento corresponde a la actualización de la competencia de la CorteIDH para

conocer de esa violación y resolver mediante sentencia, que proviene de un dato diferente y posterior al momento que enuncié en primer término: la inexistencia o inoperancia del recurso interno para la debida solución del agravio.

En fin de cuentas, todo el sistema jurisdiccional internacional está montado sobre la idea de dar al Estado la oportunidad de resolver internamente el litigio, a través de los medios domésticos conducentes a ese fin. Uno de ellos es la actividad jurisdiccional. Ésta no puede perder de vista el carácter ilícito del hecho aducido, desde la perspectiva internacional, además de la calificación que le corresponda desde la nacional. De ahí se sigue que la jurisdicción doméstica debe salir al paso de la ilicitud internacional y aplicar las normas que establecen la existencia de ésta, sus características y consecuencias. De nueva cuenta nos encontramos con un fundamento para la operación —ordenada y armoniosa— del control interno de convencionalidad.

En este campo de consideraciones, conviene tener en cuenta que la aplicación del DIDH *omitida* por la jurisdicción interna, que desdeña la oportunidad para asumirla, será la *practicada* por la jurisdicción internacional, que actuará subsidiariamente, en su propia oportunidad, para aplicar las disposiciones jurídicas internacionales quebrantadas o desatendidas. Existe, pues, ocasión para resolver en la vía interna lo que finalmente se traslada a la justicia internacional.

Bajo esta óptica conviene juzgar y entender el flujo de “casos mexicanos” a la Corte Interamericana, que ha sido inusualmente intenso: 7 litigios en poco más de tres años. No sobra mencionar que en ese conjunto figuran hechos y conceptos de violación reiterados. La situación es comparable —en términos de frecuencia de litigios— a la que se presentó hace algunos años con respecto a Perú, donde prevalecían condiciones de manifiesto autoritarismo y explícita resistencia a la tutela internacional de derechos humanos, situación diferente de la que se plantea en el caso de México.

10. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD Y DEBIDO PROCESO. EL JUEZ NATURAL

El control judicial interno de convencionalidad supone el acceso a la justicia a través del debido proceso, concepto fundamental de los sistemas nacional e internacional de protección de los derechos humanos. El juzgador es la pieza central del acceso a la justicia y el despacho de ésta a través del debido proceso. Las características y el papel de éste frente al individuo que reclama su derecho —o pretende reclamarlo— se hallan en el artículo 8 CADH.

En consecuencia de lo anterior, es preciso examinar el órgano investido de atribuciones jurisdiccionales, sea un ente formalmente judicial, sea uno de diverso carácter o denominación, pero dotado de atribuciones materialmente jurisdiccionales. Esto reviste interés específico en lo que respecta al eventual control por parte de órganos jurisdiccionales que actúan en su propio ámbito de competencia previsto por la normativa doméstica.

Aquí queda a la vista el doble papel del juzgador: por una parte, es el órgano que resuelve una controversia y decide sobre derechos y obligaciones de los contendientes; por la otra, es garante de los derechos humanos: protector de éstos en cuanto a las personas que participan —o lo pretenden— en el enjuiciamiento.

El debido proceso es un concepto dinámico, expansivo, que se proyecta sobre el control judicial de convencionalidad, como sobre cualquier contienda en la que interviene un órgano del Estado para conocer cargos penales o resolver derechos y deberes en otras materias, conforme al artículo 8.1 CADH. Ese órgano debe satisfacer las condiciones del juez natural al amparo de esa misma norma. De él se reclaman, por lo tanto, independencia, imparcialidad y competencia.

El juez natural —ha dicho la CorteIDH— es un *presupuesto* del debido proceso, no sólo un elemento. En su ausencia, no existe verdadero proceso: decae el conjunto de formas practicadas —enjuiciamiento aparente— y carece de validez la supuesta sentencia, instalada en ese precario cimiento.

El punto se ha planteado a propósito de la jurisdicción militar, tema frecuentemente explorado por la CorteIDH y últimamente suscitado en casos concernientes a México. Un juez incompetente (militar) no puede ejercer, válidamente, el control de convencionalidad, salvo para declinar su competencia. El juez competente (ordinario) debería desechar inmediatamente la competencia del militar y, en general, de las autoridades de este fuero, para investigar y juzgar. Volveré sobre este punto al informar acerca de la posición de la Suprema Corte de Justicia con respecto a los deberes derivados de la sentencia interamericana en el *Caso Radilla Pacheco*.

Un paso en falso de la jurisdicción interna en el terreno del debido proceso —precisamente a propósito de la figura del juez natural— comprometería o desacreditaría el control interno de convencionalidad: más aún, incrementaría los puntos cuestionables ante la justicia supranacional; primero, la confrontación entre el acto combatido y la norma internacional; y luego, la inoperancia del juzgador que se avino a ejercer, de oficio, un control de convencionalidad cuyo primer tema es la incompetencia de quien preside la investigación y el proceso.

11. MÉTODOS PARA EL CONTROL: CONCENTRADO Y DIFUSO

Esta cuestión ha sido ampliamente abordada a propósito de la jurisdicción constitucional y representa uno de los temas clásicos del Derecho procesal constitucional. Es aquí —no en el Derecho internacional y su aplicación interna— donde tuvo desarrollo inicial, que ahora se ha proyectado al ámbito que examino en este artículo.

En esencia, existen dos posibilidades —con variantes o modalidades que no analizaré en este momento— para el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes: concentrado, que deposita ese control en un órgano jurisdiccional supremo (que no formaría parte del aparato judicial tradicional, sino desempeñaría su elevada misión por encima de los órganos clásicos de la división de poderes), y difuso, que asigna el control a un amplio número de juzgadores, acaso a todos los titulares de la función jurisdiccional, llamados a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas internas que, en principio, deben aplicar, y autorizados para “desaplicar” o invalidar, eventualmente, esas disposiciones cuando las consideran incompatibles con la ley fundamental a la que debieran ajustarse.

Estas formas de control, diseñadas para conducir la relación entre normas domésticas de diversa jerarquía, pueden trasladarse al ámbito de la relación entre norma internacional y norma interna. La existencia de una Corte Interamericana designada como intérprete de la Convención Americana y otros instrumentos, en los términos que ya expliqué, implica una expresión de control concentrado. Empero, ésta no es absoluta, porque la propia Corte ha reconocido a los tribunales nacionales —en la forma y términos que anteriormente recordé— la posibilidad de aplicar las normas internacionales sobre derechos humanos para dar cumplimiento, en su ámbito de atribuciones, a los deberes internacionales del Estado contenidos en los artículos 1º y 2º del Pacto de San José.

Cuando aludí a esta cuestión como integrante de la Corte Interamericana, señalé —así, en el multicitado voto correspondiente al *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*— que el control de convencionalidad, “de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener —como ha sucedido en algunos países— carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”.

La adopción del sistema de control difuso —añadí en el mismo voto— “permitiría trazar un sistema de control extenso —vertical y general— en materia de juridicidad de los actos de autoridades —por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos—, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las dispo-

siciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso —al que corresponde el “control de convencionalidad”— se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

Sin perjuicio de la preferencia por uno u otro régimen de control, lo cierto es que la Corte Interamericana no se ha pronunciado por ninguno de ellos con preferencia sobre el otro, disponiendo que los Estados adopten cierto régimen. Lo importante es que haya control de convencionalidad. Resulta secundario y opinable —y en todo caso depende de las circunstancias nacionales— el método que se elija, mientras no excluya el cumplimiento del deber de control que atañe a los depositarios de la función jurisdiccional pública.

Nos hallamos, pues, ante una decisión de método que compete a los Estados, soberanamente, y que éstos debieran adoptar previo cuidadoso examen de sus condiciones específicas y de la forma que mejor se acomode a la obtención de los fines perseguidos mediante la figura del control. Otro tanto se podría decir, *mutatis mutandis*, con respecto al control de constitucionalidad, tema que no me corresponde examinar ahora.

Fundo mi parecer en las reiteradas —constantes, enfáticas y ciertamente deliberadas— expresiones de la Corte Interamericana a propósito del control de convencionalidad *conforme a la competencia de los órganos jurisdiccionales internos y bajo los procedimientos establecidos para este efecto*, expresiones que antes cité literalmente. La alusión a competencias (al amparo del principio de legalidad, corresponde a la ley la asignación de competencia a los órganos judiciales) y a procedimientos (cuyo diseño y alcance incumben igualmente a la ley) no apareja por fuerza que todos los jueces sean competentes para aplicar, sin mayores exigencias internas, el control de convencionalidad. Es perfectamente posible, en mi concepto, que el ordenamiento interno establezca competencias específicas (que pudieran recogerse en “grados” de competencia) para el despacho del control y la fuerza de las decisiones judiciales domésticas a este respecto.

Se han expresado diversas opiniones en torno a la materia que ahora menciono, tanto en general como en lo que respecta a México. Algunos estimables tratadistas, como Ferrer MacGregor —en su voto para el *Caso Cabrera García y Montiel Flores* (2010)— como García Morelos, se inclinan hacia el régimen de control difuso. El primero de los mencionados examina ciertos rangos de “intensidad” en las facultades de control reconocidas a los juzgadores, que pudieran llegar a la inaplicación de normas inconvencionales, al planteamiento de una “duda de convencionalidad” ante órganos jurisdiccionales facultados para atenderla o, en el extremo,

a “declarar su invalidez, según la competencia que la Constitución y leyes nacionales otorgue a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del control de convencionalidad”.

En mi opinión, es preferible organizar el control de convencionalidad a través de consultas sobre las disposiciones que se pretende aplicar, sobre todo en un medio donde hay “costumbre de control concentrado” y escaso manejo del Derecho internacional, además de “vientos de fronda” que pudieran agitar las aguas de la jurisprudencia.

Estas consultas operarían de manera similar a las llamadas cuestiones de inconstitucionalidad, previstas en otros ordenamientos —de cuyo examen se ha ocupado, entre nosotros, el investigador Edgar Corzo en una valiosa tesis de doctorado—, que implican elevar a un órgano superior de interpretación el planteamiento acerca de la convencionalidad o inconvencionalidad de una norma, y seguir el pronunciamiento que emita ese órgano. Ojalá que éste fuese el más alto tribunal, para asegurar la armonía de la jurisprudencia y su adecuada inscripción en el *jus commune* que se aspira a construir.

En un artículo sobre “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, Sagüés estima preferible la intervención de un órgano jurisdiccional superior que determine la convencionalidad de la norma cuestionada, intervención que pudiera sustentarse en una reforma constitucional —preferentemente— o en una determinación pretoriana. En sentido similar debo mencionar la posibilidad que apunta Ferrer MacGregor en una parte del texto antes transcrito, y desde luego el parecer de Serna de la Garza, quien observa, con toda razón, que la formulación del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana “ha dejado un margen para que los Estados decidan sobre el tipo de control que más les convenga”.

Establecido que el control se ejerce en el marco de ciertas competencias —que deberán quedar fijadas al amparo del principio de legalidad— y conforme a determinados procedimientos —que se hallarán previstos bajo ese mismo principio—, hay que recordar las otras expresiones de la Corte Interamericana en este campo. Si son determinantes los conceptos jurisprudenciales supranacionales que he mencionado hasta aquí, también lo son esos otros conceptos que la propia Corte Interamericana incluyó en su propia construcción del control interno de convencionalidad.

Me estoy refiriendo a la siguiente expresión empleada por la Corte IDH: la función de control de convencionalidad —se dijo en la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso— “no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

El párrafo anterior, que forma parte del pronunciamiento de la Corte Interamericana para el diseño del control interno de convencionalidad, incluye de nueva cuenta elementos inamovibles y elementos sujetos a las determinaciones internas. Por lo que toca al primer supuesto —contenido en la porción inicial del párrafo transcrito—, el tribunal supranacional reitera que no es preciso que el presunto lesionado invoque la protección del órgano jurisdiccional que conoce las alegadas violaciones para que éste aplique sus poderes y declare la existencia de una violación y las consecuencias de ésta. Viene al caso una aplicación más del principio *jura novit curia*, ampliamente transitado por la jurisprudencia internacional e insistentemente recogido por la interamericana a partir de los primeros pronunciamientos en asuntos contenciosos. Puesto en otras palabras, el control se ejerce *ex officio*, con entera independencia de que lo invoquen o no los agraviados.

El segundo supuesto, incluido en la parte final del mismo párrafo transcrito, remite a la existencia de posibles presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia. Sabemos, como antes manifesté, que la propia normativa internacional dispone ciertos presupuestos para la apertura y el desarrollo de la vía internacional de protección de los derechos humanos: condiciones materiales y formales (relacionados con la naturaleza de la cuestión, la oportunidad en la presentación del asunto, la competencia del órgano, por ejemplo), ante la Comisión y ante la Corte.

La exigencia de que se satisfagan estos presupuestos no implica de suyo, en el caso concreto en el que se plantean, apreciación sobre la existencia de las violaciones aducidas o la responsabilidad de quien deba enfrentarlas o la reparación pertinente. Sólo significa —pero esto no carece de importancia y trascendencia, casuísticamente, como es evidente— que el despliegue de la vía internacional, en su caso, y del control interno de convencionalidad, en el suyo, se hallan asociados a la observancia de esos presupuestos. Desde luego, la normativa interna puede ser —e incluso debe ser— muy favorecedora de la tutela de los derechos fundamentales, y por ende, puede y debe reducir al mínimo los citados presupuestos, a fin de no oponer barreras improcedentes a la protección del individuo. Bajo la misma lógica se prevén los presupuestos en el ámbito internacional.

12. POSICIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

En la obra redactada conjuntamente por el autor de estas líneas y Mauricio del Toro, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y en la elaborada, también conjuntamente, con Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, ambas citadas en

otra parte del presente estudio, se ofrece información y análisis inicial acerca de la posición adoptada por la Suprema Corte de Justicia de México en torno la materia que aquí examino y a otras, convergentes, relativas a la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos.

En años recientes se reanimó el planteamiento constitucional de estos temas, tanto a partir de propuestas, que no prosperaron, para la revisión integral del régimen de los derechos humanos previsto en la Constitución de la República, como en torno a la incorporación de nuestro país en el sistema de justicia penal internacional, que determinó adiciones al artículo 21 de la ley fundamental. He manifestado mis puntos de vista en torno a estas adiciones, muy defectuosas, en mi obra *La Corte Penal Internacional*, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. El comentario a este respecto también figura en mi libro *La Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Porrúa, 2ª. ed., 2015).

Lo que me interesa en este momento es mencionar que la iniciativa del Ejecutivo que finalmente condujo —en una versión totalmente distinta— a la modificación del artículo 21, se refirió a las sentencias de tribunales internacionales cuya competencia hubiera aceptado México (a la sazón, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), e igualmente, aunque no fueron mencionados en la iniciativa, otros órganos (“paneles”, por ejemplo) con atribuciones jurisdiccionales y emplazamiento internacional).

Esa iniciativa, de 2001, pretendió establecer los efectos de dichas sentencias en el orden interno, pero no aludió de ninguna manera al control de convencionalidad en el sentido que examinamos ahora. Tampoco lo ha hecho —y debió hacerlo— la reforma constitucional que culminó en 2011. Mientras ésta se hallaba sujeta a estudio en el Congreso de la Unión y al cabo de su publicación en el *Diario Oficial*, ya habían surgido en el ámbito jurisdiccional interno algunas interrogantes que pudieron ser materia de la reforma constitucional y que últimamente la justicia mexicana afrontó y resolvió en el espacio de sus propias actuaciones. Cuando esto ocurrió, existía ya la inquietud por enfrentar en sentencias judiciales el tema del control interno de convencionalidad, como se vio a través de decisiones de tribunales colegiados, que recogemos en la citada obra sobre *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*,¹ así como en *La reforma constitucional sobre derechos humanos, 2007-2008*.

¹ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A AEJERCERLO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, T. XXXI, mayo de 2010; y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación*,

Recordemos, en síntesis, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió resolver, al cabo de diversas vicisitudes que no describiré ahora, las derivaciones de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el *Caso Radilla Pacheco*. Así lo hizo, a través de intensas deliberaciones entre el 4 y el 14 de julio de 2011, que pusieron de manifiesto diversos extremos de la recepción nacional y dieron como resultado las decisiones correspondientes al expediente *Varios 912/2010*. El texto del engrose respectivo fue aprobado el 20 de septiembre de 2011, acompañado por votos emitidos por ministros, con alcance personal, y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011.

A mi juicio, la Suprema Corte dio pasos decisivos y acertados en el examen de esta cuestión. Lo reconozco y celebro, y desde luego comparto varias conclusiones centrales adoptadas por ese tribunal. Había que ir adelante en la reflexión sobre una materia cuyo examen ya resultaba apremiante, y era preciso llevar a cabo la reflexión —con vistas a soluciones integrales futuras— a falta de legislación (constitucional y secundaria) adecuada y suficiente.

De ahí que el alto tribunal fuese mucho más allá del planteamiento original que se hallaba sujeto a su consideración: en sustancia, las implicaciones de la sentencia interamericana para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado mexicano. La jurisprudencia inició, pues, la solución de problemas que pudo —y debió— anticipar la norma constitucional, aun cuando es cierto —y lo destaco— que la reforma de 2011 a la ley suprema ofreció un marco muy favorable al oportuno debate en la Suprema Corte de la Nación.

Creo útil transcribir aquí —como anuncié al inicio de este trabajo— algunos criterios adoptados por la Suprema Corte en la decisión que concluye el examen del expediente *Varios 912/2010*. Hago notar que no se trata de una sentencia en amparo, en acción de inconstitucionalidad o en controversia constitucional. Es, sin duda, fuente favorecedora o determinante para decisiones judiciales, administrativas y legislativas, que necesariamente habrán de sustentarse en los criterios adoptados por el alto tribunal de la República.

Mencionaré las determinaciones de la Corte en el orden en que aparecen en el documento de engrose del 20 de septiembre de 2011. No incluiré, por supuesto, las consideraciones respectivas ni referencias al de-

y su *Gaceta*, Novena Época, TCC, T. XXXI, Marzo de 2010, p. 2927. Serna de la Garza menciona y elogia una sentencia dictada por el magistrado estatal de Nuevo León, Carlos Arenas, después de la reforma constitucional y las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, de 2011, que inaplicó un tipo penal contenido en el código de la materia de esa entidad federativa, por considerarlo contrario a la Constitución mexicana y a las normas internacionales sobre derechos humanos.

bate; tampoco daré noticia de la votación específica en cada caso. Las determinaciones que transcribo, establecidas en la porción resolutive del documento que las contiene, son las que merecieron mayoría o unanimidad de votos. Desde luego, también daré cuenta de las tesis de jurisprudencia derivadas del examen de este expediente, vinculándolas con las tomadas del engrose.

- a) La Suprema Corte no es competente para revisar, ante las sentencias condenatorias emitidas por la CorteIDH, “si se configura alguna de las excepciones del Estado Mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquélla, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló” al adherirse a la CADH o a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- b) Las sentencias condenatorias de la CorteIDH “son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos”. Con respecto a este punto b) y al a) precedente es pertinente mencionar la tesis P. LXV/2011 (9ª.), cuyo rubro es “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANO. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”. La SCJN afirma que “no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso”. Dicha sentencia es cosa juzgada; procede acatarla y reconocerla en sus términos.
- c) Los criterios interpretativos de la CorteIDH “son orientadores para el Poder Judicial de la Federación”. En este extremo hay que considerar la tesis LXVII/2011 (9ª.), bajo el epígrafe “CRITERIOS ORIENTADORES EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. En esta jurisprudencia, la SCJN destaca que los criterios de la Corte en las hipótesis mencionadas “son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional”. Es preciso que el juzgador analice “caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos”. Esta última expresión, por cierto, implica que los criterios de mayor contenido garantista son vinculantes para el juzgador.

- d) De conformidad con el párrafo 339 de la sentencia de la CorteIDH en el *Caso Radilla Pacheco*, el “Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Tómese en cuenta que la SCJN acoge literalmente el concepto de la CorteIDH acerca del control judicial de convencionalidad en el “marco de las respectivas competencias de los jueces y de las regulaciones correspondientes”, lo que implica control bajo el imperio del principio de legalidad, que gobierna las competencias judiciales y preside las regulaciones procesales.
- e) “El control de convencionalidad debe ejercerse por todos los jueces del Estado Mexicano”. En este extremo corresponde invocar la tesis P. LXVII/2011 (9ª.): “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”. Sostiene el alto Tribunal interno que los juzgadores deben velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, adoptando la interpretación pro persona. En este marco “debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país”. Los jueces no pueden formular declaraciones generales de invalidez o expulsión de normas (como se hace a través de las vías de control directo conforme a los artículos 103, 107 y 107 constitucionales), pero “están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia”.

En otra jurisprudencia, la SCJN fijó el “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS” (tesis LXVIII/2011 (9ª.), que se integran con: a) los derechos humanos contenidos en la Constitución, así como la jurisprudencia de la Suprema Corte; b) los derechos contenidos en tratados; c) los criterios vinculantes fijados por la CorteIDH en casos en que el Estado mexicana haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la misma CorteIDH en casos en que no fue parte el Estado mexicano.

- f) El modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse “es en el sentido de que: “1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su compe-

tencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos”.

En la jurisprudencia P. LXX/2011 (9ª.), “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”, la Suprema Corte señala la existencia de “dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental, en los procesos ordinarios en los que son competentes”. Es “un sistema concentrado en una parte y difuso en otra”. Las demás autoridades del país deben aplicar las normas bajo interpretación pro persona, “sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad”. Esto último —glosemos— significa que dichas autoridades no ejercen un verdadero control de convencionalidad.

Existe jurisprudencia de la SCJN en torno a los “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS” (P. LXIX/2011 (9ª.)). Dichos pasos son, en su orden: a) interpretación conforme en sentido amplio, b) interpretación conforme en sentido estricto —cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas se prefiere la que hace a la ley acorde con la Constitución y los tratados, y c) inaplicación de la ley cuando aquellas alternativas resultan impracticables.

- g) “Los párrafos 337 a 342 de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, resultan obligatorios para los jueces del Estado mexicano, al ejercer el control de convencionalidad”.
- h) “Los jueces del Estado Mexicano deberán reiterar en los casos futuros el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia que emitió en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, y en aplicación del artículo 1º constitucional”. En lo que atañe

al tema de la jurisdicción militar, viene al caso la tesis P. LXXI/2911 (9^a): **RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULO 2 Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**".

Es interesante observar que en otras oportunidades se ha suscitado cuestión con respecto al control de convencionalidad de normas constitucionales, posibilidad que no ha sido aceptada. Sin embargo, en esta jurisprudencia aparece el tema y parece correr de manera diferente, en tanto la Corte Interamericana no cuestionó el artículo 13 de la Constitución Mexicana y determinó "que no es necesario modificar el contenido normativo" de ese precepto; por su parte, la SCJN no salió al paso de la posibilidad de someter la Constitución a control externo de convencionalidad, que en otras ocasiones ha aplicado el Tribunal Interamericano.

- i) La Suprema Corte de Justicia "deberá reasumir su competencia originaria para resolver los conflictos competenciales que se presenten entre la jurisdicción militar y la ordinaria".
- j) El Poder Judicial de la Federación deberá establecer cursos de capacitación en diversos campos atinentes a la protección internacional de los derechos humanos —que la decisión de la Suprema Corte señala con detalle— destinados a jueces, magistrados y funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial de la Federación.
- k) "El Poder Judicial de la Federación debe garantizar que la averiguación previa (...) respecto al *Caso Radilla Pacheco* se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra".
- l) En virtud de que "todos los jueces del Estado Mexicano (...) están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los tratados en materia de derechos humanos, resulta necesario que el Tribunal Pleno modifique la jurisprudencia P./J.. 74/1999".² La tesis de la SCJN P.I/2011,

² Esta jurisprudencia, que manifiesta la posición de la Suprema Corte de Justicia hasta antes de las decisiones de julio de 2011, y que estuvo precedida por definiciones del más alto tribunal en sentido diferente, se expresa en los siguientes términos: **CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN**. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que (...) En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto

“CONTROL DIFUSO” declaró que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P.J. 74/99, que han “perdido su asidero constitucional, ya que los mandatos constitucionales contenidos en los párrafos segundo y tercero (del artículo 1º de la ley suprema) dan lugar a concluir, atendiendo al principio de supremacía constitucional” (artículos 15, 29, último párrafo, 40, 41, primer párrafo y 133) que “los deben hacer prevalecer los derechos humanos reconocidos” en la Constitución y en los tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en los ordenamientos que les corresponde aplicar.

- m) “El Poder Judicial de la Federación adecuará sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar, orientándose con los criterios contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.
- n) “De acuerdo con los párrafos 252 y 256 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, deberá garantizarse en todas las instancias conducentes, el acceso al expediente y la expedición de copias del mismo para las víctimas”.
- ñ) “La Suprema Corte de Justicia deberá reasumir su competencia originaria o ejercer la facultad de atracción para conocer de conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la ordinaria, o bien, ejercer de oficio su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia, por tanto, deberá solicitar a todos los juzgados y tribunales federales del país, que en el caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a (la) Suprema Corte para los efectos anteriores”.

Ya he expresado mi parecer sobre diversos temas abarcados por estas determinaciones de la Suprema Corte de Justicia, entre ellos los correspondientes a la *eficacia vinculante que poseen, en mi concepto, los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando actúa como intérprete de la Convención Americana* —que es, a su turno, una normativa

Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Vol. X, Agosto de 1999, p. 5.

vinculante para los Estados partes, entre ellos México—, independientemente de que se hallen depositados en una resolución concerniente a nuestro país o a otro Estado parte en el Sistema Interamericano. Volveré sobre este tema al mencionar la resolución adoptada por la misma SCJN en cuanto al carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana formada en casos en los que México no figura como parte procesal, resolución que modifica la asumida en el expediente *Varios 912/2010*.

También he señalado mi punto de vista acerca del control judicial interno de convencionalidad, para que éste satisfaga los fundamentos que lo sustentan y los objetivos a los que atiende, y se despliegue —como lo ha manifestado explícitamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos a este respecto determinaron las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— conforme a la *competencia que se asigne a los tribunales que ejerzan el control y a los procedimientos establecidos para ello*.

La versión original de mi trabajo sobre control judicial de convencionalidad terminaba con las mencionadas referencias a las decisiones de la Suprema Corte de Justicia en el expediente abierto a propósito del *Caso Radilla*, al que me he referido *supra*. También he mencionado la existencia de una muy importante resolución del mismo alto Tribunal con motivo de la contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. No analizaré en detalle el debate en torno a la materia de dicha contradicción, sobre la que recayó decisión el 3 de septiembre de 2013. Me referiré solamente a las tesis derivadas de este asunto.

La tesis P./J.20/2014, que contó con mayoría favorable de diez votos y uno en contra, sostiene que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional —como antes señalé—, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. En suma —digamos— prevalece la disposición constitucional restrictiva sobre la internacional que fija un mayor ámbito de protección. Esta posición destaca la preeminencia constitucional en el marco del orden jurídico interno, independientemente de la solución que pudiera desprenderse del principio pro persona. La decisión adoptada podría entrar en colisión con el criterio general sustentado por la Corte Interamericana, y desde luego abre el debate en torno a la aplicación estricta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En mi concepto, no se ha pronunciado la última palabra en torno a este tema —¿y cuándo podríamos decir que se ha pronunciado la última palabra en torno a cualquier tema de esta envergadura?—, de enorme

relevancia teórica y práctica, tomando en cuenta no solo el alcance de los conceptos que pudieran entrar en pugna, sino la aplicación inmediata de éstos a soluciones constitucionales que no corresponden (así, por ejemplo, en materia de prisión preventiva) a las acogidas por el Derecho interamericano de los derechos humanos, considerando tanto las disposiciones convencionales como la interpretación de éstas por parte de la Corte Interamericana. En fin de cuentas, me parece necesario recurrir al artículo 2° de la CADH y reconocer que el Estado cuya Constitución entra en conflicto con la norma internacional debe adoptar medidas legislativas para que cese este conflicto, lo que implica llevar adelante la reforma constitucional que corresponda.

La tesis P.J. 21/2014 sostiene que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “es vinculante para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona”. Estimo pertinente esta posición del alto Tribunal interno, que acoge el principio pro persona y reconoce la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal de San José en lo que respecta a su misión como intérprete último de los preceptos de la Convención Americana. Dice la SCJN que los criterios de la CorteIDH constituyen “una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1° constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona”.

A mi juicio, habrá que trabajar en el futuro para establecer una línea de mayor coincidencia entre los conceptos recogidos en las dos tesis citadas, y sobre todo meditar acerca del alcance de la obligación internacional de nuestro país, soberanamente adquirida, en los términos de los artículos 1° y 2° de la Convención Americana.

Concluiré esta revisión en torno al control judicial interno de convencionalidad con las palabras que figuran al final del libro *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: “Una vez cumplida la reflexión judicial sobre estos temas, conviene que en el futuro inmediato se produzca el debate legislativo y la aprobación de normas específicas que definan claramente los procedimientos para el cumplimiento, por parte de los diferentes órganos del Estado, de la CorteIDH y de otras instancias y tribunales internacionales, así como el diseño que garantice en el marco del complejo sistema judicial mexicano, un adecuado control de convencionalidad, sin generar desequilibrios en el modelo de justicia interna”.

Apremia, pues, el trabajo legislativo, que brinde un marco seguro al ejercicio del control de convencionalidad bajo principio de legalidad, cauce de la seguridad y la justicia. Nos encontramos, sin duda, ante cuestiones

que la ley debe abordar y resolver —y la jurisprudencia interpretar y desarrollar—, como son la competencia de las autoridades judiciales, los procedimientos para el control, sus destinatarios y efectos, y otros extremos cuyo tratamiento reclama la intervención legislativa. Sin éste, se mantendrá inconclusa la tarea emprendida por la Suprema Corte para recibir internamente el Derecho internacional de los derechos humanos, y tampoco ganará en homogeneidad y claridad el ingreso al orden jurídico mexicano de los derechos previstos en convenciones internacionales, como lo postula el nuevo texto del artículo 1º constitucional.

OPINIONES CONSULTIVAS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-16
EL DERECHO A LA INFORMACIÓN
SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO
DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL,
del 1 de octubre de 1999

1. El criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta Opinión Consultiva (OC-16) recoge la más avanzada 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.
2. 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.
3. 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 inculcado pasó a ser sujeto de una relación jurídica concebida en términos diferentes. En ella el inculcado 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.
4. 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.
5. 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.
 6. 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.
 7. 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.

8. 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.
9. 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.
10. 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.
11. 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.

12. 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.
13. 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.
14. 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.
15. 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.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-17
CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO,
del 28 de agosto de 2002

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 referencia 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, ga-

rantías), 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 dis-

cernimiento (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
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 distinción 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 convenirá 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

¹ Garçon, en el Primer Congreso Nacional de Derecho Penal (*Rev. Pénitentiaire*, 1905), cit. Nillus, Renée, “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.

- 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
 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

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

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

- 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 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 or-

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.

“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.

- ganizar 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 aquellos 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.

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.

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 comenzó desde diversas trincheras. Una, muy relevante, fue la jurisprudencia: del mismo modo que ésta entronizó con fuerza la doctrina de *parens patriae*, 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 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 escue-

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, 3rd. ed., Monterey, California, 1983, p. 474.

las, 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.

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 aproximaciones? ¿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

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.

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 desposeedor de los derechos fundamentales.
25. Por una parte, la síntesis retendría 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. 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

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.

- 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 situaciones 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 igualdad. 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 intervienen 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 aquellos se requiere la defensa “material” que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, 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, azeado 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

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.

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.

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 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 respecto 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 mayo-

ría 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
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

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.

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

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.

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.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-18
CONDICIÓN JURÍDICA
Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS,
del 17 de septiembre de 2003

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 mu-

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).

- chas 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” (A/RES/54/212, de 1 de febrero de 2000) —que se menciona en la OC-18, la Asamblea General de Naciones Unidas 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 movi-

mientos 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 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” (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 expresiones, 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— 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” (A/RES/54/166, del 24 de febrero del 2000) —mencionada en la Opinión Consultiva—, la Asamblea General de las Naciones Unidas 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”.
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 dere-

- cho 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” (“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). 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.
 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 permitirla, 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 Facultad 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, completamente 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 emplazamiento 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 artificiosamente 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 Opi-

- nión 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” (Programa, párr. 28). 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” (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 cumpli-

- miento 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 indocumentados. 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 responda 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 constituye 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” (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 todos los Estados, con la plena participación de la sociedad civil a nivel nacional, regional e internacional” (Declaración, párr. 122). 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.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-20
*ARTÍCULO 55 DE LA CONVENCIÓN
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS,*
del 29 de septiembre de 2009

I. CONSIDERACIÓN PREVIA

1. En 1998 inicié mi desempeño como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, electo en 1997. Esta función concluye al cabo de 2009. Durante doce años he tenido la honrosa oportunidad de participar en una tarea —mejor todavía: una misión— por la que tengo el mayor respeto y aprecio. Constituye un capítulo esencial de mi vida. Reconozco y valoro las enseñanzas que me deparó y la experiencia que me proveyó. Atesoro los buenos momentos, que fueron muchos.
2. En mi ejercicio como integrante de la Corte participé en la adopción de la gran mayoría de las sentencias que ha dictado el tribunal, así como en varias opiniones consultivas. Desde que aquél emitió sus primeros pronunciamientos, algunos jueces, no pocos, expusieron en votos particulares sus propios puntos de vista acerca de diversos temas, sin perjuicio de coincidir con sus colegas en la mayoría de los casos. A esta categoría pertenecen los votos razonados particulares, que son el género, en el que se incorporan dos especies: votos concurrentes y votos discrepantes.
3. La buena práctica de la Corte ha permitido escuchar los pareceres individuales que nutren el examen colegiado de los temas. En esa buena práctica figura el respeto a los votos que cada juez expresa, sea que coincidan, sea que difieran de la mayoría. Sana costumbre entre pares que se reconocen como tales, sin espacio para la imposición o la intolerancia. No hay “pensamiento único”, aunque exista coincidencia en valores y criterios fundamentales.
4. La emisión de votos particulares obedece a diversos motivos. Es obvio que la pertinencia o la necesidad de expresarlos aumenta cuando el autor discrepa de sus colegas y debe justificar un sufragio minoritario, exponiendo las razones que lo sustentan. Es conveniente explicar, analizar, fundar. También, que se procure convencer.
5. La aportación de votos concurrentes no atiende a los mismos motivos. Obedece a una manera personal de entender el oficio judicial, a un temperamento, a una forma de compartir puntos de vista, porque la resolución no abarca todo lo que se quiere —es imposible que la sentencia o la opinión asuman íntegramente la reflexión de cada juez—, o porque se desea proponer nuevos rumbos o manifestar consideraciones personales que los lectores pueden compartir, ampliar o rechazar. A veces, la emisión de estos votos va de la mano con el que-

hacer del juez en otros ámbitos o simplemente con su costumbre en el trabajo: por ejemplo, el quehacer académico y la manifestación escrita de las ideas.

6. En suma, la expresión de opiniones separadas no exalta ni disminuye a quien la practica. Tampoco grava a quien no lo hace. Sólo refleja un modo de ser y hacer las cosas, y acaso contribuye a colocar las meditaciones y los motivos del tribunal bajo la mirada del lector y aplicador de sentencias. Es válido. Por supuesto, aludo a opiniones jurídicas sobre los temas de la misma naturaleza que aborda una sentencia, no a textos de otro carácter: ensayos retóricos o excursiones literarias.
7. En el tiempo de mi ejercicio como juez he presentado setenta y cinco votos particulares. En su mayoría son sufragios concurrentes e individuales. Alguna vez mi coincidencia fue percibida como discrepancia. Lo comprendo. Sucede que la marcha sobre el filo de la navaja pone a la luz dudas, selecciones difíciles, que dan cuenta de los gramos colocados en cada platillo de la balanza hasta inclinar ésta en el sentido en el que finalmente se produce el voto. La elaboración de votos individuales me ha permitido presentar mis puntos de vista con mis propias palabras, desde una perspectiva más personal (que no compromete a la Corte, aunque ésta la haya acogido en algunas de sus resoluciones posteriores, convirtiéndola en jurisprudencia).
8. Confieso mi tendencia a procurar el consenso que puede fortalecer un pronunciamiento colectivo —pero reconozco que eventualmente podría debilitarlo—, con base en las coincidencias esenciales, lo que no significa convenir a todo trance, cuando la razón no lo autoriza. Desde luego, la búsqueda y el alcance del consenso puede implicar el retraimiento de consideraciones individuales de menor cuantía en aras del predominio de soluciones colectivas de mayor trascendencia.
9. No haré aquí la relación de los temas que he examinado en votos de este carácter. Van de las garantías del debido proceso a los problemas carcelarios; del juez natural a la solución autocompositiva; de la tutela de la libertad y la protección de la salud a la reivindicación de los derechos de integrantes de comunidades indígenas; de la responsabilidad del Estado por actos de terceros al deber de justicia; de los derechos generales y las medidas especiales para la protección integral de niños y adolescentes a la libertad de expresión en la sociedad democrática; de los derechos económicos y sociales —punto pendiente de mayor examen— a la garantía colectiva en el supuesto de graves violaciones de derechos humanos; de la tutela de miembros de grupos en riesgo a los derechos de migrantes indocumentados; de las indemnizaciones tradicionales al amplio catálogo de consecuencias jurídicas —bajo el rubro de “reparaciones”—, que constituye una de las aportaciones más originales y fecundas de la Corte Interamericana

- al Derecho internacional de los derechos humanos; de la confesión y el allanamiento al control de convencionalidad, etcétera, etcétera.
10. En mis votos particulares, que reflejan en su texto mi actitud como juez —y, más ampliamente, como persona— en relación con la Corte, con mis colegas y con otros órganos y actores del sistema, invariablemente evité incurrir en juicio o causar agravio a quienes sostienen puntos de vista diferentes o inclusive opuestos a los míos. También me abstuve de cuestionar a la Corte misma, su desempeño, sus méritos, sus afanes, sus tiempos y cuidados, haciendo de mis opiniones una referencia para medir el acierto de la jurisdicción en su conjunto. Es preciso, así lo entendí y lo practiqué, cuidar el “lenguaje judicial”, que da testimonio del tribunal y del juzgador. Por supuesto, también dejé a salvo la dignidad y las competencias de otros órganos del sistema interamericano.
 11. No juzgo a la Corte. No soy “juez de jueces”. Procuro ser un juzgador que concurre con sus colegas en la responsabilidad de administrar justicia, y busca el éxito de la obra común, respeta las ideas de sus pares, escucha sus razones, advierte el mérito de sus esfuerzos y pretende el prestigio del organismo al que pertenece y el desarrollo de la misión que éste atiende. Sobra decir que no considero, en lo absoluto, que mi opinión sea la mejor, y mucho menos la única admisible.
 12. Si me extiendo en este voto, ruego se me disculpe en función de dos circunstancias. Existe, ante todo, un dato esencial vinculado a la materia de la opinión y del voto: la Corte ha debido pronunciarse sobre los jueces y las funciones judiciales, esto es, se ha tenido en cuenta “a sí misma”, directa e indirectamente. Esto es internarse en un espacio que abarca algo más que el explorado en otras oportunidades.
 13. También se presenta aquí —para mí, quiero decir— una segunda circunstancia: esta es la última vez que tengo la posibilidad de emitir un voto personal como miembro de la Corte Interamericana. No digo que sea la última que examinaré asuntos de la jurisdicción interamericana. Ni la memoria ni la reflexión quedan clausuradas por la separación definitiva de un desempeño funcional. Pero sí se trata de la última ocasión en que podré exponer puntos de vista como juez sobre temas que atraen mi interés y que no podría incorporar literalmente en la opinión o la sentencia sin desbordar su cometido y exceder su dimensión.

II. LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-20/2009

14. El Estado solicitante se ha referido a dos cuestiones relativas a la integración misma de la Corte Interamericana en determinados supuestos. En consecuencia, se trata de revisar la estructura de ésta, enlazada

a la noción de “juez natural”. Para los fines de los litigios que dirime la Corte, pero también de las cuestiones orgánicas y procesales que le atañen, el concepto de juez natural y sus conexiones específicas se desprenden de los artículos 8 y 55 de la Convención Americana y de otros preceptos aplicables a las hipótesis objeto de consulta. Por ello dije que en esta situación la Corte debe conocer de “sí misma”: su composición idónea, de manera que guarde congruencia con las normas de la Convención y con los principios que sirven mejor a su objeto y fin.

A. El juez ad-hoc

15. En primer término, se interroga sobre la designación de juez *ad-hoc* en asuntos suscitados por una queja o denuncia individual, cuando en la composición regular de la Corte no figura un miembro de la nacionalidad del Estado demandado, sea que esa ausencia se deba a la integración ordinaria del tribunal, sea que obedezca a la falta o excusa del juzgador que ostenta la nacionalidad del demandado. El solicitante menciona la interpretación que la Corte ha dado a los preceptos 55.2 a 55.5 de la CADH, y establece su parecer sobre la interpretación pertinente.
16. Para resolver este punto es preciso examinar —como lo hace el tribunal en la OC-20—, tanto los precedentes en la materia, observados en decenas de litigios, como los imperativos que se desprenden del principio de igualdad —mejor que no discriminación—, equilibrio entre los contendientes, equidad, desarrollo de la legitimación procesal de quienes figuran como partes en el proceso, etcétera. Todo esto se analiza en el marco del enjuiciamiento interamericano acerca de derechos humanos, sobre todo en lo que concierne a la condición procesal de las partes.
17. Se atiende además a las reflexiones de los participantes en la consulta sobre la posición que guarda un juez *ad-hoc*, normalmente nacional del Estado que lo designa —regla que ha tenido excepciones—, como conocedor del ordenamiento y de las circunstancias que prevalecen en el Estado demandado. Estos últimos señalamientos destacan en el supuesto de la segunda pregunta formulada por el Estado solicitante, en la que luego me ocuparé.
18. Este examen sobre la figura del juez *ad-hoc* no entraña un “juicio acerca de los jueces *ad-hoc*” que han actuado en el curso de muchos años de ejercicio jurisdiccional de la Corte. He observado el desempeño pulcro e ilustrado de jueces *ad-hoc* con los que tuve el privilegio de compartir tareas jurisdiccionales. Han expresado sus puntos de vista con libertad y acopio de razones, y votado en la forma que estimaron per-

- tinente, coincidiendo o difiriendo del parecer de la mayoría. Nada de lo que digo significa juicio —y mucho menos crítica— sobre los méritos o el desempeño de esos juzgadores. Lo que está *sub judice* es la “figura del juez *ad-hoc*”, no los jueces *ad-hoc* individualmente considerados.
19. El criterio sustentado por la Corte en la OC-20/2009 difiere del que tradicionalmente utilizó al interpretar los párrafos pertinentes del artículo 55 de la Convención Americana. Este giro no se produce al aplicar el uso tradicional de invitar a un Estado para que designe juez *ad-hoc* en un asunto contencioso. Ocurre por otro medio: la Corte analiza centralmente el precepto y revisa su interpretación al responder a la consulta de un Estado que se refiere precisamente a ese tema.
 20. Algunos participantes han sostenido que un cambio de criterio en esta materia significaría la modificación de una práctica o de una costumbre en el marco del sistema interamericano. En cambio, en concepto del tribunal ese giro sólo implica una nueva interpretación de un precepto convencional. Las facultades, características de un órgano jurisdiccional como la Corte Interamericana, implican la posibilidad de releer una norma, conforme a la evolución de la materia y a la variación de las circunstancias, pero siempre a la luz del objeto y fin del instrumento en el que aquélla figura, sustituyendo la antigua interpretación por otra que atienda mejor a esos designios. Un tratado de derechos humanos —ha sostenido la Corte— es un “cuerpo vivo”; a esta vitalidad concurre la interpretación judicial.
 21. Corresponde a los tribunales constitucionales y a los tribunales internacionales con la naturaleza y características de la Corte Interamericana, cada uno en el ámbito de su propia competencia, fijar el rumbo a través de la interpretación de normas de muy amplio alcance y poner al día el sentido de los preceptos. Es indispensable que así sea, a condición de que no se subvierta la orientación esencial de las normas, so pretexto de interpretarlas, sino se profundice y avance. Así ocurre al abrigo de la nueva interpretación, en la medida en que se atiende con mayor fidelidad y eficacia a los principios que gobiernan el litigio internacional en materia de derechos humanos, tomando en cuenta las características de éste, los antecedentes de las disposiciones analizadas, el desarrollo del sistema y otros extremos.
 22. Coincido con mis colegas en que aquí no existe alteración de una costumbre internacional, en sentido propio —que sería fuente del Derecho internacional—, porque la Corte no establece por sí misma costumbres vinculantes. No existe, pues, costumbre internacional ni alejamiento de ésta. Más bien ha existido un uso judicial, un uso forense —en amplio sentido—, que ahora se revisa.

23. Los usos no tienen la eficacia productora de normas de obligatoria observancia que proviene de las verdaderas costumbres formadas por los Estados a través de la práctica inveterada y de la opinión común y coincidente sobre la fuerza jurídica de ésta. En otros términos, procede distinguir entre costumbre internacional formadora de normas de general alcance, y uso del tribunal para el despacho de sus asuntos. Es evidente que el tribunal puede modificar sus usos, como lo ha hecho en diversas ocasiones, para avanzar en su desempeño judicial de manera consecuente con los fines a los que atiende.
24. La Corte ha tomado en cuenta el sentido estricto de las palabras que utiliza la Convención y considerado cuidadosamente los antecedentes de ésta y el origen de la institución del juez *ad-hoc* en el escenario internacional. Por ambas vías —literalidad y origen— se llega a la conclusión de que esa figura se halla asociada a contiendas interestatales para cuya solución se pretende generar condiciones de igualdad procesal, digámoslo así, entre los Estados que contienden. Se trata de “jueces de las partes” —o más suavemente, “designados por las partes” que litigan—, bien conocidos en diversos órdenes del enjuiciamiento, cuya presencia contribuye a cierta apreciación sobre la igualdad de armas.
25. Las condiciones que atañen a los conflictos interestatales no se presentan en el litigio generado por una denuncia individual. En ésta, la colisión no ocurre entre dos Estados. El Estado demandado entra en contienda con el particular supuestamente agraviado —partes en sentido material—, e intervienen en el proceso tanto el mismo Estado como la Comisión Interamericana —parte en sentido formal—. No debo ir más lejos en el análisis de este punto, sujeto a diversos pareceres, que no mellan, sin embargo, la situación a la que me refiero.
26. Es manifiesto que la facultad del Estado demandado de designar un juez *ad-hoc* para constituir el colegio judicial que conocerá de su propia causa, coloca a aquél en una posición procesal diferente —para no decir de ventaja— de la que corresponde a la presunta víctima y a la Comisión Interamericana. En efecto, no existe igualdad entre las partes que intervienen en el proceso y para los efectos de éste: lo que puede una de aquéllas —el Estado—, no lo pueden las otras.
27. Sería diferente si la víctima pudiese designar juez *ad-hoc* para “reforzar” de esta manera su posición en el proceso, pero tampoco resultaría deseable este método de generación de “equilibrio”, exactamente como no lo es contrariar la igualdad de armas reconociendo al demandado la facultad o potestad de designar a un juez.
28. Hay otras consideraciones que acuden al estudio de esta materia. La recomposición del tribunal para conocer cierto litigio contiene un dato adicional: el designado no pasa por el proceso de elección que obliga

- a los integrantes titulares del tribunal: es juez de un caso, nombrado por el Estado al que se refiere ese caso.
29. Tampoco me persuade el argumento, sobre el que volveré cuando me ocupe de la segunda pregunta sometida a la Corte, de que el integrante *ad-hoc* provee a sus colegas de elementos de juicio para la mejor comprensión del problema sujeto a debate y sentencia. Esto sugiere que el *ad-hoc* funcionará como perito, fuera del control contradictorio. Por otra parte, deja de lado la idea de que ese juez es un tercero con respecto a las partes, no un órgano auxiliar de éstas o del tribunal para el análisis de la prueba y de las argumentaciones en pugna.
 30. No sobra preguntarse por qué subsistió durante tanto tiempo la interpretación del artículo 55 que ahora cede el lugar a la nueva interpretación fijada por la Corte. Hay puntos de vista al respecto. Por una parte, no sería impertinente suponer que la mejor oportunidad para llevar adelante una interpretación de estas características es una opinión consultiva, en la que se interroga precisa y directamente sobre la aplicación general de una norma inscrita en un tratado de derechos humanos, y no un incidente dentro de un proceso específico sobre violación de derechos. Reconozco que este argumento es discutible.
 31. Por otra parte, también cabe suponer que en una etapa anterior del desenvolvimiento de la jurisdicción interamericana resultaba conveniente que los usos y las interpretaciones razonables —pero no indiscutibles e inamovibles— de la Corte contribuyeran a la evolución, la firmeza y el arraigo del sistema, considerando el tiempo y las circunstancias prevalecientes. Ha sido necesario superar muchas dudas y reticencias entre los Estados —también, entre actores de la sociedad civil— y acreditar la independencia, la imparcialidad, el buen desempeño del tribunal, que sólo sirve a la causa de la justicia a través de la preservación de los derechos humanos.
 32. Acaso la presencia de jueces *ad-hoc* contribuyó a la confianza de los Estados, sin ocasionar la desconfianza de otros protagonistas del sistema. Aquéllos pudieron conocer el desempeño de la Corte “desde dentro”, valorando adecuadamente la forma en que el tribunal las adopta. Esta manera de explicar la institución del juez *ad-hoc* ha sido mencionada por algún participante en la reflexión colectiva que se halla en la base de la OC-20. Por lo demás, el uso que apoyó el buen tránsito de la jurisdicción interamericana durante la etapa de establecimiento y desarrollo inicial, no conduce al reconocimiento definitivo de “derechos adquiridos” en el haber de los Estados durante la etapa de consolidación.
 33. A fin de cuentas, la intervención del juez *ad-hoc* quedaría ajustada al ámbito del que esa figura proviene: contiendas entre Estados. A este

- ámbito aludió, y no podría ser de otra manera, el ordenamiento de la Corte Internacional de Justicia —que conoce de ese género de litigios— en el que figura la posibilidad de que los Estados litigantes se vean reflejados —no diré representados— por la presencia quizás tranquilizadora de un juez de su nacionalidad, que parecería significar un factor de “equilibrio” frente a la presencia del juez de la nacionalidad de otro Estado contendiente. La OC-20 sostiene que la designación de los jueces a los que nos estamos refiriendo “se restringe a aquellos casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (artículo 45 de dicho instrumento), y que no es posible derivar un derecho similar a favor de los Estados Partes en casos originados en peticiones individuales (artículo 44 de dicho tratado)”.
34. La Corte nunca ha recibido demandas de un Estado contra otro. Hasta hoy, este supuesto —previsto en la Convención Americana— es puramente hipotético. Las demandas efectivamente presentadas y tramitadas provienen de la Comisión Interamericana.
35. Estimo que incluso en los llamados casos interestatales vale la pena volver a la reflexión sobre los jueces *ad-hoc*, así sea de *lege ferenda*. Algunos de los argumentos con los que se cuestiona su intervención en los denominados casos individuales, abonarían su exclusión en la otra categoría. En fin, lo más razonable sería que el tribunal quedase integrado con jueces que no ostentan la nacionalidad de alguna de las partes. Así el tribunal correspondería, con mayor evidencia, a la figura del tercero colocado fuera y por encima de las partes.
36. Concluyo esta parte de mis razonamientos mencionando cuentas mis propios puntos de vista —que expuse a título de interrogantes— expresados públicamente desde el principio de mi ejercicio como juez de la Corte. Entonces pesaban en mi ánimo y hoy conservan vigencia. En un artículo escrito hace poco más de diez años, intitulado “La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas”, publicado en la Revista Mexicana de Política Exterior (México, no. 54, junio de 1998, pp. 116-149) y reproducido en mi libro Estudios jurídicos (México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 279 y ss.), sostuve lo que a continuación transcribo, sin modificar los términos en que se hizo la publicación y conservando las correspondientes notas a pie de página.
37. “En la estructura del tribunal [me referí a la Corte Interamericana de Derechos Humanos] —como en la composición de otros órganos similares— figuran los jueces *ad-hoc*, llamados a intervenir al lado de los jueces titulares cuando ninguno de ellos es nacional del Estado que comparece ante la Corte. Aquí hay materia para futuras reflexio-

- nes.¹⁶ Es evidente que los jueces deben mantener en todo caso una absoluta ‘neutralidad’ frente a los asuntos que se hallan sujetos a su conocimiento. En otros términos, el juez no resuelve al amparo de sus sentimientos nacionales, sino de las normas aplicables al caso”.
38. “Sin embargo, la institución del juez *ad-hoc* parece provenir de una hipótesis poco consecuente con aquella idea, a saber, que es indispensable —o al menos conveniente— que en el tribunal figure un juez con la nacionalidad del Estado litigante, acaso para reforzar —no diré asegurar, que sería excesivo— la objetividad del tribunal, o bien, más suavemente, el conocimiento de éste acerca de las circunstancias del Estado en cuestión”.
39. “No son desconocidos los argumentos a favor y en contra de figuras del proceso colocadas a media vía entre los contendientes y los juzgadores, por más que participen de la condición de los segundos. Sobre ellos recaen expectativas encontradas: de un lado, la esperanza del contendiente de que su posición será vista con simpatía por el juzgador afín; del otro, las exigencias de imparcialidad y objetividad inherentes a la función jurisdiccional.¹⁷”
40. “Desde luego —mencioné en el último párrafo del texto que vengo citando—, la calidad ética y profesional de los jueces *ad-hoc* les permite sortear con acierto esta incómoda antinomia y despachar su encomienda con pulcritud. Esto mantiene viva la institución de este juez ocasional. Empero, subsiste la pregunta: ¿es necesario?¹⁸ Si la interrogante persiste en los órganos jurisdiccionales internos, de composición clasista, por ejemplo, con mayor razón perdura en el caso de juzgadores que volverán a su propio país después de que se ha dictado una resolución que puede ser adversa a éste, y que en tal virtud acaso generará sentimientos encontrados entre los connacionales del juez”.

¹⁶ Este asunto enlaza con el tema de un estudio de Alcalá-Zamora y Castillo Niceto “El antagonismo juzgador-partes: situaciones inmediatas y dudosas”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, t. II, pp. 239 y ss. Este ilustre jurista se refirió a la situación del juez-defensor, característico de las jurisdicciones paritarias laborales (pp. 252 y 253), a cuyo perfil pueden acomodarse figuras semejantes en otros ordenes jurisdiccionales.

¹⁷ Véase la interesante consideración que hace un ex juez *ad hoc*, Rigoberto Espinal Irías, en torno a determinadas expectativas sobre la CorteIDH, sus jueces titulares y el juez *ad-hoc*, en “Competencia y funciones de la Corte Interamericana”, en Navia Nieto (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derecho Humanos*, San José, Costa Rica, Organización de los Estados Americanos, Unión Europea, 1994, pp. 117 y 118.

¹⁸ Faúndez Ledesma reprueba la institución del juez *ad-hoc* y la considera un “vestigio indeseable del arbitraje”. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos Institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 136.

B. El juez nacional

41. La segunda cuestión planteada por el Gobierno de Argentina se formuló en los siguientes términos: “Para aquellos casos originados en una petición individual, ¿aquel magistrado nacional del Estado denunciado debería excusarse de participar de la sustanciación y decisión del caso en orden a garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia”. Esto ya no se refiere al juez *ad-hoc* (aunque desde luego afecta a quien sea designado con ese carácter, si es nacional del Estado al que se demanda), sino al juzgador que ordinariamente integra el tribunal, facultado para el conocimiento de cualesquiera controversias y ajeno a la causa en la que se plantea su posible exclusión.
42. La Corte examinó detalladamente este punto y concluyó por unanimidad de sus integrantes: “el juez nacional del Estado demandado no debe participar en el conocimiento de casos contenciosos originados en peticiones individuales”. El tribunal puso a la vista dos posibles interpretaciones o rutas para la solución del tema propuesto, que constan en la opinión consultiva. Por ambas vías se llega a la misma conclusión, aun cuando sean diferentes el método y el razonamiento para alcanzarla.
43. Una de ellas (párrs. 73 y ss.) sugiere que el tema debe analizarse en el contexto del artículo 55 de la Convención Americana, considerado integralmente, que se proyecta tanto sobre jueces *ad-hoc* como sobre jueces nacionales en general, que quedarían excluidos de intervenir en contiendas promovidas por comunicaciones individuales, no así en casos interestatales. La otra posible interpretación o ruta de solución (párrs. 79 y ss.) parte de la idea de que el artículo 55.1 no regula el tema de los jueces nacionales en casos originados por peticiones individuales. Consecuentemente, es preciso instalar la conclusión de la Corte sobre otros razonamientos, habida cuenta de que el juez nacional mantiene el derecho de intervenir en la causa del Estado de su nacionalidad. En esos otros razonamientos pesa la mejor imagen del tribunal desde el ángulo de la “imparcialidad objetiva del juez”, vinculada con la “apreciación de la justicia que imparte la Corte”.
44. Como lo hice en el caso de los jueces *ad-hoc*, dejo a salvo la imparcialidad y la integridad de los jueces que hemos actuado en asuntos concernientes a los países de los que somos nacionales. En las comunicaciones recibidas para la reflexión sobre la OC-20, la gran mayoría de los manifestantes miró con neutralidad, y a menudo con aprobación, la intervención de jueces nacionales, que no son designados para conocer un caso particular, sino la generalidad de los litigios, y cuya investidura no proviene directamente del Estado litigante, sino de los Estados

- partes en la Convención Americana, cuya valoración de candidatos no podría prever las circunstancias de una futura controversia particular. No nos encontramos, pues, en un terreno sembrado de sospechas que mellen el desempeño y el prestigio de la Corte.
45. No está de más observar que los temores sobre el “sesgo” que pudiera tener un juez nacional, que generalmente miran hacia el posible favorecimiento del Estado, también podrían referirse —si operan datos subjetivos: emociones y simpatías por encima de razones y objetividad— al eventual favorecimiento de la otra parte. Inquietaría escuchar que un Estado se refiriese al juez nacional como “mi juez o nuestro juez”, pero tampoco tranquilizaría que la contraparte aludiera al magistrado en esos términos. Y es obvio que cuando se plantea un asunto contencioso, las miradas de los observadores domésticos, cargadas de expectativas, se dirigen ante todo al juzgador de su nacionalidad. Es conocida la pregunta: ¿hay un juez de tal nacionalidad en este caso?
46. Además de subrayar las diferencias que median entre la elección de jueces titulares y la designación de jueces *ad-hoc*, los sostenedores de la intervención de aquéllos destacaron a menudo que los nacionales conocen mejor que sus colegas las condiciones en las que ocurrieron las violaciones de derechos y el orden jurídico interno. Dije antes, y reitero ahora, que la encomienda del juez difiere radicalmente de la del perito. Si la Corte desea ilustración sobre temas que no conoce, debe requerir la presencia de expertos, no constituir en perito a un miembro del tribunal, cuyas explicaciones —vertidas en el curso de la deliberación privada de los jueces— no serían escuchadas y analizadas bajo el principio contradictorio.
47. Por lo demás, si fuese indispensable el conocimiento directo de cierta realidad nacional o determinado ordenamiento interno por parte de la Corte en su conjunto o al menos de uno de sus integrantes, el tribunal no podría actuar en un gran número de asuntos, considerando que sólo cuenta con siete integrantes, de otras tantas nacionalidades, y que los casos contenciosos pueden corresponder a cualquiera de los veintinueve Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte.
48. Como mexicano, he debido resolver sobre mi propia intervención en casos concernientes a México. No han sido frecuentes. Comienzan a serlo. En un primer momento hubo planteamientos sobre medidas provisionales, en cuyo examen participé. Luego llegaron las demandas. Es natural que éstas se presentaran en los últimos años, tomando en cuenta la fecha de admisión —acertada admisión, por cierto— de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de México, que ocurrió tiempo después de que otros Estados de América Latina habían formulado ese reconocimiento. Sólo integró la Corte

en el primer litigio referente a México, en 2004, que no llegó a sentencia de fondo. Me acogí al parecer, no cuestionado, que el propio tribunal había observado en esta materia.

49. A partir de ese caso revisé el tema, no sólo en lo que respecta a litigios en que pudiera haber, así fuera remotamente, algún conocimiento personal del asunto o de los contendientes, o alguna antigua expresión de puntos de vista propios. Estos supuestos no dejan espacio para la duda. Hay que excusarse de conocer. Mi pregunta íntima —pero el análisis del tema podía y debía ser compartido— se suscitaba a propósito de la nacionalidad, sin otro dato de relación entre el juez y el caso.
50. ¿Debe intervenir un nacional en el conocimiento de un asunto que concierne al Estado demandado de su nacionalidad o a las víctimas que también tienen —con la mayor frecuencia— esa nacionalidad? ¿Tiene el derecho de hacerlo, a diferencia de los miembros de la Comisión Interamericana, que no lo tienen? Y si lo tiene, ¿Es conveniente que lo ejerza, cuando no se trata de lo que la doctrina denomina un “derecho de ejercicio obligatorio”? ¿Beneficia a la justicia, sirve al tribunal, contribuye a la buena imagen —absolutamente indispensable: ¡se trata de un tribunal!— del órgano que imparte justicia? ¿Entraña un avance o lo pone en peligro? ¿Es posible que exista —pero sobre todo que se crea que existe— esa completa “neutralidad” de un individuo con respecto a su país, como la podría tener frente a otro?
51. En las reflexiones que hice y en las que ahora expongo dejo de lado consideraciones secundarias, que no pueden servir como fundamento a una decisión sobre esta materia. Una de ellas correspondería al simple interés —muy natural— en intervenir en casos nacionales, movido por la importancia de aquéllos, sus características, sus circunstancias o la mera nacionalidad del juzgador. Sin embargo, estos motivos personales no bastarían para justificar una decisión con trascendencia judicial. También dejo de lado, obviamente, el propósito de juzgar los asuntos de un país en el estrado de un tribunal internacional, expresando ahí lo que quizás se debiera decir y defender en el foro nacional.
52. Desde el 7 de mayo de 2007, es decir, hace cerca de un año y medio, he invocado mi nacionalidad —sin perjuicio de otros factores de inhibición, cuando pareció haberlos— para separarme del conocimiento de asuntos concernientes a México. A partir de esa inhibición, en diversas oportunidades he declinado conocer de casos de la misma procedencia, y para ello he presentado los escritos correspondientes: 4 de mayo de 2008, 16 de junio de 2009, 28 de agosto de 2009 y 1 de septiembre de 2009. Mis peticiones fueron resueltas favorablemente por el tribunal.

53. No pretendo reproducir aquí los textos en los que figuran mis razonamientos sobre este punto, que es uno de los temas abarcados en la solicitud de opinión planteada por el gobierno de Argentina. Me limitaré a recoger los párrafos más representativos y explícitos acerca de mi convicción como juez y de mi consecuente posición personal —que no es sólo mía; otros jueces han actuado en el mismo sentido— en torno a la materia que ahora analizo y acerca de la cual se está pronunciando la Corte en la OC-20/2009.
54. En mi comunicación del 7 de mayo de 2007 a la Vicepresidenta de la Corte Interamericana,¹⁹ manifesté lo siguiente, entre otras cosas: “Como es de su conocimiento, el artículo 55.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que ‘[e]l juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo’. Por lo tanto, la intervención en el conocimiento constituye un derecho, no una obligación, del juez nacional del Estado demandado”.
55. En el mismo escrito argumenté: “Tengo nacionalidad mexicana. Este hecho no me excluye, por sí mismo, de integrar la Corte en un caso que concierne al Estado del que soy nacional. Sin embargo, estimo pertinente ponderar esta circunstancia desde la perspectiva del mejor desempeño del Tribunal. Creo que sirve mejor a la Corte que un juez se abstenga de intervenir cuando es nacional del Estado parte en la controversia. La abstención del nacional (en cualquier caso, pero más aún si se trata del presidente de la Corte) no genera problema alguno para la jurisdicción interamericana. Por el contrario, puede resultar conveniente que el Tribunal quede integrado con jueces de otras nacionalidades. Debo recordar que no nos encontramos ante un caso interestatal, sino ante un litigio determinado por la instancia de un particular y llevado ante la Corte por la Comisión Interamericana, no por otro Estado a título de demandante”.
56. Traté esta cuestión con mayor detalle en mi escrito de inhibición del 4 de mayo de 2008,²⁰ en el que expresamente solicité el punto de vista de la Corte Interamericana y el de su Presidenta. Destaqué algunas expresiones del artículo 55.1 de la Convención: éste dice que “el juez nacional ‘conservará su derecho’ (de integrar la Corte), no indica que deberá intervenir. El segundo párrafo señala (que el Estado): ‘podrá designar’, no señala que deberá designar (y, en efecto, en diversos casos los Estados demandados se han abstenido de designar juez *ad-hoc*). Se trata, pues, de una facultad que la Convención asigna

¹⁹ Comunicación en la que hago conocer mi excusa en el caso Castañeda Gutman Vs. México.

²⁰ Escrito de inhibición en el caso Radilla Pacheco Vs. México.

- tanto al juez nacional del Estado litigante como a éste mismo, en sus respectivas hipótesis”.
57. En seguida recordé la existencia de una corriente de opinión en el sentido de que esas disposiciones se refieren a los llamados casos interestatales. Agregué que aun cuando la Corte no había acogido entonces esa interpretación restrictiva, ello “no significa que no pueda revisar este punto —como lo ha hecho en otros temas, y espero lo seguirá haciendo cada vez que sea necesario— y adoptar las orientaciones y decisiones que estime más adecuadas para la evolución de su jurisprudencia, en bien de la justicia y sin quebranto de la seguridad”.
58. Advertí que en ese momento no me refería a la institución del juez *ad-hoc*, aunque reconocí la repercusión que sobre ésta pudieran tener mis consideraciones a propósito del juez nacional. Sostuve: “Si el juez nacional puede analizar, al amparo del artículo 55.1, la pertinencia de intervenir o abstenerse de hacerlo —es decir, reclamar o no su derecho, que no obligación—, es natural que se pregunte por las ventajas y desventajas que esa intervención representa para la jurisdicción interamericana y para los fines a los que ésta sirve, pregunta que está desvinculada, por supuesto, de cualquier preferencia estrictamente personal del juzgador. Se trata de asuntos que conciernen a una institución y a la función que ésta cumple, no a un individuo y a su mayor o menor disposición de participar en el conocimiento de cierta causa”.
59. Luego me referí a las condiciones de independencia e imparcialidad del juzgador, que son consustanciales al juez natural y condición del debido proceso, y reconocí la posibilidad de que “un juzgador sea absolutamente imparcial en el análisis y la decisión de un litigio contra el Estado de su nacionalidad, en el que también suele figurar otro nacional del mismo Estado, es decir, que no tenga juicio previo ni vinculación alguna —de ningún carácter, cualquiera que éste sea— que pudiera influir en su decisión”.
60. Observé, sin embargo: “Si es posible que el juzgador ostente tal imparcialidad, neutralidad, distancia absoluta del tema y de las partes en conflicto, no siempre lo es que quienes observan la contienda y aguardan la decisión consideren que efectivamente existe —en la intimidad de su conciencia— la completa neutralidad que es condición de imparcialidad. A este respecto, conviene recordar, no menos, que el buen desempeño de las funciones jurisdiccionales no reposa solamente en la integridad y capacidad del juez —que son indispensables, por supuesto—, sino también en la valoración que se haga sobre aquéllas. Ser, pero también parecer”.
61. Concluí señalando, como lo hago en otras líneas de este voto: “el juez que examina con profundidad y serenidad este asunto, debe respon-

der la pregunta que formulé al inicio de la presente comunicación. Tomando en cuenta que la Convención faculta al juez para ejercer o no el derecho de intervenir, ¿Qué ventajas y desventajas ofrece la participación de un juez en casos que atañen al Estado del que es nacional y a la persona —probablemente un compatriota— que reclama y aguarda justicia? ¿Qué elementos militan en un sentido y en otro? ¿Cuál debiera ser la opción a favor de la justicia, no de la preferencia personal o profesional del juzgador que enfrenta la pregunta y el correspondiente dilema? Creo que son más fuertes y persuasivas las razones para abstenerse que para participar”.

62. Al resolver este punto, la Corte expresó su posición ante un tema que implica una profunda mirada sobre sí misma y la mejor manera de cumplir su elevada misión. Ya invoqué la conclusión, que comparto: “el juez nacional del Estado demandado no debe participar en el conocimiento de casos individuales”. Como mencioné, el tribunal aportó dos caminos para arribar a esta conclusión: en una destacan los razonamientos asociados estrictamente a la norma del artículo 55, interpretado desde una perspectiva integral; en otra quedan de manifiesto, sobre todo, los motivos o, mejor aún, las razones para excluir al nacional del conocimiento de un litigio.
63. Acaso sería excesivo decir que esta última visión entraña un principio clásico del debido proceso: “nadie debe ser juez en su propia causa”. El nacional no es juez en “su propia” contienda, pero lo es en una controversia que de alguna manera le atañe como integrante de cierta nación. En este sentido —y sólo en él— no le es ajena. El punto es opinable. No insisto en esta apreciación —no necesariamente mía, sino de algunos observadores—, que es posible compartir o rechazar. Sea cual fuere el camino que transitó cada juez de la Corte para fundar su interpretación, lo más importante es que todos llegaron al mismo destino, cuya cercanía advertí tiempo atrás, como he mostrado en párrafos anteriores.

III. ADIÓS A LA CORTE: CONSIDERACIÓN FINAL

64. Con detalle mayor al acostumbrado en un voto particular, me he referido a un tema central de la jurisdicción, y más aún, de la justicia: el juez, hacia quienes dirigen sus pretensiones y sus expectativas los personajes primordiales: los justiciables. La Corte Interamericana, que constituye un gran proyecto de humanismo y justicia, con acentuado signo garantista, seguirá su desarrollo en el servicio —directo y, sobre todo, indirecto: por la trascendencia de sus decisiones, multiplicadas en muchos cauces— a este universo de compatriotas americanos.

65. Este tribunal forma parte, con relevancia y dignidad, del sistema interamericano de protección, siempre en proceso de construcción y en actitud de guardia. Aquello, porque el desarrollo del sistema, iniciado hace mucho tiempo, proseguirá durante todos los años por venir; esto, porque cualquier receso, cualquier reposo o descuido, comprometen los espacios adquiridos, que nunca se hallan seguros en definitiva. El Estado de Derecho —y en él los tribunales que lo garantizan— sufre el asedio constante, notorio o sigiloso, del poder autoritario.
66. Creo firmemente que la Corte Interamericana, con tres décadas en su haber, ha servido bien a la causa para la que fue concebida. Lo ha hecho con buena voluntad y laboriosidad, abriendo caminos y sugiriendo horizontes. Ha sabido resistir y construir, lo mismo en condiciones favorables que en circunstancias adversas. Entre éstas figuran, evidentemente, las severas restricciones presupuestales —únicas en el ámbito de los tribunales internacionales— en que debe actuar y en las que ha llevado adelante, contra viento y marea, su labor jurisdiccional.
67. La Corte puede rendir buenas cuentas que abarcan tanto las etapas de establecimiento y desarrollo inicial como de consolidación. Sin duda, es un órgano jurisdiccional independiente. En el cumplimiento de este deber —que es una cuestión de principio para la administración de justicia— no ha habido salvedad alguna. Por otra parte, es un tribunal permanente, porque es constante el ejercicio de su jurisdicción, aunque no sea cotidiana la reunión formal del colegio de magistrados. Ha sabido renovar sin extraviar el rumbo, emprender interpretaciones plausibles sin incurrir en aventuras, conciliar las exigencias de la razón con el impulso creativo de la imaginación, justificar su condición de tribunal de derecho sin ignorar la circunstancia en la que actúa y la necesidad de abrir el espacio de los derechos humanos y afianzar el imperio de la democracia. En el haber de estos años —un formidable capítulo en la historia del Derecho interamericano de los derechos humanos— figura la creciente recepción de la jurisprudencia de la Corte en el orden jurídico nacional. Por supuesto, hay que esperar, procurar y exigir más, mucho más.
68. En la hora de fundación de la Corte se dijo que ésta debería reducir la distancia —a menudo muy grande— que media entre las exigencias de la libertad y la justicia y las condiciones de la realidad, que resiste y a menudo combate los esfuerzos del progreso. En aquel sentido debe militar la Corte, como efectivamente lo ha hecho, al lado de otros agentes de renovación.
69. En los años recientes, intensos en el desempeño de la jurisdicción, la Corte resolvió casi el sesenta y cinco por cierto de todos los litigios que llegaron a su conocimiento a lo largo de treinta años, redujo a

menos de la mitad el tiempo para el despacho de los asuntos contenciosos, introdujo la costumbre de celebrar períodos de sesiones extraordinarias fuera de su sede —llegó a doce países de América, además de Costa Rica—, modificó la estructura y extensión de sus sentencias. Lo hizo conforme a nuevas normas y prácticas judiciales, que ensancharon el acceso a la justicia y mantuvieron la calidad de la jurisprudencia. En esos mismos años hubo otras novedades plausibles que fortalecieron a esta institución y dieron pasos adelante en la tutela internacional de los derechos humanos. El signo dominante ha sido de progreso.

70. Por supuesto, el trabajo de los últimos tiempos tiene un cimiento claro y firme: la obra realizada por anteriores generaciones de jueces, desde la primera que abrió la marcha en 1979. Admiro —lo he dicho muchas veces, en múltiples foros, y hoy lo reitero— el trabajo cumplido entonces y la respetabilidad asegurada por quienes lo tuvieron a su cargo. Existen puntos de referencia que recordamos con gran reconocimiento. Baste mencionar, como ejemplo notable, el *Caso Velásquez Rodríguez*, entre los más conocidos y más frecuentemente invocados.
71. El futuro de la Corte, al que muchos dirigen sus vaticinios, se halla asociado al futuro de una serie de datos de la vida contemporánea, con profunda raíz histórica. Sobre él gravitan los movimientos que se produzcan en conceptos, políticas y prácticas a propósito de la democracia, los derechos humanos, la comunicación entre los órdenes jurídicos nacionales e internacional, la seguridad, las jurisdicciones domésticas, las corrientes y las vertientes de la mundialización. Son diversos los escenarios de estos movimientos, que influirán en el desenvolvimiento y la fuerza de la jurisdicción interamericana: el mundo, América, los Estados de este hemisferio.
72. En lo que llamaríamos la “agenda” de la jurisdicción interamericana figuran muchos temas en proceso, ninguno consumado: universalización de los derechos y sus jurisdicciones —una larga marcha hacia un destino elusivo: “derechos y tribunales para todos”—; papel de la opinión pública —más todavía: la cultura de los derechos humanos—; condición de la Corte como tribunal de casos paradigmáticos, forjador de criterios de gran alcance y definiciones progresivas que impulsen la reconstrucción de la normativa nacional a la luz de la normativa internacional; amplia recepción interna de esos criterios y definiciones; fortalecimiento estructural que establezca la indispensable congruencia entre los fines proclamados y los medios disponibles; cumplimiento puntual de las resoluciones provistas por un tribunal instituido por la decisión soberana de los Estados, que aportan la garantía colectiva para el ejercicio efectivo de los derechos.

73. El sistema se halla en constante transición: tránsito hacia sus elevados objetivos, hacer y rehacer dinámico, perfeccionamiento sobre la marcha. El éxito de la transición implica diagnóstico, autocrítica, definición, serenidad, perseverancia, laboriosidad. En este horizonte hay tareas pendientes y perfiles renovados para los actores del sistema interamericano, que no son únicamente —he insistido siempre— la Comisión y la Corte. El sistema tiene su cimiento en profundas coincidencias ideológicas en torno al ser humano, la sociedad y el Estado, discurre con un *corpus juris* adecuado y suficiente, y opera en la conducta de actores comprometidos y diligentes, todos sobre el mismo camino —con variantes propias— y hacia el mismo destino.
74. Conviene redefinir el quehacer de los Estados en esta hora, que es tiempo de tensiones; redefinir para progresar, no para regresar. Cabría reflexionar sobre su estrategia en el proceso, si se conviene en que el gran propósito del Estado democrático es la protección de los derechos humanos. Asimismo, es pertinente reflexionar sobre el papel de la Organización de los Estados Americanos, que ha proclamado la prioridad de la democracia y los derechos humanos y que podría cultivar aún más el arraigo de esa prioridad y mejorar los medios con que las atienden las instituciones interamericanas, modestamente dotadas. Desde luego, la Organización se vale de los recursos que le allegan sus miembros; esta es la principal dimensión de su fuerza, que pone rumbo y fija marco a sus proyectos. Sin esos recursos —que debieran llegar en forma sustancial y decisiva del propio Continente, no navegar desde otras fuentes— la voluntad política y el progreso efectivo parecen, por lo menos, frágiles.
75. No sobra examinar la posición renovada de la sociedad civil y sus agentes, las organizaciones no gubernamentales, militantes antiguos y estupendos de esta batalla, y de los nuevos combatientes que llegan a ella y cuyo compromiso es indispensable —esta es una experiencia viva de la Corte, en los últimos años— para ampliar el acceso a la justicia y multiplicar los beneficios de la jurisdicción: el ombudsman, la defensa pública, los comunicadores sociales, la academia. La “conciencia crítica” es indispensable, y tanto más saludable en la medida en que favorezca el acceso a la justicia, examine con rigor y objetividad el “estado de la cuestión”, opere para la fuerza del sistema, distinga entre lo circunstancial y lo esencial, no ceda espacios ganados para los derechos humanos y pugne por nuevos territorios en el progreso de esta causa.
76. En la medida en que el oficio jurisdiccional queda a la vista de un creciente número de personas —tanto por los medios de comunicación social como por la práctica de celebrar períodos de sesiones en diversas capitales americanas—, crece la eficacia de la “publicidad”, princi-

- pio del procedimiento y estímulo para el respeto de los derechos del ser humano. Por este medio también se ejerce el control democrático —de los poderes nacionales y de la justicia internacional—, se atiende a la función pedagógica de la jurisdicción de los derechos humanos y se alienta el progreso impulsado por la opinión pública.
77. La revisión de la que hablamos compromete, ante todo, a la propia Corte Interamericana. El buen juez por su casa empieza. Este tribunal ha promovido la evolución del sistema, en lo mucho que le concierne, y colaborado con otras fuerzas e instancias, formales e informales, con gran apertura y solidaridad manifiesta. De ello da prenda la renovación del reglamento —en un insólito proceso de consulta abierta, que hace unos años ofrecimos ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA—, y no menos la renovación de las prácticas judiciales —alguna vez resistidas y cada vez mejor comprendidas—, que permite al tribunal convocar a cambios una vez que se ha convocado a sí mismo y los ha planteado y cumplido, no obstante la modestia de los recursos disponibles y la existencia de piedras en el camino.
78. La Corte renovadora no es una Corte alejada de su pasado ni reticente frente al progreso. Sería pueril. Reconoce el pasado y construye sobre él. Y entiende la necesidad del cambio. Lo acepta y lo alienta en toda la línea del horizonte: normas, prácticas y jurisprudencia. Habrá que evitar —me parece— que el cometido pedagógico de la jurisdicción, que no sólo es saludable, sino también indispensable, pudiera deslizarse hacia una “justicia como espectáculo”. El propio juez no es un actor en la escena, sino un factor de la justicia. Su ejercicio requiere ponderación, rigor, austeridad, desvelo, humildad intelectual, que son rasgos y virtudes judiciales, adversos al autoritarismo, la vanidad, la complacencia, el protagonismo, la intolerancia.
79. El desempeño judicial no se confunde con el ejercicio académico, que ha hecho y hace ahora mismo excelentes aportaciones al desarrollo del sistema. La tarea jurisdiccional enfrenta problemas reales de gran magnitud que debe resolver con firmeza e inteligencia, mirando en todo momento por la protección efectiva del individuo y el progreso auténtico del sistema de protección. El sereno cumplimiento de la encomienda jurisdiccional, sin alarde ni estrépito, contribuye a la procuración de los ideales que justifican la existencia y conducen el quehacer de un órgano jurisdiccional.
80. El tribunal interamericano vigila con rigor el ejercicio de su propia competencia. No se atribuye facultades jurisdiccionales que no le han sido conferidas —atribución que pondría en crisis la seguridad jurídica y, a la postre, el prestigio y la eficacia misma del sistema— ni es foro para la confrontación política entre las fuerzas que disputan

- el poder en un país, que pueden y deben zanjar sus diferencias por la vía democrática interna.
81. Las sentencias del tribunal no entrañan calificaciones de la gestión política, pero tampoco se desentienden de los hechos violatorios de derechos humanos. No se pronuncian sobre aquélla a través de proclamaciones políticas que no le conciernen, sino sobre éstos por medio de sentencias fundadas en el orden jurídico internacional del que la Corte recibe su competencia, un orden que los Estados hacen suyo en el momento en que soberanamente contraen los compromisos y aceptan las fuentes de responsabilidad —y sus consecuencias jurídicas— que constan en el *corpus juris* interamericano de los derechos humanos.
 82. La comunidad interamericana debe observar, con objetividad y constancia, el desempeño del tribunal. La conciencia crítica, el juicio informado y ponderado, el análisis lúcido cumplido con buena fe, son factores indispensables para el adecuado desempeño de este órgano jurisdiccional, como lo son para el buen ejercicio de cualquier instancia judicial doméstica que sirve a los fines de una sociedad democrática.
 83. El tribunal internacional —al igual que el juez constitucional interno— está llamado a cumplir una función de primer orden en la sociedad emergente y el Estado que aquélla genera. Esta función, creciente y compleja, concurre a integrar los nuevos espacios para el ejercicio del poder en la democracia.
 84. Forjador de una jurisprudencia de valores, el juez internacional de derechos humanos debe comprender y apreciar la enorme trascendencia de sus resoluciones, llamadas a orientar los órdenes jurídicos internos a través de la creciente recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos; ejercer la razón y evitar la “aventura judicial” que pondría en riesgo la seguridad y la justicia; advertir que la resolución que emite en cada caso contribuye a la fortaleza y dignidad del sistema en su conjunto, o lo menoscaba si es desafortunada; en suma, subordinar su actuación al austero cumplimiento de su encomienda. Todo ello permite al juzgador internacional justificar su misión y, por lo tanto, consolidar su presencia.
 85. Reconozco que este voto con el que acompaño la OC-20/2009 —última decisión de la Corte Interamericana a la que agregaré un sufragio de esta naturaleza— se ha extendido en relación con sus límites naturales: de forma y de fondo. Sin embargo, como antes dije y ahora reitero, pudiera obrar en mi beneficio la circunstancia en que lo emito: al cabo de doce años de actividad jurisdiccional. Y sobre todo el hecho de que estas reflexiones giran, finalmente, en torno a lo que hemos sido y somos mis colegas y yo mismo: jueces en un tribunal interna-

cional, y a lo que éste ha sido, es y será como garantía de justicia, en ocasiones última y a veces única, que opera precisamente en el espacio de nuestros intereses primordiales: la vigencia efectiva de los derechos humanos.

86. No olvido la pregunta que hacen algunos abogados litigantes a las presuntas víctimas que comparecen en la audiencia: “¿Qué espera usted de este tribunal?”. Tampoco olvido la frecuente respuesta. Y mucho menos lo que aquélla y ésta significan para un juez y para el colegio de magistrados que oye y resuelve la vehemente demanda de justicia.

CASOS CONTENCIOSOS

CASO CASTILLO PÁEZ VS. PERÚ,
del 27 de noviembre de 1998

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” (*Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 90).

2. En la presente sentencia de reparaciones la Corte estimó “procedente, 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 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 (*Caso Paniagua Morales y otros*, Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 133).

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).

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 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 Convención (*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). 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 (*cfr.* OC-14/94, cit., párr. 34).
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 interna-

cional 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 (*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).

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

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” (Declaración y programa de acción de Viena. A/CONF:157/23, párr. 91), 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 miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquellos aprueba o reconoce como adecuados. Las normas de la primera categoría han sido severamente cuestionadas (*cf.*, 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(...)” (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.

CASO LOAYZA TAMAYO VS. PERÚ,
del 27 de noviembre de 1998

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.

CASO LAS PALMERAS VS. COLOMBIA,
del 4 de febrero de 2000. Excepciones preliminares

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 juris-

- dicción; 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 ámbito 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. Aquella 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).

CASO LAS PALMERAS VS. COLOMBIA,
del 6 de diciembre de 2001. Fondo

1. El Estado violó el derecho a la vida, reconocido por el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en agravio 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 antisubversivo 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 antisubversivas, 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 inculpatos, 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.

CASO BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA,
del 25 de noviembre de 2000. Fondo

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 reviste 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.
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.²¹ 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 aquélla²²), 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 consecuencia inmediata y necesaria, conforme a las circunstancias, del daño que sufrió la víctima directa. En tal hipótesis, la afectación oca-

²¹ 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.

²² 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.; asimismo, 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.

sionada 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.

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 sucinta, 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 Velásquez 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 carecterizarían 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 ne-

gativa 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.

II. 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 hu-

mano”. 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 reconocimiento 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 ne-

gado 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.

III. 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 conse-

cuencia 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.²³

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 derecho 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.²⁴ 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—

²³ *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”.*

²⁴ *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.*

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...”²⁵

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.

IV. 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 in-

²⁵ 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.

- ternacional 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,²⁶ 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 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”.

V. 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, efica-

²⁶ *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.

- cia 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 desvirtuaría 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 implica, 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.

CASO BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA,
del 22 de febrero de 2002. Reparaciones y costas

I. *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

1. 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”.
2. 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. Es-timo 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”

3. *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.
4. 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.
5. 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 este 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.

II. CONSIDERACIÓN DE LA ESPECIFICIDAD CULTURAL

6. 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.
7. 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 humano específico, en el que encarna la realidad. En este tránsito se enriquece el Derecho y se perfeccionan los derechos.
8. 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, irreducible. 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.

III. SATISFACCIÓN HONORÍFICA

9. A mi juicio es pertinente la decisión de publicar el capítulo de hechos probados y los puntos resolutivos 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.
10. La publicación y el desagravio sirven a un triple objetivo: a) por una parte, la satisfacción moral de las víctimas o sus derechohabientes, 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.
11. 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.
12. 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.

IV. CÁLCULO DE DAÑOS Y RESARCIMIENTO

13. 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.
14. 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.
15. Ni el sujeto del que depende la economía familiar puede disponer del veinticinco por ciento de sus ingresos, ni el otro setenta y cinco por ciento bastaría, ordinariamente, para satisfacer las necesidades familiares. En fin de cuentas, la apreciación sobre estos conceptos debería 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.

CASO BARRIOS ALTOS VS. PERÚ,
del 14 de marzo de 2001. Fondo

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 investigación, 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 justificable —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 (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.). 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).

11. Ciertamente no desconozco la alta conveniencia de alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación. Sin embargo, subrayo —como lo hace un creciente sector de la doctrina, y ya lo ha hecho la Corte Interamericana— que esas disposiciones de olvido y perdón “no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad” (Voto cit., párr. 7).
12. Por ende, el ordenamiento nacional que impide la investigación de las violaciones a los derechos humanos y la aplicación de las consecuencias pertinentes, no satisface las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención en el sentido de respetar los derechos fundamentales de todas las personas sujetas a su jurisdicción y proveer las medidas necesarias para tal fin (artículos 1.1 y 2). 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 extrajudiciales, 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 tradu-

- cir 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.

CASO BARRIOS ALTOS VS. PERÚ,
del 30 de noviembre de 2001. Reparaciones y costas

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.
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* (Corte IDH, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C, Núm. 33) y *Castillo Páez* (Corte IDH, Sentencia del 3 de noviembre de 1997, Serie C, Núm. 34), que introdujeron novedades de gran trascendencia en la apreciación de lo que he denominado “deber de justicia penal” del Estado (*cf.* 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 Escovar en homenaje a la memoria del R. P. Dr. Fernando Pérez-Llan-tada (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.), 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 reparadoras (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 agrego 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.
 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 número 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.

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 (*cf.* García Ramírez, “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios jurídicos*, cit., pp. 389 y ss.). 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 (*Caso Barrios Altos. (Chumbipuma Aguirre y Otros vs. El Perú)*). Interpretación de la Sentencia de fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 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.
18. Asimismo, el Acuerdo contiene una cláusula de interpretación, en cuyos términos se atribuye a las partes, por convención 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.

CASO COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO)
AWAS TINGNI VS. NICARAGUA,
del 31 de agosto de 2001

1. Coincidió 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 instrumentos formalmente relacionados con éste (...), sino también el sistema dentro del cual se inscribe” (párr. 113), 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” (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 ad 31). 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 76^a. 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 Unidas (E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, 20 de abril de 1994) 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”.
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) Awá Tíngni* 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.

*CASOS HILAIRE, CONSTANTINE
Y OTROS Y BENJAMÍN Y OTROS VS. TRINIDAD Y TOBAGO,*
del 1 de septiembre de 2001. Excepciones preliminares

1. He sumado mi voto al de mis colegas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las Sentencias sobre excepciones preliminares

- res 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.

*CASO HILAIRE, CONSTANTINE,
BENJAMIN Y OTROS VS. TRINIDAD Y TOBAGO,*
del 21 de junio de 2002. Fondo, reparaciones y costas

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 Persona²⁷— 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 general²⁸ 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.²⁹ 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

²⁷ *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, Constatine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*.

²⁸ 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, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”.

²⁹ *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.

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.³⁰ 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.³¹ 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).

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 ter-

³⁰ Cfr. *id.*, párrs. 27-28.

³¹ 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 Delpéch, 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, Grigory, “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.

minantes 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.³² 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.³³ 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

³² 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.

³³ 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.

posición neutral para efectos de *lege ferenda*,³⁴ aunque 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.³⁵
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 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.

³⁴ 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.

³⁵ “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.

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,³⁶ pero también ha dicho —y explicado— que existe la posibilidad de que una ley viole, *per se*, el pacto internacional.³⁷

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.³⁸ 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

³⁶ Cfr. *Caso Genie Lacayo, Excepciones Preliminares, Sentencia de 27 de enero de 1995*. Serie C, núm. 21, párr. 50.

³⁷ 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, 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 Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999*. Serie C, núm. 52, párr. 205.

³⁸ 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*.

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;³⁹ 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”.⁴⁰
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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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).

la ley sanciona con pena capital, la más severa de las penas.⁴¹ 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 movedizo. 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 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

⁴¹ 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.

adapta ésta, en la mayor medida posible, a las características del hecho y de la persona que lo realiza. 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.⁴²

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.

⁴² “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.

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 atiene 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.⁴³ 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.⁴⁴ En tales casos⁴⁵ 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 subs-

⁴³ 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 delincuentes culpables del mismo hecho no comprometen a la sociedad en igual grado”. *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, p. 237.

⁴⁴ “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.

⁴⁵ 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-Instituto Interamericano de Derechos Humanos al tiempo en que redacto 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.

tancias 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.⁴⁶

⁴⁶ 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 Apela-

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.⁴⁷ 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.⁴⁸ 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.⁴⁹
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 proscribe 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”.⁵⁰ Sin embargo,

ciones de Belice. *Cfr.*, esp., párrs. 29, 30, 32, 34, 36 y 40-43 de dicha resolución emitida por la justicia británica.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Entre los elementos calificativos que agravan el homicidio y extreman 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).

⁴⁹ *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.

⁵⁰ Así, en el *Caso Neira Alegria y otros*, *Sentencia de 19 de enero de 1995*. Serie C, núm. 20, párr. 74.

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,⁵¹ 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.⁵²

⁵¹ 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.

⁵² 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*

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

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 orden that the carrying out of the said death sentences be stayed accordingly”.

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.⁵³ 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 desenvuelto 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 inadmisibile. 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.⁵⁴ 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 hecho de que los sujetos a detención hayan

⁵³ Así lo ha señalado la Corte en el *Caso Neira Alegría 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.

⁵⁴ 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).

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.

CASO TRUJILLO OROZA VS. BOLIVIA,
del 27 de febrero de 2002

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 reparaciones, 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 aque-

llas 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 Convención 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 internacional 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.

CASO CINCO PENSIONISTAS VS. PERÚ,
del 28 de febrero de 2003

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.

I. 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 carneluttiana: 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 derechos. 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 capa-

ciudades 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 supeditada 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.

II. 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 pronunciamiento de fondo sobre aquellos. 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.

III. 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 si 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. Empero, 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 aquellos, 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.

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.

CASO BULACIO VS. ARGENTINA,
del 18 de septiembre del 2003

1. Coincido con los integrantes de la Corte en la Sentencia a la que se refiere este voto razonado concurrente, 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 Di-

- rectrices 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 Interamericana 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 (*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). 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).
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 (El allanamiento en el proceso penal, EJEa, Buenos Aires, 1962, pp. 129 y ss.). La “confesión se contrae a afirmaciones de hecho y el allanamiento, a la pretensión jurídica” (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).
 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 convenidas —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 practicable 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 refiere 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 regencias 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 arraigados 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 legalmente, 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 con-

- ductas 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 vulnerabili-

- dad, 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 justificación 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 razzas, 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 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 ne-

- cesaria 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 inculpado, 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).
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 (“Relatorio 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).
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. Examino 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.

CASO MACK CHANG VS. GUATEMALA,
del 25 de noviembre de 2003

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” (*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.), 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 morales 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.
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 demandados 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 ver-

- dad 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.
 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 jurisdic-

- cional 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 poseen 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 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 (El allanamiento en el proceso penal, EJEA, Buenos Aires, 1962, pp. 129 y ss.). La “confesión se contrae a afirmaciones de hecho y el

- allanamiento, a la pretensión jurídica” (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). 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 jurisdicción. 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 cimientto 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, “allanamiento 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 se-

- ria 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 representantes de los fa-

- miliares 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* (*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 caso *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.

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 resolutive 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 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.

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 aquella 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” (*Caso Suárez Rosero*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 70).

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 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 (*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.) 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 (*Caso Genie Lacayo*, Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 81), y en otro estimó que un período de cincuenta meses “excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana” (*Caso Suárez Rosero*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, cit., Serie C No. 35, párr. 73). 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 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 (*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.). 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.

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 desig-
nio 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 departa-

- mento 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 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 Corte IDH 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 Changy* 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 inculcado. 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 (*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).
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 descollante 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 violación 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 carneltuttiana) 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.
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 CorteIDH 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 ténue 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 re-

conocido por la Convención—, aun cuando técnicamente se le califique como víctima indirecta? Y si 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 inmateral, 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) (párr. 103 de la Sentencia en el *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, de 27 de noviembre de 2003).
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 investigaciones 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 científicos 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 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 derechos 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 Aloeboetoe (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 para 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 in-

ternacional. 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 compensada 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” (“Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en García Ramírez, *La jurisdicción internacional...*, cit., p. 308). 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” (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).

CASO MARITZA URRUTIA VS. GUATEMALA,
del 27 de noviembre de 2003

1. En la Sentencia de fondo y reparaciones del presente caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha examinado algunas 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 Intera-

- mericana. 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. Dificilmente 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 reparaciones. 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 inadmisibles 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 efectiva-

- mente 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 inculcado tiene derecho “a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” (artículo 8.2.g) y “la confesión del inculcado 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 obser-

varse 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 inculgado 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.

CASO MASACRE PLAN DE SÁNCHEZ VS. GUATEMALA,
del 29 de abril del 2004. Fondo

1. Concurro con los jueces integrantes de la Corte Interamericana en la emisión de la resolución de fondo correspondiente al *Caso 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 (*cf.* 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). 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 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 conocida 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 institu-

- cional” 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 perdón” 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 preten-

- siones 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 ocasiones (*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) “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 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 presupuesto 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 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 (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).

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 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 deberían 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.

CASO MASACRE PLAN DE SÁNCHEZ VS. GUATEMALA,
del 19 de noviembre de 2004. Reparaciones

I. 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) Awas 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 seguidos 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 aquella, 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 reco-

- noce 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 aquéllos 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).

II. 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 acompaño 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, violaciones 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.

III. 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 fundamental 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 per-

- dido, 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 compo-

nente 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 Aloeboetoe 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.

CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA,
del 2 de julio de 2004

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—, enarrecimiento 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 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 suela desplegarse sobre la li-

bertad 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.
7. La resolución adoptada por la Corte, que plenamente comparto, 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 prudente 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 prin-

cipio de inocencia que gobierna y modera el trato penal y procesal del inculgado.

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 legislador—, 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 incurren 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 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 aparea, 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.

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 democrático 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 judicando* 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.
30. En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.2 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 excesivamente 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 8.2 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 concurro 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 concernientes 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 desempeñar 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 aquélla 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.

CASO TIBI VS. ECUADOR,
del 7 de septiembre de 2004

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 cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal inter-

nacional 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 internacional, 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 relacionadas con aquéllos que no se ha-

- bían 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.

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 conten-

ciosas 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 Reeducción 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.
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 (inculpado) 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.
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 uni-

dades 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 Damians*, 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 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 contenciosos 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 inculcado, 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 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 presume 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.
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 inculcado, 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 víctima 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 convertirse 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 arbolar 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 embargo, 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 inculcado 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 Corte IDH, 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 entre 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, desvale 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 agrego mi voto particular— no ha sido así: el inculpado no conoce a su juez, sino 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 sus traería a la justicia internacional la gran mayoría de los asuntos que llegan a su conocimiento.

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 inculcado. 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 inculcado, 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 inculcado, con la misma constancia y consistencia con que recomienda Ihering la lucha por el derecho. ¿De qué sirve, si no, este auxiliar del inculcado, 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 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 copartípe 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 quo y 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, comprensión, 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 inculcado 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 investigación y resolver si se recurre al juez, cuando la instrucción ha corrido en manos del Ministerio Público, o al tribunal de conocimiento, cuando aquélla estuvo en las del juez instructor.
57. También es posible que el proceso se desarrolle sin que el inculcado 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 instalado 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 sobrevenía 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, específicamente, 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 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 en los 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 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 ge-

- neralmente 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: “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 demolidora.
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 Peniten-

- ciaría 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 respeto 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 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 inculpado. 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, ciertamente. Así lo entendió la Corte en el *Caso Mayagna Awas Tigni*. ¿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, determina-

dos 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.

XVIII. 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).
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. Difícilmente 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 traieran 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 fundamento la Corte llegó a la conclusión de que tanto la señora Baruet 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.

XIX. *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

94. Ha sido costumbre que la Corte recoja, en sus sentencias sobre reparaciones, la sabida 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.

XX. 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 innece-

sarias 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.

CASO DE LA CRUZ FLORES VS. PERÚ,
del 18 de noviembre de 2004

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 desarrollan 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 mediar 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 Benjamin 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 materia 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 inculpa-do, 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 facul-

tativo, 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.

CASO CAESAR VS. TRINIDAD Y TOBAGO,
del 11 de marzo de 2005

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”; con-

diciones 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 resolutivos 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 interamericano. 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 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 contravenga 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 libertad 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 reprochable, 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 concernientes a la tutela de los derechos humanos y, por lo tanto, al tema principal, el más entrañable, del Estado de Derecho. Al respecto, tómese 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 si 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 Reeducción del Menor “Panchito López”*, *Bulacio*, *Neira Alegría*, *Penitenciarias de Mendoza*, *Lori Berenson*, *Hilaire*, *Constantine* y *Benjamín* y otros, etcétera. 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.
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 inculcado.
37. Nos encontramos de nueva cuenta ante una situación de *tabla 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 inculcado, por una parte, y la seguridad pública y la protección a la víctima, por la otra.

CASO FERMÍN RAMÍREZ VS. GUATEMALA,
del 18 de junio de 2005

I. EL DEBIDO PROCESO Y LA FUNCIÓN PENAL

1. En esta primera parte de mi voto razonado formularé algunas consideraciones sobre la posición de la Corte Interamericana acerca del debido proceso en general, una noción que ha orientado las decisiones del Tribunal en los casos contenciosos que atañen a los temas del enjuiciamiento. En párrafos separados, *infra*, me referiré a las características que la cuestión del debido proceso asume en el caso *sub judice*. Este ofrece, ciertamente, rasgos particulares, en buena medida diferentes de los que han tenido otros litigios que han llegado al conocimiento de esta Corte sobre puntos del debido proceso penal.
2. Como punto de aclaración previa, es pertinente señalar que el concepto de debido proceso que ahora examinaré es el que atiende a cuestio-

nes procesales, denominado “adjetivo” (que cuenta con una referencia paradigmática en la clásica reflexión de Lord Coke sobre la imperitencia de que alguien sea juez de su propia causa). Esta versión del debido proceso se refiere al adecuado despacho a través de instancias jurisdiccionales y otras que tienen a su cargo la decisión de controversias disciplinada a ciertos principios y reglas formales. Otra cosa es el debido proceso en su sentido “sustantivo”, desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina de los Estados Unidos de América y recibido en otros países (cuya referencia paradigmática fue reexaminada por el *justice* Samuel Miller, de la Suprema Corte de Estados Unidos, en *Davidson v. New Orleans* (1878): “quitar a A para dar a B”). Obviamente, la Convención Americana y la Corte Interamericana han tomado en cuenta —aunque bajo diferentes expresiones— la materia que se aloja en la versión sustantiva del *due process*, concentrada en la congruencia de las normas y las decisiones con cierto conjunto de valores e intereses.

3. Esa noción sustantiva deberá analizarse a la luz de varios preceptos de la Convención y de diversa jurisprudencia de la Corte. Entre aquéllas se hallan las disposiciones acerca de la interpretación del Pacto de San José, particularmente las que prohíben interpretarlo en forma que pudiera “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (art. 29, c), así como “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” (art. 29, d); las que se refieren a restricciones admisibles, que “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” (art. 30); y las que conciernen al límite de los derechos de cada uno: “los derechos de los demás, (...) la seguridad de todos y (...) las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (art. 32.2).
4. La jurisprudencia de la Corte incorpora datos importantes para el examen del debido proceso “sustantivo”, aunque no haya empleado este giro. Sin la pretensión de entrar al detalle de estas cuestiones —tomando en cuenta que, como ya dije, este voto alude sólo al debido proceso “adjetivo”, que es la versión explorada bajo el rubro de debido proceso—, la jurisprudencia interamericana se ha referido a las características que debe poseer la ley que establece limitaciones a los derechos: adoptada en el marco de instituciones y procedimientos propios de una sociedad democrática y atenta al bien común. La Corte ha reflexionado sobre las características que debe poseer una ley en el marco de la protección de los derechos humanos (*OC-6/86*,

párrs. 32 y ss.). Y el propio Tribunal ha puntualizado que el concepto de bien común, en el contexto de la Convención, se refiere “a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos” (*OC-5/85*, párr. 66). Igualmente, la jurisprudencia interamericana examinó la conexión entre conceptos radicales del orden político-jurídico sustentado en las convicciones filosóficas que informan la Convención Americana: “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (*OC-8/87*, párr. 26).

5. Vuelvo ahora al debido proceso adjetivo. Esta cuestión ha ocupado a la Corte Interamericana desde que inició su desempeño consultivo. Se ha ocupado de ella, extensamente, en el conocimiento de casos contenciosos y medidas provisionales. Es una materia abundantemente transitada, quizás la que más entre las muchas que este Tribunal ha considerado en su ejercicio judicial durante un cuarto de siglo. Con la designación de debido proceso abarco ahora, pues, tanto los temas que analiza el artículo 8 de la Convención, como los que prevé el artículo 25 y, en alguna medida, los que figuran en los artículos 5 y 7 a propósito del trato a las personas detenidas, la duración de la detención y las condiciones en las que ésta se desarrolla. Eventualmente, los temas del debido proceso se proyectan sobre otras disposiciones de la Convención, que aluden a diversos derechos, o recogen temas abarcados por ellas: así ha ocurrido, en ciertos extremos, a propósito del artículo 4.
6. Parece natural que abunden los asuntos en torno al debido proceso en el panorama de las transgresiones a los derechos humanos. En el despacho de la justicia penal —o de la injusticia penal— existe un amplio contingente de violencias sólo comparables, acaso, con las consumadas por los delincuentes: existe un curso paralelo entre la historia del crimen y la de las reacciones ideadas para combatirlo, generalmente bajo el nombre de justicia penal. Es en aquel espacio, que siempre se ha querido legitimar y a menudo no se ha acertado siquiera a legalizar, que se desarrolla el más dramático encuentro —como he recordado en diversas ocasiones— entre el Estado investido con todo el poder y el individuo desvalido de méritos y defensas, salvo las que pueda proveerle la benevolencia del poderoso, primero, y el desarrollo del Derecho, más tarde.

7. El desbordamiento de la represión ocurre con mayor facilidad aquí que en otros espacios del quehacer público, porque aquella se vuelca sobre quien ha sido titulado como “enemigo social”: el delincuente que lesiona bienes individuales y colectivos muy apreciados —de ahí la condición precisamente delictuosa, y no simplemente ilícita, de la conducta que realiza— y con ello pone en riesgo la existencia de la sociedad. Es, pues, un adversario social mayor; un enemigo inclusive. Difícilmente habría destinatario más natural y vulnerable de la acción estatal. Esto explica el desempeño de las persecuciones y los castigos, su fenomenología, sus características, sus consecuencias, y la lenta aparición de los medios de tutela del individuo que se enfrenta al Estado a título de inculpado, y que puede ser culpable, en efecto, pero también puede ser inocente de los cargos que se le hacen, y en todo caso es un ser humano.
8. En el ejercicio de la civilización se ha llegado a conciliar la necesidad imperiosa de que el Estado provea seguridad a la sociedad —provisión que constituye una de las razones de ser del Estado, entre las más radicales y necesarias— y la exigencia ética y hoy jurídica de que lo haga sin lesionar la dignidad humana ni prejuzgar sobre la responsabilidad que está sujeta a juicio. De esta complicada conciliación —ámbito natural para la construcción y preservación del Estado de Derecho—, que garantiza la libertad de todos, no sólo la seguridad del inculpado, surge el debido proceso legal en sus diversas vertientes, la penal a la cabeza, y con ella se disipa lo que de otra suerte pudiera plantearse como dilema: seguridad o justicia, paz o derecho. En la era del garantismo, el debido proceso que conduce al esclarecimiento de los hechos y a la sentencia justa —debido proceso que sirve, pues, al acceso formal y material a la justicia— es prenda de aquella conciliación y del frágil equilibrio en el que se instala.
9. Cuando crece la criminalidad, impulsada por numerosos factores que rara vez considera el político —salvo que se trate de un político acostumbrado a mirar a través de las apariencias y a actuar más allá de los síntomas—, la persecución se extrema. Es explicable que así ocurra. Ante la desesperación social, pronto convertida en exasperación, vuelve a la escena el conflicto entre *due process* y *crime control*, una dialéctica que hoy se agita a lo largo y ancho del proceso penal, como ha observado Mireille Delmas-Marty por lo que toca a Europa, y que ciertamente encuentra múltiples manifestaciones en otros países asediados por la criminalidad tradicional y la delincuencia evolucionada, que los esfuerzos públicos no alcanzan a prevenir, enfrentar y reducir con éxito.
10. La Corte Interamericana, que se ha ocupado en muchas ocasiones del debido proceso, como dije, señaló que éste es el “conjunto de requi-

- sitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos” (*Opinión Consultiva OC-18*, párr. 123). Este concepto, según la jurisprudencia de la Corte, no se concentra en la materia penal; alcanza a otras especialidades del enjuiciamiento y, en general, del procedimiento, cuando se hallan en suerte los derechos de las personas: el “elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del (artículo 8) se aplica también a (otros) órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal” (*Caso del Tribunal Constitucional*, párr. 70).
11. Para que exista debido proceso, estableció la OC-16, “es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal” (párr. 117). En otras oportunidades, la Corte manifestó que la existencia de verdaderas garantías judiciales —en las que se afirma el debido proceso— requiere que en éste se observen todos los requisitos que “sirv(a)n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” (*OC-8/87*, párr. 25), es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (*OC-9/87*, párr. 28)”
 12. En mi voto concurrente a la Opinión Consultiva OC-16 señalé que “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”.
 13. Añadí entonces: “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.
14. “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.
 15. “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.
 16. Al emitir ese voto —hace ya varios años— examiné las consecuencias que pudiera acarrear el vicio grave del procedimiento sobre el proceso en su conjunto y la sentencia que se dicta en éste. Al respecto, dije que la violación del proceso “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”.
 17. En la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se debe valorar no solamente la elaboración del concepto de debido proceso, sino además su extensión a temas distintos y hasta distantes de

la materia penal, tomando como referencia, sin embargo, en todo lo que resulte racionalmente aplicable, las características que aquél tiene en asuntos penales —que son las más ampliamente exploradas y detalladas— para instalar una tutela amplia y cierta.

18. En esa jurisprudencia se puede apreciar también el carácter dinámico, expansivo, del debido proceso —al que me referí en mi citado voto concurrente a la OC-16—, al que llegan nuevos datos que contribuyen a la más completa tutela de los derechos —y bienes jurídicos depositados en ellos— protegidos a través de esa noción. Ha sido plausible la incorporación como pieza del debido proceso del derecho a conocer la posibilidad de recibir asistencia consular, que favorece al detenido extranjero y cuya inobservancia, negativa o menoscabo vicia el procedimiento y priva de validez a la sentencia construida sobre esa base endeble. Esta afirmación, originalmente formulada por la Corte Interamericana en la OC-16, fue luego acogida en la solución de casos ante la Corte Internacional de Justicia: *LaGrand*, de *Alemania vs. Estados Unidos*, y *Avena y otros nacionales mexicanos*, de *México vs. Estados Unidos*.

II. DEBIDO PROCESO Y COMBATE A LA DELINCUENCIA

19. Al entrar en el examen del *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala* y emitir la sentencia correspondiente, la Corte ha establecido de nueva cuenta el sentido y el límite de su función: a) conoce la necesidad de que el Estado combata con firmeza la delincuencia, tarea que constituye un perentorio deber de aquél, y b) al mismo tiempo asegura que esa batalla indispensable se realice en el cauce del Derecho y conforme a los principios y las reglas que éste acoge. Al resolver, la Corte Interamericana actúa conforme a su competencia estricta: dispone en función de la compatibilidad o incompatibilidad de cierto acto del Estado, sujeto a controversia, con los términos de la Convención Americana que la propia Corte aplica. No puede hacer otra cosa. Es un tribunal de derechos humanos, no un tribunal penal. La investigación de hechos delictuosos y la imposición de penas compete a los órganos nacionales. La Corte no cuestiona esta función, no la invade, no la impide. No ha intentado hacerlo en ningún caso. La respeta.
20. La Corte Interamericana nunca ha asumido la defensa —y tampoco la acusación— de probables responsables de una conducta ilícita. Se ha limitado con rigor, y lo seguirá haciendo, a resolver acerca de la interpretación y la aplicación del ordenamiento que puede invocar: la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las instancias nacionales deben aplicar con pulcritud y eficiencia, respetando las disposiciones de esa Convención, las normas que les competen: los códigos

- penales y otros ordenamientos llamados a sancionar las conductas delictuosas. Quien haya leído, así sea someramente, las resoluciones de la Corte Interamericana, habrá advertido que ésta ha sido su posición invariable. No podría ser otra.
21. En la sentencia correspondiente al *Caso Castillo Petruzzi*, de 30 de mayo de 1999, la Corte sostuvo que “no está facultada para pronunciarse sobre la naturaleza y gravedad de los delitos atribuidos a las presuntas víctimas”, y manifestó que no examinaría “la presunta responsabilidad penal de las supuestas víctimas, materia que corresponde a la jurisdicción nacional” (párrs. 89-90). Finalmente, el Tribunal declaró la existencia de ciertas violaciones en el proceso de los inculpados que había motivado el conocimiento de ese caso y dispuso “que se les garanti(zara) un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal” (punto resolutivo 13).
 22. En el caso al que se refiere la sentencia que acompaño con este *Voto razonado*, no se demandó al Estado por una violación brutal de las garantías inherentes al debido proceso. En diversas ocasiones se ha traído a la consideración de la Corte transgresiones notorias que entrañan el maltrato al inculpado para arrancar una confesión, investigaciones irregulares y prejuiciadas, actuación de tribunales que carecen de independencia o imparcialidad, privación absoluta del derecho de defensa, obstrucción de la justicia, supresión del acceso a pruebas, ausencia de medios de impugnación idóneos y otras violaciones del mismo carácter. Ahora se trata de una vulneración de otro género: incongruencia entre la acusación y la condena, que acarrea —a pesar de que no ofrece una apariencia dramática ni ofende inmediatamente la conciencia social— una restricción en el derecho de defensa, que es el máspreciado para quien se ve sujeto a juicio y repercute en la decisión final del tribunal que condena. Cualquier persona que supone la posibilidad de verse llevado a un juicio penal —¿y quién se halla absolutamente a cubierto de esta posibilidad?—, sabe que la ley le reconoce el derecho a la defensa y confía en que contará con él.
 23. Es probable que quienes observen este punto consideren que se trata de un mero tecnicismo procesal. La separación entre los llamados “tecnicismos” y las violaciones graves es un tema frecuentemente examinado por los tratadistas del enjuiciamiento y no es extraño al debate en diversos círculos de opinión. Ahora bien, es preciso advertir que tras los denominados “tecnicismos”, a los que algunos observadores restan importancia e incluso atribuyen resultados adversos a la seguridad y a la justicia, se hallan verdaderos derechos humanos que deben ser respetados. Finalmente, la fortaleza moral y política de la sociedad democrática se mide también por su capacidad de atender puntualmente los derechos de los individuos y al mismo tiempo servir

a los objetivos de seguridad y justicia que demanda la sociedad y que constituyen razón de ser del orden jurídico.

III. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA

24. En el *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana examinó algunos temas del debido proceso que no había conocido previamente. Hoy no se ha ocupado, como en tantos otros casos, del juez natural, la independencia e imparcialidad del juzgador, la posibilidad de designar defensor y recibir su asistencia, la estructura de la prueba, el recurso contra decisiones condenatorias, la confiabilidad de la confesión y otros más que han estado constantemente a la vista. En este caso, se ha puesto en juego un dato del proceso penal en una sociedad democrática: la congruencia entre la acusación y la sentencia, que no sólo entraña una conexión lógica entre dos actos procesales de extrema importancia, sino atañe a la defensa del inculpado — porque la afecta profundamente—, y por lo tanto se proyecta sobre el conjunto del proceso y gravita en la validez de la sentencia misma.
25. Más todavía, la congruencia a la que me refiero —que impide resoluciones judiciales al margen de la acusación formulada por un órgano ajeno al juzgador e independiente de éste— constituye una expresión regular de la división de poderes y caracteriza al sistema procesal penal acusatorio. En efecto, pone en evidencia la separación entre el órgano que acusa y el órgano que sentencia, y reconoce que la función persecutoria incumbe a aquél, no a éste. Si no fuera así, es decir, si el juzgador pudiera rebasar los términos de la acusación, desatenderlos o sustituirlos a discreción, estaríamos en presencia de un desempeño judicial inquisitivo: el órgano de la jurisdicción llevaría por sí mismo a la sentencia hechos y cargos que no ha esgrimido el órgano de la persecución, y se convertiría, en buena medida, en un acusador.
26. En el proceso penal democrático, el inculpado, sujeto del proceso, dotado con derechos adjetivos que permiten sostener y asegurar sus derechos materiales, enfrenta ciertos cargos sobre los que aguarda la decisión judicial. En función de ellos, que son el “tema del enjuiciamiento”, desarrolla el conjunto de los actos de defensa. De ahí la importancia de que conozca, desde el principio mismo del proceso —y más todavía, desde que comienza el procedimiento en su contra y se le priva de libertad en un momento anterior a su presentación ante el juzgador—, los hechos que se le atribuyen, para que pueda construir su defensa. No se trata de enterarlo de cuestiones técnicas en torno a los cargos que pesan sobre él, sino de que sepa con certeza —y también, por supuesto, de que sepa su defensor— qué hechos se le

- atribuyen, cómo se dice que los cometió, en qué forma lo hizo, etcétera, para que cuente con los elementos indispensables para contradecir la acusación y obtener al cabo una sentencia justa.
27. Lo anterior no sólo funda la exigencia de información precisa, completa y oportuna sobre las imputaciones —que es un derecho elemental del encausado, un dato crucial del debido proceso, sin el cual declina la condición del inculpado como sujeto del enjuiciamiento, para reinstalarlo como objeto de la investigación—, sino también la indispensable relación que debe existir entre la acusación que propone el tema del proceso y la sentencia que dispone sobre ese tema, no sobre otro u otros que pudieran ser aledaños a él, pero en todo caso no fueron materia de la prueba, del debate, de las defensas, y por lo tanto sólo podrían ser, si acaso, cuestiones para un proceso diferente en el que se observen las correspondientes garantías de información y defensa.
28. La convicción de que el inculpado debe conocer, desde el momento mismo de su detención, los cargos que se le hacen —no apenas las denominaciones técnicas de éstos, que dicen poco o no dicen nada al individuo común, sino los hechos cuya comisión se le atribuyen—, se ha instalado en el procedimiento moderno de orientación democrática. Se halla, por ejemplo, en la exigencia de que quienes capturan al supuesto infractor le informen sobre esos cargos y acerca de la posibilidad que tiene de declarar sobre ellos, guardar silencio y designar quien lo defienda. Otro tanto debe ocurrir cuando el inculpado comparece ante el juez de su causa. La misma norma ha de observarse —ya lo mencioné— cuando el sujeto es extranjero y se le notifica que puede recurrir a la asistencia del cónsul de su nacionalidad.
29. Nada habría que oponer, en mi concepto, a lo que la ley del Estado denomina recalificación de los hechos, es decir, a la observación de éstos desde otra perspectiva técnica, bajo una clasificación o designación diversas de las que inicialmente fueron aplicadas, pero conservando invariable la identidad de aquéllos, como materia o tema del proceso. En este supuesto queda en pie la defensa que hicieron y sigan haciendo el inculpado y su asistente legal, porque ésta se ha referido y se refiere a unos hechos que no han sido alterados, modificados, incrementados, sino apenas denominados con otros términos. Dicho de manera diferente: los hechos quedan inalterados; sólo cambia el *nomen juris* con el que se los designa, y esta variación no tiene más trascendencia que la depuración técnica en el empleo de los conceptos, pero no toca la defensa. Hasta ahí las cosas, si hablamos de recalificación de hechos. Y si las cosas permanecen en ese punto, no hay violación del derecho a la defensa.

30. No es esto lo que sucede si se modifica lo que la sentencia de la Corte Interamericana ha designado como “base fáctica” del proceso penal. Si esto ocurre, el fiscal que hace una nueva acusación debe promover los actos conducentes a reencauzar el proceso, y si no lo propone, debe acordarlo espontáneamente el propio tribunal, que en último análisis responde por la buena marcha del enjuiciamiento, esto es, por el debido desarrollo del proceso, atendiendo las exigencias de la ley y los requerimientos de la justicia. No fue esto lo que aconteció en el caso que ahora nos ocupa. Es verdad que coinciden ciertos datos de la acusación original y de la sentencia con la que se cerró el proceso, pero también lo es que otros, de gran importancia, no coinciden en absoluto.
31. Para acreditar lo anterior basta con observar la descripción típica de la violación agravada, que se hace en el artículo 175, conectado con el 173, del Código Penal de Guatemala, y del homicidio calificado (llamado “asesinato” en el ordenamiento penal nacional), que se formula en el artículo 132, vinculado con el 123, del mismo ordenamiento. La violación es ayuntamiento carnal forzado que se perpetra contra una mujer —dice el artículo 173— y cabe la posibilidad —señala el 175, que describe la figura complementada calificada— de que “con motivo o a consecuencia de la violación” fallezca la víctima. En cambio, el asesinato es privación de la vida —conforme al artículo 123— realizado en la forma, con los medios, bajo el impulso o con el propósito que describe el artículo 132. Así las cosas, cada conducta punible se integra con elementos propios, característicos, que deben ser propuestos en la acusación y que se hallan o deben hallarse sujetos al examen del inculpado y su defensa. Si la condena se emite por hechos diferentes de los que señaló la acusación, se habrá vulnerado el nexo de congruencia entre ésta y la sentencia. Sólo la integridad de ese nexo acredita que el inculpado ejerció adecuadamente el derecho a la defensa que el Estado le reconoce y está obligado a respetar y garantizar.
32. A la luz del artículo 8 de la Convención Americana, no se tiene en pie una sentencia adoptada de esa manera. Ahora bien, esto no significa, en lo absoluto, que la Corte Interamericana exonere de responsabilidad al inculpado, y tampoco que declare que la hay. Sólo trae consigo una conclusión: la violación del debido proceso priva de soporte jurídico a la sentencia y obliga al Estado, como lo ha mencionado la Corte, a llevar adelante, si así lo resuelve, un enjuiciamiento en el que se observen la exigencias del debido proceso para arribar a la conclusión que derive de los hechos aducidos por quien acusa, las pruebas presentadas por las partes o atraídas por el tribunal y el debate en torno a aquéllos —no acerca de otros hechos— con sustento en éstas.

No hay, pues, riesgo de impunidad, sino exigencia de justicia conforme a las previsiones de la Convención Americana, que el Estado ha ratificado.

33. Es preciso observar, siempre a propósito de este punto, pero también del que en seguida examinaré, que la supuesta reforma en la calificación de los hechos, que en este caso ha sido, en rigor, una modificación de los hechos mismos —modificación que pudiera o no reflejar la realidad; eso no lo discute la Corte Interamericana, porque no tiene atribuciones para hacerlo— arroja consecuencias de enorme importancia. En efecto, la punibilidad prevista para la violación calificada consiste en privación de libertad de entre 30 y 50 años, salvo en el caso de que la víctima sea menor de 10 años (artículo 132 bis del Código Penal), lo que no se plantea ahora. En cambio, la punibilidad correspondiente al asesinato es la muerte del reo cuando concurren circunstancias del hecho, la ocasión, los móviles o la comisión que revelen “una mayor particular peligrosidad del agente”. Esta referencia suscitó el examen de la Corte y determinó las conclusiones que paso a comentar.

IV. PELIGROSIDAD DEL AGENTE

34. Se ha planteado en este caso, pues, el problema que trae consigo la antigua expresión introducida en el penúltimo párrafo del artículo 132: la “mayor particular peligrosidad del agente”, concepto que fue revisado por las partes en el proceso ante la Corte Interamericana y a través de escritos de *amici curiae* que analizamos con atención. El concepto de peligrosidad ha sido desterrado por las más modernas corrientes del Derecho penal de orientación democrática —modernas, sin embargo, con casi un siglo de vigencia—, que han insistido en la necesidad de hacer de lado esta noción de raíz positivista para incorporar en su lugar, como datos rectores de la reacción penal, la entidad del delito y la culpabilidad del agente.
35. El positivismo que campeó en el último tercio del siglo XIX caló en múltiples ordenamientos penales, entre ellos las oleadas de códigos iberoamericanos con las que despuntó nuestro siglo XX. Las lecciones del positivismo, cuyo atractivo radica en la consideración de los factores causales del crimen, tanto en general como en la dinámica particular del agente, fueron ampliamente recibidas por profesionales y estudiantes, entre los que militamos durante mucho tiempo. El atractivo “científico” del positivismo y el rechazo al formalismo jurídico ocultaron los riesgos que aquél entrañaba para la libertad y la democracia y las ventajas que éste aportaba para los mismos fines. La peligrosidad se erigió en hipótesis de la intervención del Estado.

36. Con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor —actual o futuro— no ya por lo que ha realizado, su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable, apreciada en la única forma en que podría serlo: a través de pronósticos. Esto genera, en fin de cuentas, un Derecho penal de autor —en el que se reacciona en función de la persona—, que se contrapone al Derecho penal de acto, hecho o conducta —en el que se reacciona en función del comportamiento efectivamente desplegado por el agente, el daño o el riesgo realmente producidos, la culpabilidad acreditada.
37. Para los fines del juicio ante la Corte Interamericana, el punto puede ser considerado desde una doble perspectiva: sea como vulneración del derecho a la prueba y a la defensa, en la medida en que la acusación no recogió el cargo de peligrosidad y por lo tanto no se permitió al reo desvirtuarlo; sea como transgresión del principio de legalidad penal, que dispone atender sólo a una ley ajustada al hecho realizado. En la demanda de la Comisión prevaleció la primera perspectiva, de carácter procesal; en la decisión de la Corte, que no desecha ese enfoque, sino lo complementa, dominó la segunda, de carácter material.
38. La Corte consideró que la incorporación de la peligrosidad como elemento de la descripción típica o como factor para la selección de la pena, en sus respectivos casos, no se aviene con el principio de legalidad que dispone la punición de hechos o conductas ilícitos culpablemente realizados, pero no autoriza la sanción a partir de una combinación de la certeza sobre los hechos pasados y la especulación sobre conductas futuras. En fin de cuentas, no hubiera sido satisfactorio para la aplicación del Pacto de San José, considerado como un solo cuerpo normativo, asegurar al inculpado la posibilidad de defenderse del cargo de ser peligroso, es decir, del pronóstico sobre crímenes probables en algún momento del porvenir. Lo que se necesita es suprimir enteramente la referencia a la peligrosidad. De ahí la disposición de la Corte en el capítulo de reparaciones, cuando se alude a la posibilidad de un nuevo juicio subordinado al debido proceso, pero también se requiere, en aras de la observancia del artículo 2 de la Convención, reformar en este extremo el artículo 132 del Código Penal.

V. INDULTO

39. Finalmente, la Corte se ha ocupado en el tema del indulto, recurso al que debe tener acceso el reo condenado a muerte, en los términos del artículo 4 de la Convención Americana. Obviamente, tener acceso

a la interposición de este remedio no significa, por fuerza, tener el derecho a una respuesta favorable. El indulto está saliendo gradualmente de la legislación penal. En él se aloja todavía la remota facultad de gracia del monarca absoluto, señor de vidas y haciendas, que precisamente por ello podía disponer de la vida del reo, sustrayéndolo a la muerte ordenada por el tribunal. La racionalidad penal, instalada en la racionalidad política y jurídica, sugiere prescindir de esta figura, sin que ello impida establecer, en cambio, sucedáneos pertinentes que permitan la conversión de la pena impuesta cuando existan causas que lo justifiquen.

40. La Corte aprecia que el Estado carece de un régimen cierto y adecuado acerca del indulto. Si éste subsiste, cosa que atañe a la decisión del Estado, no debe quedar exento de reglas precisas acerca de la autoridad llamada a concederlo, los fundamentos para otorgarlo y el procedimiento para resolverlo. De lo contrario sería una expresión de puro arbitrio, extraña al Estado de Derecho en una sociedad democrática. Incluso si se trata de una facultad de perdón, es necesario que ésta se ejerza con claridad y racionalidad.

CASO YATAMA VS. NICARAGUA,
del 23 de junio de 2005

I. CATEGORÍAS DE VIOLACIONES.

INDIVIDUOS E INTEGRANTES DE GRUPOS O COMUNIDADES

1. La Corte Interamericana ha conocido violaciones cometidas en agravio de individuos, aisladamente, que pueden reducirse a un caso concreto o poner a la vista un patrón de comportamiento y sugerir medidas destinadas a evitar nuevas transgresiones similares en agravio de numerosas personas. Asimismo, este Tribunal ha conocido violaciones que afectan a numerosos miembros de un grupo humano y que reflejan actitudes o situaciones con alcance general y fuertes raíces históricas, inclusive.
2. Esta segunda categoría de asuntos conduce a reflexionar, a partir de un litigio concreto y de ciertas víctimas individualizadas, sobre el estado que guardan los integrantes de ese grupo e incluso este mismo, sin que ello represente, en modo alguno, desbordar las atribuciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana, puesto que cada resolución se refiere a un supuesto concreto y dispone acerca de él, sin perjuicio de que aporte reflexiones y criterios que pudieran resultar aprovechables para el examen de otras situaciones similares. Si éstas se

- plantean ante la misma jurisdicción serán materia de examen individual, pero a ese examen contribuirá la orientación jurisprudencial elaborada en otras oportunidades.
3. Por lo demás, la idea de que la orientación jurisprudencial razonablemente formada, ponderada, reiterada —hasta constituir una “jurisprudencia constante”—, puede proyectarse sobre situaciones en las que aparecen las mismas condiciones de hecho y de derecho que han determinado aquélla, es perfectamente consecuente con el quehacer de un tribunal internacional de “convencionalidad”, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada a aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos multilaterales que le confieren competencia material.
 4. El Tribunal regional de derechos humanos no constituye una nueva instancia para revisar las resoluciones de los órganos judiciales, sino una instancia única, de carácter internacional, dispuesta para definir el alcance de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, mediante la aplicación e interpretación de ésta. Así lo resuelve la propia Convención, así lo ha entendido la Corte misma y así lo reconocen, con creciente uniformidad y énfasis, los más altos tribunales de países americanos, cuya recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye uno de los rasgos más recientes, valiosos y alentadores en el desenvolvimiento de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos en el plano continental.
 5. La meditación de la Corte se despliega en todos los litigios que se someten a su conocimiento, así como en las opiniones consultivas que emite. Ha sido en los casos que conciernen a integrantes de grupos humanos minoritarios —generalmente comunidades indígenas y étnicas— presentes en diversas sociedades nacionales, donde esa reflexión suele adquirir mayor acento en el examen de factores de eliminación, exclusión, marginación o “contención”. Se trata de expresiones o vertientes de la violación de derechos, ejercida con diversa intensidad. Se identifican en una misma línea de conducta y manifiestan distintos momentos de los procesos históricos en los que se hallan inmersas. Poseen características específicas e implican un quebranto o un inminente riesgo de quebranto de los principios de igualdad y no discriminación, proyectados en diversos espacios de la vida social. Se traducen en infracción de numerosos derechos.
 6. Al examinar esos casos, la Corte ha tenido presente, en todo momento, el alcance subjetivo de su competencia a la luz del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que aclara la connotación que ese instrumento internacional maneja acerca del concepto de “persona”: el ser humano, el individuo, como titular de derechos y libertades. El Tribunal no puede exceder esta frontera es-

- tablecida por la Convención que fija su competencia. Pero tampoco debe prescindir del examen profundo de las cuestiones que se le proponen, a fin de precisar sus verdaderas características, raíces, implicaciones, consecuencias, etcétera, para comprender la entidad de las violaciones cometidas, en su caso, y resolver adecuadamente en torno a las reparaciones que pudieran corresponder a ellas.
7. De ahí que en diversas decisiones —sobre todo acerca de integrantes de esos grupos indígenas o étnicos— haya considerado la Corte los derechos de los individuos, miembros de las comunidades o los grupos, dentro de su marco necesario, característico, sustancial: los derechos colectivos de las comunidades a las que aquéllos pertenecen, su cultura —que les confiere una “identidad cultural” a la que tienen derecho y que incide en su individualidad y desarrollo personal y social—, sus costumbres y usos que concurren a integrar un punto de referencia que la Corte necesita para entender y resolver los casos que se le plantean. Sería infructuoso y conduciría a conclusiones equivocadas extraer los casos individuales del contexto en el que se presentan. Analizar aquéllos en su propia circunstancia —en el más amplio sentido de la expresión; actual e histórica— no sólo aporta datos de hecho para entender los acontecimientos, sino datos de derecho —a través de las referencias culturales— para establecer su carácter jurídico y sus implicaciones de la misma naturaleza.
 8. La Corte ha debido examinar igualmente ciertos temas que atañen a otros grandes grupos humanos, también expuestos a violaciones o victimados por éstas, aun cuando los elementos para su identificación social no sean los mismos que concurren en los casos contenciosos a los que he aludido en los párrafos anteriores. Así se ha hecho en sendas opiniones consultivas, particularmente las de fechas más recientes, que han contribuido a esclarecer el alcance de los derechos humanos de personas expuestas a rechazo, abuso o marginación; así, los detenidos extranjeros, en los términos de la *Opinión Consultiva OC-16*; los niños o menores de edad que incurren en conductas ilícitas o se hallan sujetos a medidas de protección pública, conforme a la *Opinión Consultiva OC-17*, y los trabajadores migrantes, principalmente los indocumentados, según la *Opinión Consultiva OC-18*. He agregado *Votos razonados* a estas tres opiniones. Me remito a lo que he dicho en ellos.
 9. En otro orden de hechos, la Corte Interamericana también ha examinado cuestiones que penden sobre conjuntos de personas unidas por ciertos vínculos de profesión, ocupación o interés. En estos casos ha sido necesario dictar medidas provisionales en los términos del artículo 63.2 de la Convención, para preservar derechos y mantener incólumes, por lo tanto, los bienes jurídicos protegidos por aquéllos.

En estas hipótesis, la Corte ha ido más lejos, avance que se explica y justifica tomando en cuenta las características propias de los casos planteados y la naturaleza misma de las medidas provisionales. Efectivamente, este Tribunal se ha pronunciado sobre la protección inmediata, de carácter precautorio, en relación con numerosas personas no identificadas, pero siempre individualizables, cuyos derechos se hallan en severo riesgo. No se trata de medidas sobre un grupo, una corporación, una sociedad, un pueblo, sino sobre los integrantes de éstos: personas físicas titulares de derechos en riesgo.

10. Este nuevo alcance de la tutela internacional, producto de la evolución de la jurisprudencia interamericana —que aún podría ir adelante en la medida en que lo permita la interpretación razonable de la Convención— se produjo a partir de la resolución sobre medidas provisionales en el *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, como se observa en el *Voto razonado* conjunto que emitimos el Juez Alirio Abreu Burelli y yo, cinco años atrás, en ese primer asunto abarcado por la nueva jurisprudencia, adoptando un criterio en el que he insistido en otros *Votos razonados* referentes a medidas provisionales que corren en la misma línea abierta en el *Caso de San José de Apartadó*.

II. COMUNIDADES INDÍGENAS

11. En su LXVII Período Ordinario de Sesiones (13 a 30 de junio de 2005), la Corte Interamericana ha deliberado y dictado sentencias sobre varios litigios a los que son aplicables las consideraciones que expongo en este *Voto* agregado a la Sentencia del *Caso YATAMA vs. Nicaragua*. Me refiero a este mismo, desde luego, y a las resoluciones finales en el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam* y en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, e igualmente, en alguna medida, a la resolución sobre medidas provisionales en el *Caso del Pueblo Indígena de Sarayaku*, correspondiente a Ecuador.
12. En aquellos tres casos contenciosos, que han culminado en sentencias de fondo y reparaciones, se analizan puntos relacionados con cuestiones que atañen a miembros de comunidades indígenas y étnicas, precisamente en tanto tales —no por motivos estrictamente personales o individuales—, y que tienen su origen o desarrollo en la relación que históricamente han guardado y mantienen todavía esas comunidades con otros sectores de la sociedad y, en definitiva, con el Estado mismo, relación que se proyecta sobre los miembros de dichos grupos e incide en los derechos humanos de éstos. Obviamente, no se trata de cuestiones aisladas o contraídas exclusivamente a los Estados o las sociedades nacionales en cuyo ámbito surgen los conflictos examinados en estos casos, si bien las sentencias se refieren —como es

- natural— a esos conflictos y solamente a ellos, y no pretenden —ni podrían pretender— alcanzar otros litigios actuales o potenciales.
13. Para quien reflexiona sobre esta materia —y en todo caso para quien suscribe este *Voto*— es interesante observar que también en otros lugares del Continente Americano han surgido problemas como los examinados ahora, que han llegado al conocimiento de la Corte con creciente frecuencia y determinado ciertos desarrollos jurisprudenciales. Estos, que obligan en el ámbito propio de cada sentencia, pudieran interesar en un espacio más amplio —como he dicho *supra*—, tomando en cuenta la gran semejanza y acaso identidad que existe entre las condiciones jurídicas, sociales y culturales —históricas y actuales— que se hallan en el origen de las controversias que se observan en muy diversos territorios nacionales.
 14. Conviene recordar, como referencia útil para la identificación de determinadas categorías de litigios y la definición del perfil general de nuestra jurisprudencia, algunos precedentes significativos. La relación se inicia, probablemente, con el *Caso Aloeboetoe*, uno de los más antiguos en la historia jurisdiccional de la Corte Interamericana, en el que se presentaron cuestiones asociadas a la pertenencia de las víctimas a determinado grupo humano minoritario. Y en esa misma dirección es indispensable destacar el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, de Nicaragua, que posee relevancia especial en cuanto suscitó un amplio examen sobre derechos de los integrantes de comunidades indígenas en un país americano, a cuya sentencia también acompañé un *Voto razonado* en el que me refiero con alguna extensión a estas cuestiones.
 15. Por supuesto, ha habido otros casos en los que también han venido a cuentas los temas de pertenencia a comunidades y culturas indígenas, que ponen a la vista el derecho a la identidad y las diversas implicaciones que éste puede tener y efectivamente tiene al amparo de la Convención Americana. Todo ello invita a considerar que no nos encontramos ante litigios ocasionales, aislados, circunscritos a un solo espacio, como tampoco ante controversias ordinarias que deban ser analizadas y resueltas a partir de fórmulas abstractas, uniformes, desatentas a la historia y al orden jurídico propio de los interesados, un orden jurídico que concurre a establecer el alcance —aquí y ahora: en espacios y tiempos precisos, no fuera de ellos— de los conceptos jurídicos que provee la Convención Americana.

III. ELIMINACIÓN. EL CASO DE LA COMUNIDAD MOIWANA

16. En el *Caso de la Comunidad Moiwana*, la Corte no examinó la masacre ocurrida el 29 de noviembre de 1986, porque se trata de hechos anteriores a la fecha en que es posible ejercer la competencia, *ratione tem-*

poris, del Tribunal interamericano. Analiza, en cambio, violaciones que se mantuvieron desde entonces —esto es, violaciones continuas o permanentes, concepto que la jurisprudencia ha puntualizado en otros casos, particularmente a propósito de hipótesis de desaparición forzada— o infracciones más recientes a la Convención Americana, sobre las que ciertamente tiene competencia. No es excesivo observar —porque se trata de un hecho histórico— que si debiéramos buscar un punto de inicio para las tribulaciones de los miembros de la comunidad Moiwana, esa referencia tampoco se hallaría en la fecha de la masacre, sino en el tiempo en que sus antecesores se vieron forzados a salir de sus territorios africanos y fueron trasladados a América en condición de esclavos, episodio que integra una de las páginas más oscuras en la historia de la humanidad.

17. En este caso se ha producido —aunque la Corte no emite declaración o condena al respecto, por el dato de competencia temporal al que me referí *supra*— la acción pública más severa que pudiera dirigirse contra los miembros de una comunidad: eliminación física. De ahí provino la dispersión de los sobrevivientes, pero no la pérdida de derechos de los miembros de aquélla, ni la alteración de las características que esos derechos pudieran revestir, ni la desaparición del deber del Estado de respetar y garantizar tales derechos precisamente en los términos que impone la naturaleza de éstos, que se mantienen vigentes.
18. Todo esto se acoge en la sentencia de la Corte, en la que destacan: a) la titularidad de derechos sobre el territorio ocupado tradicionalmente, más allá de la falta de documentación que la acredite, habida cuenta de que la formalidad documental no es elemento constitutivo de la propiedad en estos casos, ni prueba única de la titularidad de derechos y ni siquiera medio idóneo para acreditarla; b) la naturaleza *sui generis* de la relación que los miembros de la comunidad, en el marco de esta misma, guardan con el territorio que les pertenece, relación que debe ser considerada y que influye sobre otro deber a cargo del Estado (que tiene, por supuesto, su propio fundamento): el deber de justicia penal, en tanto el ejercicio de ésta permite la “purificación” del territorio, que a su vez auspicia el retorno de los pobladores, y c) la intangibilidad de la cultura comunitaria, que se proyecta sobre los miembros del grupo a título de derecho a una identidad cultural, como lo demuestran las decisiones que la Corte construye precisamente a partir de los elementos característicos de esa cultura.

IV. EXCLUSIÓN. EL CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA

19. El *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa* trae al presente problemas de antiguo origen: no sólo aquellos que principian con los avatares

- de la primera conquista y colonización, comunes a los países de Latinoamérica, sino los que derivan de ciertos sucesos menos remotos, pero que también produjeron, como se vio en el proceso, consecuencias adversas para los grupos indígenas. Me refiero al que describe, escuetamente, un párrafo revelador que figura en los hechos probados de la sentencia respectiva: “A finales del siglo XIX grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron vendidas a través de la bolsa de valores de Londres”. Este segundo proceso de colonización, si se puede llamar así, determina un largo proceso en el que se produjeron, por diversos motivos, varios desplazamientos de comunidades indígenas cuyos ancestros habían sido, alguna vez, señores de esas tierras.
20. En la sentencia sobre este caso, la Corte Interamericana aborda dos cuestiones muy relevantes, entre otras (a estas últimas pertenece el tema del debido proceso, aplicado a la reivindicación territorial), a saber: a) la propiedad de la comunidad sobre sus tierras ancestrales, o más que eso: la relación —que es mucho más que un tradicional derecho de propiedad, como indicaré *infra*— que aquella tiene con el territorio que ha ocupado, relación que se proyecta, obviamente, sobre los individuos integrantes de la comunidad y contribuye específicamente al conjunto de los derechos de estos, y b) el derecho a la vida de los miembros de la comunidad, en los términos del artículo 4.1 de la Convención y en conexión, además, con lo que significa el derecho a la tenencia de la tierra y lo que deriva de las modalidades que ésta reviste.
21. Una vez más, la Corte fija el alcance de la propiedad cuando se trata de integrantes de comunidades indígenas, o mejor dicho: una vez más asume el alcance que aquélla tiene y que el Estado debe respetar, al amparo de una cultura ancestral en la que ese derecho hunde su raíz y del que toma sus características principales. En estos casos, la propiedad posee caracteres diferentes de los que tiene —válidamente también, desde luego— en otros medios; implica una relación singular entre el titular del derecho y el bien sobre el que éste se despliega. Es más que un derecho real, conforme al sentido que se atribuye corrientemente a esta expresión. Atrae otros componentes, que también interesan —o que sobremanera interesan— para redefinir la propiedad a la luz de la cultura indígena en la que se ejerce la propiedad. En mi concepto, la Corte afirma con ello la relectura del artículo 21 de la Convención, a fin de que bajo éste hallen amparo tanto los derechos de propiedad en su versión clásica —que los principios liberales prevalecientes en el siglo XIX trasladaron a nuestro Continente—, como los derechos de propiedad que subyacían y finalmente reaparecieron. La relectura se hace con la mirada con que debe practicarse.

22. La misma legislación paraguaya, tanto en la norma constitucional como en otras disposiciones, ha reconocido la existencia de los pueblos indígenas “como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”. Este enfático reconocimiento, no sólo de un hecho demográfico, sino de una realidad cultural, que trae consigo consecuencias jurídicas, debe proyectarse en el respeto a formas tradicionales de tenencia de la tierra —anteriores a la formación y organización del Estado— y en la seguridad de que los derechos derivados de esa tenencia serán efectiva y eficazmente garantizados por el poder público a través de las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional.
23. Antes de ahora, la Corte ha examinado el derecho a la vida. En este examen han quedado de manifiesto tanto las prohibiciones que aquel derecho entraña con respecto a la acción arbitraria del Estado, como las acciones, iniciativas, prestaciones o promociones que el propio Estado debe asumir y desarrollar para establecer o favorecer las condiciones de una vida digna. El primer sector de los deberes, absolutamente indispensable, fue aportado por la etapa anterior en el desarrollo del Derecho y en la provisión de los derechos. El segundo sector, también necesario —para que el derecho a la ‘vida’, un concepto con vena moral, no se resuma en una simple ‘posibilidad de existencia o subsistencia’, un dato biológico—, es característico de la etapa actual. Este concepto ha ingresado con fuerza en la jurisprudencia de la Corte.
24. Entiendo que la creación de condiciones para una vida digna, que significan desarrollo de las potencialidades individuales y búsqueda del propio destino, debe ocurrir conforme a las decisiones de la persona, las convicciones que ésta tiene, la cultura que comparte. De ahí la vinculación estrecha entre el derecho a la vida digna, por una parte, y el derecho a la “relación del hombre con la tierra” —tenencia, propiedad en el sentido más amplio—, que ha tomado en cuenta la sentencia. Es por todo ello que hubo violación del derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención —con el alcance que hemos precisado— en perjuicio de los miembros de la comunidad Yakye Axa. La carencia de prueba sobre las causas que produjeron la muerte de dieciséis miembros de la comunidad, que explica el voto mayoritario en esta sentencia, no excluye o reduce los términos de la declaración formulada en el punto resolutivo 3: hubo violación del derecho a la vida y esta violación afectó a todos los miembros de la comunidad.

V. CONTENCIÓN. EL CASO YATAMA

25. En el *Caso YATAMA* se ha tenido a la vista otro rango de violaciones que agravan a miembros de comunidades. No se trata aquí de las vertien-

tes más dramáticas advertidas en los casos anteriores: supresión física, privación de territorios, afectación del derecho a la vida, por ejemplo. Las circunstancias en que se producen los hechos de este caso suponen que la organización YATAMA, que reúne miembros de muchas comunidades, ha logrado, merced a una larga lucha que ya ha producido avances apreciables, un espacio propio en la vida política y social, que le confiere una posición relevante y aceptada —no sin severas reticencias, con implicaciones jurídicas diversas— y la pone a salvo de agresiones con las características que se observan en los otros casos. De lo que ahora se trata es de acciones u omisiones con las que se “contiene” el avance de los integrantes de comunidades, en su calidad de tales. Nos hallamos, pues, ante una situación distinta que acaso corresponde a una última etapa en la sucesión de resistencias a la admisión de la igualdad y la no discriminación en favor de todas las personas, inclusive, por supuesto, los miembros de estos grupos minoritarios.

26. Ahora las acciones y omisiones que lesionan derechos reconocidos por la Convención se concentran en la actividad política, y por esta vía afectan la posibilidad de que los miembros de comunidades indígenas intervengan en pie de igualdad material con sus conciudadanos integrantes de otros sectores sociales y participen con eficacia en las decisiones que les atañen, conjuntamente con aquéllos. Esa intervención y esta participación se producen a través del ejercicio de los derechos políticos, entre otras vías.
27. Aquí me refiero, como he dicho, a una igualdad material y a una efectiva no discriminación, no a la mera igualdad formal que deja intacta —o disimula apenas— la marginación y mantiene a salvo la discriminación. Se tiende a la obtención de aquella forma de igualdad por medio de factores o elementos de compensación, igualación, desarrollo o protección que el Estado brinda a los integrantes de las comunidades, a través de un régimen jurídico que reconoce los datos provenientes de cierta formación cultural y se instala sobre el genuino reconocimiento de las limitaciones, discriminaciones o restricciones reales y contribuye a superarlas, suprimirlas o compensarlas con instrumentos adecuados, no apenas con declaraciones generales sobre una igualdad inexistente e impracticable. La igualdad no es un punto de partida, sino un punto de llegada al que deben dirigirse los esfuerzos del Estado. En palabras de Rubio Llorente, el “Derecho se pretende justo, 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”.

VI. PARTICIPACIÓN Y DERECHOS POLÍTICOS

28. No se sirve a estos designios —ni se atiende, por lo tanto, a la igualdad y a la no discriminación— si se siembra de obstáculos y exigencias, innecesarios y desproporcionados, el camino de quienes pugnan por la participación política a través del ejercicio de los derechos que ésta entraña, entre ellos el derecho al sufragio. La exigencia de participar a través de partidos políticos, que hoy se eleva como natural en las democracias de nuestra América, debiera aceptar las modalidades que sugiere la organización tradicional de las comunidades indígenas. No se trata, en lo absoluto, de minar el sistema de partidos, sino de atender, en la forma y términos que resulten razonables y pertinentes, a las condiciones de vida, trabajo y gestión de aquéllas. La admisión de estas condiciones y de las respectivas modalidades de participación política no se trasladan automáticamente a todos los medios ni van más allá del marco territorial, social y temporal en el que se plantean y resuelven. La Corte dispone lo que estima procedente dentro de las circunstancias que tiene a la vista.
29. Esta es la primera vez que incursiona la Corte en la reflexión sobre derechos políticos, a los que se refiere el artículo 23 del Pacto de San José, que el Tribunal ha analizado en conexión con otras disposiciones de alcance muy amplio: artículos 1.1, 2 y 24 del mismo instrumento. En concepto del Tribunal —conforme a mi propia apreciación— esos derechos deben abastecerse con las circunstancias en las que sus titulares han de asumirlos y ejercerlos. No es posible, tampoco ahora, considerar los derechos en abstracto, como fórmulas vacías, neutrales, incoloras, provistas para conducir la vida de ciudadanos imaginarios, perfilados por los textos y no por las condiciones de la realidad estricta.
30. De lo que se trata, en la especie, es de favorecer la participación de las personas en la conducción de sus propias vidas, a través de la actividad política. En consecuencia, es preciso ver la forma en que ese favorecimiento debe presentarse, conforme a las condiciones específicas en que se hallan quienes son titulares en concreto de derechos que no deben analizarse en abstracto. Para este fin, es preciso remover obstáculos específicos, considerar alternativas de organización, proveer medidas, en suma, “crear una circunstancia” que permita a ciertos individuos, en determinada situación característica, alcanzar los objetivos que persiguen los derechos humanos en materia política. Suponer que las declaraciones generales serán bastantes para facilitar el desempeño de personas que se hallan en una circunstancia distinta y distante de las que tuvieron a la vista los autores de esas declaraciones, es rotular a la ilusión como realidad.

31. La Corte no ha fijado, ni tendría que hacerlo, las particularidades que debe revestir una legislación —y, en general, una acción pública, que es más que normas generales— favorable al ejercicio de los derechos políticos de los miembros de las comunidades indígenas, de manera que éstos sean, en verdad, “tan ciudadanos como los otros ciudadanos”. El Estado deberá analizar las situaciones que tiene al frente para establecer los medios que permitan el ejercicio, precisamente en esas situaciones, de los derechos universalmente asignados por la Convención Americana. Que éstos tengan un alcance universal no significa que las medidas que deban adoptarse para asegurar el ejercicio de los derechos y las libertades sean uniformes, genéricas, parejas, como si no hubiese diferencias, distancias y contrastes entre sus titulares. Conviene leer con atención el artículo 2 del Pacto de San José: los Estados deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades. La referencia a medidas “necesarias” que “hagan efectivos” los derechos, remite a la consideración de especificidades y compensaciones.
32. Obviamente, no se ha agotado ahora el examen de la democracia, que se halla en el cimiento y en el destino de la participación política, entendida a la luz de la Convención Americana. Es clara la necesidad de contar con medios de participación en los órganos del poder público, para intervenir en la orientación nacional y en la decisión comunitaria, y esto se vincula con el derecho al sufragio activo y pasivo, entre otros instrumentos participativos. Lograrlo significa un paso histórico desde la época —que aún se instala en el presente, como hemos visto en otros casos resueltos por la Corte Interamericana en el actual período de sesiones y mencionados en este *Voto*— en que la lucha por el derecho tenía que ver apenas con la subsistencia física, el patrimonio y el asentamiento de la comunidad. Sin embargo, el avance en el camino hacia la presencia electoral —un avance contenido, enfrentado, por medidas que prohíjan desigualdad y discriminación— no debe detener ni disuadir el acceso a la democracia integral, en la que se propicia el acceso de los individuos a los medios que propiciarán el desarrollo de sus potencialidades.
33. Como se observa, los casos contenciosos que menciono en este *Voto concurrente* a las respectivas sentencias analizan cuestiones comunes a las comunidades indígenas y a los derechos de sus integrantes, aunque lo hagan frente a hechos diferentes y conforme a las circunstancias específicas de cada caso. Estas decisiones se instalan sobre una misma realidad histórica y pretenden resolver las manifestaciones particulares que aquélla ha traído hasta nuestro tiempo. De ahí que alienten la aplicación de soluciones guiadas por un mismo objetivo liberador e igualitario, que permitan el despliegue de los derechos individuales de

quienes son miembros —y tienen pleno derecho a seguirlo siendo— de comunidades étnicas e indígenas que forman parte de las más amplias comunidades nacionales. Se trata, en fin de cuentas, de resolver en el siglo XXI los problemas heredados de siglos precedentes. A esto puede contribuir la jurisprudencia específica, cada vez más abundante y comprensiva, de la Corte Interamericana.

CASO GUTIÉRREZ SOLER VS. COLOMBIA,
del 12 de septiembre de 2005

I. SOLUCIÓN AUTOCOMPOSITIVA. CARACTERÍSTICAS Y CONDICIONES

1. La solución de la controversia que llega al conocimiento de las autoridades encargadas de resolverla puede operar con base en un acto compositivo entre las partes —que pudo presentarse antes de recurrir al procedimiento público, como es deseable que ocurra cada vez que sea posible— o por medio de una resolución de autoridad competente, generalmente de naturaleza judicial o, en todo caso, dotada de atribuciones jurisdiccionales. Hoy día se extiende cada vez más la posibilidad de acudir a medios autocompositivos para la solución del litigio —incluso en cuestiones penales—, como alternativa frente al procedimiento jurisdiccional, generalmente más prolongado, oneroso y complejo. Se ha dicho, acaso con razón, que conviene más alcanzar una decisión compartida, fruto del entendimiento y la voluntad de los contendientes, que sujetarse a la determinación de un tercero.
2. Más allá de las numerosas consideraciones que pudieran formularse sobre las ventajas y desventajas de las soluciones autocompositivas, lo cierto es que la justicia pública no podría asumir y resolver la enorme cantidad de litigios que concluyen a través de mutuas concesiones entre las partes, o de la admisión por una de éstas de las pretensiones de la otra. Esto se observa también en el enjuiciamiento internacional sobre derechos humanos, sin perjuicio del número de contiendas que no es posible someter a soluciones consensuales, tomando en cuenta la extrema gravedad o complejidad de los hechos, o bien, la alta conveniencia de que la autoridad internacional emita recomendaciones o decisiones que contribuyan a establecer el contenido y las nuevas fronteras de la tutela de los derechos humanos.
3. En el sistema interamericano existe la posibilidad de avenimiento entre las partes, que en la etapa no jurisdiccional seguida ante la Comisión Interamericana son la presunta víctima de la violación de derechos (o quien figura como peticionario) y el Estado, con la aprobación

de aquel órgano; y en la etapa jurisdiccional desarrollada ante la Corte Interamericana lo son el propio Estado, la presunta víctima —merced a los crecientes derechos procesales que ha adquirido al amparo de innovaciones reglamentarias introducidas por la Corte— y la Comisión Interamericana, a título de demandante (parte “sólo procesalmente” como dice el Reglamento de la Corte Interamericana), titular de la acción procesal que cede —o no— cuando se plantea la solución consensual.

4. Ahora bien, a diferencia de lo que puede y suele ocurrir conforme a los ordenamientos internos en los que se favorece la solución extrajudicial de las contiendas de carácter privado, en el orden interamericano de los derechos humanos es preciso que la autoridad que conduce el procedimiento —Comisión o Corte, sucesivamente— acepte (e incluso promueva, en el caso de la Comisión Interamericana) el entendimiento al que llegan las partes materiales y la forma en la que éste se formaliza a través de un acuerdo. Este debe servir a la tutela de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional, cuya protección no queda sujeta solamente a la apreciación y la voluntad de los particulares, sino trasciende a éstos e interesa a la comunidad que ha reconocido los derechos y ha resuelto preservarlos bajo el rubro del Derecho internacional de los derechos humanos, y que para ello ha construido un sistema de protección cuyo designio reside en esa tutela objetiva, no apenas en la satisfacción subjetiva que pudiera resultar inconsecuente con la preservación del orden jurídico internacional. El individuo tiene, pues, la facultad de denunciar la violación de la que ha sido víctima o el derecho de no hacerlo, conforme al artículo 44 de la Convención Americana. Ahora bien, una vez que ha presentado la denuncia la suerte del problema sale de sus manos.
5. En consecuencia, existen un punto de justicia y otro de oportunidad en la admisión o el rechazo del entendimiento compositivo entre las partes. Es preciso que éste: a) sea justo, es decir, que resulte consecuente con la necesaria preservación de los derechos humanos, en general y en particular; b) se sustente en la realidad de los hechos, claramente establecidos, y no en una “versión formal” que pudiera poner la justicia a merced de la ficción, y c) resulte aceptable para los fines del sistema internacional de protección, tomando en cuenta que en determinados casos será aconsejable ir más lejos —no obstante la justicia particular del entendimiento— y entregar la solución del tema a las instancias decisorias públicas, en interés de la justicia en general, conforme al criterio de oportunidad. De ahí que la Comisión y la Corte, en sus propios tiempos y circunstancias, pueden aceptar el acto compositivo y proceder a la conclusión del procedimiento,

o disponer que éste siga hasta su término natural: recomendación o sentencia.

II. COMPOSICIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA

6. Ante la Comisión Interamericana se resuelve un buen número de conflictos a través de la “solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos” en la CADH (artículo 48.1.f de la Convención). Contrariamente a lo que se supone, este medio de composición también funciona con frecuencia, cada vez mayor, en el curso del procedimiento seguido ante la Corte, sea en la fase escrita, sea en la fase oral. La estadística correspondiente a un cuarto de siglo, a partir de 1979 y hasta la mitad del año 2005 —pero tómese en cuenta que durante los primeros años abundaron, relativamente, las opiniones consultivas, no así los casos contenciosos— permite observar que los Estados demandados se allanaron total o parcialmente a la demanda y reconocieron su responsabilidad internacional por hechos violatorios de derechos humanos en el 24 por ciento de los casos contenciosos tramitados ante la Corte. Esto ocurrió en 15 litigios; en 49 no se produjo el allanamiento. Conviene subrayar, desde luego, que en la mayoría de los casos el allanamiento ha sido parcial.
7. Creo que este fenómeno revela una tendencia alentadora, en la medida en que acredita la decisión estatal de asumir las consecuencias de la conducta indebida de sus agentes y otras personas, y evitar contiendas innecesarias e incluso injustificadas, cuando existe prueba suficiente sobre la existencia de hechos violatorios. De ahí que la Corte se haya referido a esta cuestión a través del informe que rendí, como Presidente del Tribunal, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos, el 14 de abril de 2005. En aquél se reserva un apartado a este asunto, bajo el epígrafe “Allanamiento y reconocimiento de responsabilidad”.
8. En la primera parte de dicho apartado señalé: “Corresponde a las partes establecer sus respectivas posiciones en el enjuiciamiento, tomando en cuenta los hechos que son materia de éste y las pretensiones que en él se esgrimen. Incumbe a la Corte resolver la controversia por medio de una sentencia. Aun cuando esta es la regla general, a la que se ajusta la gran mayoría de los procesos, también existe la posibilidad de que éstos concluyan a través de actos de composición, unilateral o bilateral, mediante desistimiento, allanamiento o acuerdo entre las partes. Aun cuando estos actos no son, por sí mismos, vinculantes para la Corte, pueden resultar muy útiles para la solución de la controversia —en todo o en parte— y, sobre todo, para destacar el res-

- peto por la tutela de los derechos humanos y la eficacia de los compromisos adquiridos en esta materia”.
9. En seguida hice notar que en el curso del año 2004 hubo allanamiento en tres casos concernientes a Guatemala (*Casos Masacre de Plan de Sánchez, Molina Theissen y Carpio Nicolle*), “cuyos representantes expresaron en las audiencias respectivas la solicitud de perdón que el Estado formula a las víctimas” —expresión positiva para aliviar las consecuencias morales de la violación— y mencioné que “otro tanto aconteció en el primer período de sesiones del presente año, en dos casos concernientes a Colombia (*Casos Masacre de Mapiripán y Wilson Gutiérrez Soler*)”. Agregué: “Es significativo que parezca surgir una tendencia a este género de actitudes, que ameritan reflexión y estimación. Hablamos de tendencia —incipiente o moderada, ciertamente—, tomando en cuenta que en los últimos años varios Estados han formulado declaraciones en las que reconocen su responsabilidad internacional. Eso ha sucedido en casos que corresponden a Argentina (*Casos Garrido y Baigorria y Bulacio*), Bolivia (*Caso Trujillo Oroza*), Ecuador (*Caso Benavides Cevallos*), Perú (*Caso Barrios Altos*) y Venezuela (*Caso Caracazo*), además de los ya indicados de Guatemala y Colombia”.
 10. La Sentencia a la que acompaño este *Voto razonado* se refiere precisamente a uno de aquellos litigios: el *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, en el que se produjo un allanamiento en condiciones singulares. La “forma en que se hizo el reconocimiento de responsabilidad y la solicitud de perdón —indiqué en el citado informe ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA—, marca un precedente notable”. Concluí: “Nuestro Tribunal no ha pasado por alto estos hechos, que revisten un marcado valor político, jurídico y moral. Así lo ha expresado en las resoluciones pertinentes”. Mi *Voto razonado* me ofrece la oportunidad de recoger estas apreciaciones —que corresponden al Tribunal en su conjunto— y destacar nuevamente las características especiales que revistió el reconocimiento y la solicitud de perdón en la audiencia pública sobre el *Caso Gutiérrez Soler*, celebrada en la sala de audiencias de la Corte el 9 de marzo de 2005. En lo que respecta a las expresiones de las partes en esa diligencia, me remito a los párrafos 28, 29 y 30 de la Sentencia.

III. LA PRÁCTICA DEL ALLANAMIENTO

11. Conviene agregar algunas observaciones a propósito del allanamiento y el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado. La primera de ellas tiene que ver con un punto de orden práctico, que se proyecta sobre el desarrollo del proceso y la formación

- del criterio del Tribunal. Me refiero al contenido y la forma del acto procesal realizado por el Estado, que tiene indudable relevancia y que influye en el rumbo y la solución del proceso, aunque no los determine por fuerza. Si el Estado se limita a manifestar que reconoce su “responsabilidad internacional” por los hechos del presente caso, no abarca necesariamente todos los extremos que interesa saber y acerca de los cuales se deberá resolver. De ahí que la Corte se hubiese ocupado del tema en las reformas incorporadas al Reglamento el 25 de noviembre de 2003 y vigentes a partir del 1 de enero de 2004.
12. Actualmente, el artículo 38.2 del Reglamento de la Corte, referente a la contestación de la demanda, pero también aplicable, en lo pertinente, al allanamiento posterior —que es, en esencia, una forma complementaria y diferida de contestación a la demanda— dispone: “El demandado deberá declarar en su contestación si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice, y la Corte podrá considerar como aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas”. A su vez, el artículo 53.2 indica: “Si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante y a las de los representantes de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes, la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos (...)”.
 13. Como se advierte, la admisión a la que se refieren los preceptos citados abarca: a) hechos aducidos en la demanda que presenta la Comisión, que a menudo son numerosos y complejos y que, por lo tanto, requieren puntual identificación por parte de quien los admite, para evitar dudas o confusiones; y b) pretensiones de declaración y condena —conectadas con la apreciación de los hechos a la luz de los preceptos de la Convención y con las reparaciones pertinentes— formuladas por la propia Comisión demandante y por las presuntas víctimas, que en este aspecto —no así en lo que corresponde a la relación de hechos *sub judice*— pueden formular sus pedimentos independientemente de la Comisión Interamericana, como lo establecen las normas reglamentarias y lo afirma la jurisprudencia de la Corte.
 14. La insuficiencia en el allanamiento, reconocimiento de responsabilidad o admisión de hechos (técnicamente cada concepto tiene su propio alcance) puede suscitar apreciaciones encontradas acerca de la naturaleza y los efectos del acto, que finalmente deberá resolver la Corte, llamada a decidir siempre acerca de la admisibilidad del allanamiento y, eventualmente, también sobre el alcance de éste. Es deseable que sea el Estado quien establezca con claridad la naturaleza y

los efectos que asigna al acto procesal que realiza, porque de lo contrario el Tribunal se verá en la necesidad de “interpretar” la voluntad del Estado y asignarle las características que, en su concepto, posee.

IV. ALLANAMIENTO Y CONSIDERACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS

15. Existen diversas opiniones acerca de la presentación de los hechos, tanto en la audiencia como en el cuerpo de la sentencia, cuando ha ocurrido un allanamiento. De un lado, se sostiene que ha cesado la controversia en cuanto a los hechos, y que por ello no ha lugar a que las partes y la Corte se refieran a ellos en lo sucesivo. Del otro, se considera que los hechos son un dato medular de la contienda, analizada en su conjunto, y deben ser conocidos y apreciados para establecer los términos de la sentencia, además de que la expresión de lo que ha ocurrido —ya reconocido por el Estado— alimenta la “eficacia pedagógica” del proceso y contribuye a la prevención de sucesos semejantes.
16. A este respecto, es pertinente recordar que el reconocimiento de hechos no vincula a la Corte, que puede requerir aclaraciones e incluso disponer que el proceso continúe pese a dicho reconocimiento, y en todo caso no significa por sí mismo una calificación jurídica de aquéllos, que sólo compete al Tribunal. Ya se ha dicho que la verdad en cuanto a la base fáctica del proceso no deriva de la admisión de las partes —verdad formal o convencional—, sino de la prueba suficiente y convincente —verdad material o histórica, que se quiere alcanzar en el proceso internacional sobre derechos humanos. La sentencia constituye y contiene, en sustancia, una reflexión del Tribunal acerca de hechos ilícitos y consecuencias jurídicas de éstos, y una valoración que practica el mismo órgano para emitir la decisión correspondiente. No es razonable excluir de esa reflexión y esa valoración los hechos violatorios de derechos humanos, de los que es preciso deducir ciertas consecuencias.

V. COSA JUZGADA

17. En la Sentencia a la que agrego este voto, la Corte utiliza la expresión “cosa juzgada fraudulenta” (párr. 98), que ha empleado anteriormente (*Caso Carpio Nicolle y otros*, Sentencia de 22 de noviembre de 2004, párrs. 131-132). Esa expresión carga el acento sobre el “engaño” que se halla en la raíz de ciertas sentencias, producto de la maquinación —condenatoria o absolutoria— de las autoridades que investigan, acusan y resuelven. El proceso ha sido “a modo” y la sentencia sirve a determinado designio, mejor que al objetivo de justicia.

18. Sin embargo, aquella expresión no es necesariamente aplicable a todos los casos que se quiere abarcar, manifestaciones de una realidad heterogénea. Con todo, pone a la vista un tema de gran relevancia: la subsistencia o decadencia de la cosa juzgada —se solía decir: “santidad” de cosa juzgada—, que a su vez orienta la operación del principio *ne bis in idem*, ampliamente recogido en ordenamientos nacionales e internacionales. Se cuestiona, pues, lo que hasta hace algún tiempo pareció incuestionable: la firmeza de la sentencia que adquiere autoridad de cosa juzgada (en la doble proyección formal y material), y que, por ende, no puede ser atacada por medio jurídico alguno, sin perjuicio de que se exija responsabilidad de diversa naturaleza a quien la adopta en forma indebida o ilegítima.
19. Es notoria la decadencia de la autoridad absoluta de la cosa juzgada inherente a la sentencia definitiva y firme, entendida en el sentido tradicional de la expresión. Difícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos. La improcedencia o impertinencia de la resolución judicial interna que pone fin a una contienda puede advertirse a partir de diversos datos: error en el que incurre quien la emite, sin que se añada otro motivo de injusticia; o bien, ilegalidad o ilegitimidad con las que actúa el juzgador, sea en actos del enjuiciamiento (violaciones procesales que destruyen el debido proceso), sea en la presentación (falseada) de los hechos conducentes a la sentencia. En ambos casos se arribará a una sentencia que no sirve a la justicia y sólo en apariencia —formalmente— atiende a la seguridad jurídica.
20. Las reflexiones en torno a esta materia son cada vez más abundantes en la jurisprudencia nacional —particularmente en la formulada por tribunales de constitucionalidad—, como lo han sido en la internacional. En fin de cuentas, queda de manifiesto que la autoridad de cosa juzgada sólo se justifica por la autoridad que le transmite la regularidad del proceso y la legitimidad en la actuación del juzgador. Es verdad que interesa a la sociedad y al Estado la definición de las contiendas y la conclusión de los conflictos, pero también lo es que ese objetivo digno —que “santifica” la cosa juzgada— no debe procurarse y obtenerse a toda costa, inclusive con atropello de los medios que legitiman la actuación jurisdiccional del Estado, en la que se deposita la custodia de intereses jurídicos y valores éticos. En otros términos, el fin no justifica los medios; éstos concurren, en cambio, a la justificación del fin procurado. Esta inversión de la antigua máxima

pragmática tiene especial relevancia en cuestiones del proceso: por ejemplo, admisión y eficacia de la prueba.

21. Por lo demás, este reconocimiento ya existe en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que en diversos casos ha resuelto la invalidez (por incompatibilidad con la Convención Americana) de procesos penales en los que se han cometido violaciones graves, y la consecuente necesidad de iniciar nuevos procesos o reabrir los anteriores en el punto en el que se produjo la violación, que a su turno desembocarán en una sentencia. Prevalece la idea, puesta en otros términos, de que el proceso viciado no es un verdadero proceso y de que la (aparente) sentencia pronunciada en éste no es una sentencia genuina. Si esto se acepta, el posterior enjuiciamiento por los mismos hechos y en contra de las mismas personas no sería un segundo juicio ni se desatendería el principio *ne bis in idem*.
22. Por supuesto, el tema no está cerrado. Todavía es preciso avanzar con cuidado y reflexión en las diversas hipótesis que pudieran presentarse a propósito de la afectación de la cosa juzgada. Habrá que ver, con la mayor objetividad y prudencia, en qué casos es preciso retirar a una sentencia definitiva y aparentemente firme la eficacia de la cosa juzgada y desconocer la aplicabilidad del principio *ne bis in idem*, o mantener el reconocimiento de éste —que constituye una poderosa garantía— sobre la base de que las diligencias practicadas y la sentencia emitida no constituyen verdadero proceso y auténtica sentencia.

VI. PUBLICIDAD DEL PROCESO Y PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

23. La publicidad de los actos del juicio, entre los que figura la sentencia, constituye un rasgo característico del debido proceso en una sociedad democrática. No son pocos los instrumentos internacionales que enuncian en un mismo giro concentrado “fair trial” y “public hearing”. Se trata de incorporar en el enjuiciamiento los ojos y los oídos del pueblo —sin perjuicio de que éste intervenga en el juicio mismo, como sucede cuando la causa se tramita ante el jurado— a título de garantía democrática de la buena marcha de la justicia. La observación pública apoya el despacho adecuado de la función jurisdiccional, a condición de que el juzgador mantenga la vista en los hechos y el derecho, que no deben someterse a ninguna “relectura” bajo la presión pública, y sólo consulte a su razón y a su conciencia. Este es otro de los grandes temas de la impartición de justicia en la sociedad democrática, siempre analizado e insuficientemente resuelto en la práctica.
24. Es común que la Corte Interamericana disponga la publicación de sus sentencias como medida de reparación, sea para satisfacer el dere-

cho del afectado, sea para crear obstáculos de orden social frente a la posible reiteración de conductas violatorias. La publicación de la sentencia sirve, pues, a un doble designio: individual y social, arraigado en el caso concreto. En diversas oportunidades la Corte ha declarado que la sentencia declarativa y condenatoria atiende, por sí misma, a la reparación del agravio. La eficacia reparadora de aquélla se amplía cuando llega al conocimiento general a través de una publicidad razonable, cuyas características dispone el mismo Tribunal. Opera, de esta suerte, una especie de reivindicación del victimado ante la sociedad que en algún momento pudo suponer legítima la actuación de la autoridad. En otros términos, las “aguas vuelven a su cauce”, se acredita la verdad en el caso, se “da a cada quien lo suyo” bajo la mirada del pueblo. Y esto es muy importante.

25. También es relevante que la difusión se realice en forma tal que obtenga los objetivos que se propone, invariablemente favorables a la causa de la justicia en general y de la justicia particular del agraviado. Por ello, conviene que la Corte analice, como lo ha hecho, los extremos de la publicación que dispone. Es preciso evitar que por este medio se “victime de nueva cuenta a la víctima”, tomando en cuenta las circunstancias del caso, las características del medio en el que aquélla se desenvuelve, su vida futura, la necesidad de generar condiciones que favorezcan ésta y reduzcan las consecuencias negativas —psicológicas, muchas de ellas— de la violación perpetrada. En ocasiones, la difusión pormenorizada de los hechos no contribuye al bienestar futuro del ofendido. Finalmente, lo que interesa es dejar constancia de que hubo una transgresión inadmisibles del derecho individual y que por ello existe responsabilidad internacional del Estado. Obviamente, esto no supone ocultar hechos, que constan en el proceso y pueden ser conocidos detalladamente por quien se interese en conocer la causa. Sólo se trata de hacer lo que se espera de una sentencia, sin generar, como resultado lateral, nuevos problema a la víctima.

CASO RAXCACÓ REYES VS. GUATEMALA,
del 15 de septiembre de 2005

I. LA PENA DE MUERTE EN LA CONVENCIÓN
AMERICANA Y EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

1. En el caso al que se refiere este *Voto razonado*, que acompaño a la sentencia adoptada por la Corte Interamericana con unanimidad de votos, el Tribunal interamericano se plantea una vez más el tema de la

- pena de muerte, anteriormente examinado en el desempeño de las atribuciones consultivas del Tribunal: OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, acerca de *Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, y en asuntos contenciosos planteados en diversas demandas: *Casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros* (Sentencia de 21 de junio de 2002) y *Caso Fermín Ramírez* (Sentencia de 18 de junio de 2005), a los que adelante me referiré con alguna extensión. A esto se agrega la Resolución de la Corte del 24 de junio de 2005, que también examinaré, emitida a raíz de la consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre cuestiones concernientes a la pena capital.
2. No existe novedad absoluta, pues, en el planteamiento de estos temas ante la jurisdicción interamericana. Sin embargo, cada caso ha traído aspectos relevantes de aquellos temas. El análisis de esos aspectos contribuye a perfilar la doctrina de la Corte en este extremo, cuya importancia es manifiesta, y el conjunto implica la revisión contemporánea de la materia desde la perspectiva de la jurisprudencia interamericana. Esta ha comenzado a permear fuertemente —sobre todo en los últimos años— la legislación y la jurisprudencia de los países que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. La reiteración de ciertos criterios puede influir en las decisiones político-jurídicas de los países del área americana. Esta trascendencia constituye, por lo demás, la mayor aportación que puede hacer un tribunal internacional de derechos humanos, que no constituye una última instancia para la atención de litigios internos ni tiene la posibilidad de conocer un gran número de casos.
 3. Cuando se examinó y suscribió la versión final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en 1969, existía una vigorosa corriente “vitalista” que impugnaba tanto la legitimidad como la utilidad de la pena de muerte. Esa corriente, con gran presencia mundial y regional, se mostró en los trabajos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, reunida en San José del 7 al 22 de noviembre de 1969. Entonces no fue posible dar el paso indispensable para la abolición de la pena de muerte. Quizás los delegados no hallaron condiciones favorables para ese progreso, pero tampoco desatendieron la conveniencia de emitir un pronunciamiento que expresara la convicción de muchos países —y en todo caso, de innumerables personas—, adversa a la pena capital. Esto constituyó una llamada de atención y una guía para los trabajos del porvenir, que ciertamente no han concluido.
 4. Como he recordado en mi *Voto concurrente* a la Sentencia de los *Casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, catorce Estados —la mayoría, pues, de los concurrentes al encuentro de San José— expresaron su

intención de ganar muy pronto la causa de la humanidad, mediante la supresión definitiva de la pena capital. En la sesión plenaria del 22 de noviembre de 1969, una vez suscrita el Acta Final de la Conferencia y antes de escuchar el discurso de clausura, se leyó la Declaración suscrita por los representantes de esos Estados. En ella quedó establecida la conveniencia de emitir un Protocolo adicional a la Convención Americana que marcara la desaparición de la pena de muerte en esta región.

5. La referida Declaración expuso: “Las Delegaciones abajo firmantes, participantes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, recogiendo el sentimiento ampliamente mayoritario expresado en el curso de los debates sobre la prohibición de la pena de muerte, concorde con las más puras tradiciones humanistas de nuestros pueblos, declaramos solemnemente nuestra firme aspiración de ver desde ahora erradicada del ámbito americano la aplicación de la pena de muerte y nuestro indeclinable propósito de realizar todos los esfuerzos posibles para que, a corto plazo, pueda suscribirse un Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José, Costa Rica— que consagre la definitiva abolición de la pena de muerte y coloque una vez más a América en la vanguardia de los derechos fundamentales del hombre”.
6. Suscribieron la declaración las delegaciones de los siguientes países, que menciono en el orden en que lo hizo el Presidente de la Plenaria: Costa Rica, Uruguay, Colombia, Ecuador, El Salvador, Panamá, Honduras, República Dominicana, Guatemala, México, Venezuela, Nicaragua, Argentina y Paraguay (*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*). En la fecha de la declaración, varios de estos países aún retenían en su legislación interna la pena capital. En el documento había, por ende, una doble aspiración: de alcance internacional, en todos los casos, de alcance nacional, en algunos de ellos.
7. La preocupación de la Conferencia, concretada en la Convención, se advierte en la fórmula acogida en el artículo 4º del Pacto, al que la Corte Interamericana ha tenido que referirse en diversas oportunidades. La norma aparece bajo el epígrafe “Derecho a la Vida”. Al amparo de esta expresión —que enuncia el más preciado de los derechos, consecuente con el bien jurídico más encumbrado sujeto a la tutela internacional: la vida— un párrafo del precepto plantea el respeto a la vida de todas las personas, e inmediatamente inicia la reflexión normativa sobre la privación de la existencia: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Los seis párrafos restantes en el artículo destinado al “Derecho a la Vida” se refieren a la pena de

- muerte, y todos ellos se ocupan en anunciar prohibiciones, restricciones y exclusiones. En suma, los autores de la Convención iniciaron sin demora el cierre de la puerta que, de mala gana, dejaron abierta todavía. Otro tanto había ocurrido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tres años antes: de los seis párrafos que componen el artículo 6°, sobre el derecho a la vida, cuatro se refieren exclusivamente a la pena de muerte.
8. Es por ello que la Corte Interamericana, al ocuparse de la pena de muerte en una de las primeras opiniones consultivas, señaló claramente que si bien la Convención Americana no suprime la pena capital, “revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de (ésta), sea en su imposición, sea en su aplicación”; y que de tal manera y por lo que toca a la materia examinada, “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*).
 9. En años posteriores a 1969 la humanidad volvería a la carga, lo mismo en el plano universal que en los regionales europeo y americano. En efecto, en 1984 se expidieron las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, y en 1989 fue suscrito el Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas. En Europa, fueron adoptados dos Protocolos a la Convención de 1950, con el mismo designio, cada vez más acentuado, a saber: Protocolo no. 6, del 28 de abril de 1983, y Protocolo no. 13, del 3 de mayo de 2002.
 10. En nuestra América se suscribió el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, del 8 de junio de 1990. Hasta el mes de junio del 2005, este instrumento había sido ratificado por Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela. El Protocolo americano de 1990 ha iniciado su propio camino ascendente hacia la plena admisión por los Estados del Continente, o al menos de un conjunto importante de ellos: los integrados en el sistema de la CADH. Constituye el hito anunciado por aquellos catorce países que presentaron a la Conferencia Especializada de San José la Declaración que antes mencioné.
 11. Los considerandos del Protocolo de 1990 expresan los motivos del instrumento: reconocimiento del derecho a la vida y restricción en la

aplicación de la pena de muerte, bajo el artículo 4º CADH; derecho inalienable de toda persona “a que se le respete su vida sin que este derecho pueda ser suspendido por ninguna causa”; tendencia abolicionista de los Estados americanos; irreparabilidad de las consecuencias de la pena de muerte, “que impiden subsanar el error judicial y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado” (*rectius*, del sentenciado) (invocación, esta última, que enlaza con la finalidad “recuperadora” de las penas privativas de libertad, acogida en el párrafo 6 del artículo 5º de la Convención Americana); necesidad de “asegurar una protección más efectiva del derecho a la vida”; pertinencia de “alcanzar un acuerdo internacional que signifique un desarrollo progresivo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; y expresión del propósito, manifestado por Estados partes en la Convención, de “comprometerse mediante un acuerdo internacional, con el fin de consolidar la práctica de la no aplicación de la pena de muerte dentro del continente americano”.

12. Es evidente que el Protocolo de 1990 reanuda, en su propio ámbito y en la etapa a la que corresponde, la ruta que deberá llevar a la supresión de la pena capital, supresión que esperamos sea definitiva, como lo ha sido la exclusión normativa —aunque en ocasiones los hechos se rebelen contra las leyes— de otras formas primitivas e injustificadas de reacción penal. Es en esta dirección restrictiva, pues, que debe efectuarse la interpretación del artículo 4º. En la especie, el criterio *pro homine* —o *pro personae*—acogido invariablemente por la Corte Interamericana, como es propio del régimen de los derechos humanos —atento al contenido de las relaciones jurídicas correspondientes y a la naturaleza de los respectivos convenios internacionales—, marcha en la dirección más restrictiva de la pena capital. No la suprime por sí mismo cuando se trata de aplicar disposiciones convencionales que expresamente la retienen, pero provee la interpretación más estricta de esas normas.
13. La referencia al método de interpretación que utiliza la Corte en los casos sujetos a su conocimiento, y que desde luego ha empleado en el *Caso Raxcacó Reyes*, como en oportunidades previas, permite recordar que *pro personae* constituye, en fin de cuentas, un método de indagación del sentido último de las disposiciones jurídicas en el campo que ahora interesa, para los fines de la aplicación no jurisdiccional o jurisdiccional de aquéllas, y en este sentido es un “principio de interpretación” ampliamente acreditado, pero al mismo tiempo significa un criterio riguroso para la elaboración de las disposiciones que nacional e internacionalmente se expidan sobre esta materia, y en tal virtud es también un “principio de regulación”.

14. Especialmente significativa es la posición representada por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que no incluye la pena de muerte entre las previstas por el orden penal internacional sustantivo. Me parece especialmente elocuente este hecho, tanto porque ese orden penal se ha diseñado precisamente para enfrentar los más graves crímenes contra los bienes sobresalientes en cuya protección se interesa la humanidad —protección que lleva a pensar en reacciones penales particularmente severas—, como porque el Estatuto de 1998 constituye la más reciente expresión de un sistema penal pactado entre países que cuentan con diversas tradiciones jurídicas, y entre ellos varios que aún conservan la pena capital en su normativa interna.

II. UNA REVISIÓN RECIENTE

15. Me parece conveniente mencionar aquí la solicitud de opinión consultiva formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 20 de abril de 2004, a la que recayó una Resolución de la Corte el 24 de junio de 2005. Esa instancia requería el parecer del Tribunal interamericano acerca de determinadas disposiciones relativas a la pena de muerte adoptadas en países del Caribe, señaladamente las referentes a la pena de muerte obligatoria. La Corte decidió no dar respuesta a las preguntas formuladas, porque “ya ha establecido su criterio en relación con los puntos expuestos en dicha consulta”, como lo indicó en los considerandos de la resolución del 24 de junio de 2005.
16. La lectura de estos considerandos, que justifican la decisión adoptada por el Tribunal, permite al mismo tiempo conocer la posición formal de este órgano en relación con los temas planteados, y por ello implica una revisión de la jurisprudencia acuñada. De ahí mi interés en recordar ahora, de manera sintética, el contenido de las preguntas de la Comisión y de las reflexiones aportadas por la Corte en los considerandos mencionados, algunas de las cuales se reflejan en la Sentencia sobre el *Caso Raxcacó Reyes* y en el sentido de mi *Voto concurrente*.
17. Se inquirió si es compatible con las disposiciones del sistema interamericano “que un Estado adopte medidas legislativas y de otra índole que niegan a los condenados a muerte el acceso a un recurso judicial o a otro recurso efectivo para impugnar el carácter obligatorio de la sanción impuesta”. Al respecto, la Corte invocó (considerando 9) su jurisprudencia a propósito del artículo 2º de la Convención, que alude a la necesidad de ajustar el orden nacional al orden internacional, y se remitió a la decisión del *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*.

18. Recordemos que aquel deber de congruencia de las disposiciones internas con las internacionales ha sido soberanamente aceptado por el Estado, a través de un compromiso explícito que se documenta en la ratificación del instrumento internacional. En los pronunciamientos mencionados por la Corte en esta parte de la Resolución se establece “la incompatibilidad con la Convención Americana de las leyes que imponen la pena de muerte de manera obligatoria, y por consiguiente el deber del Estado de modificarlas y no aplicarlas, ya que se priva arbitrariamente de la vida al no atenderse a las condiciones particulares del acusado y a las características específicas del delito”. Igualmente, la Corte afirmó la obligación estatal de “garantizar el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales al aplicar ese tipo de penas”, y confirmó el “derecho que asiste a toda persona condenada a muerte de solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.6 de la Convención Americana”.
19. Asimismo, la Comisión consultó la compatibilidad con diversa disposiciones interamericanas de las medidas legislativas o de otra índole adoptadas por un Estado “que nieguen a los condenados a muerte el acceso a un recurso judicial o a otro recurso efectivo para impugnar la sanción impuesta, en base a la demora o a las condiciones en que la persona ha sido detenida”. Sobre este punto, el Tribunal interamericano invocó (considerando 10) tanto la Sentencia en los *Casos Hilaire...*, como la correspondiente al *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. En estas ocasiones, la Corte “dispuso que el Estado debía abstenerse de ejecutar la pena de muerte, tomando en cuenta, entre otras cosas, las condiciones de detención en que estuvieron y estaban sometidas las víctimas, las cuales eran violatorias del artículo 5 (Derecho a la integridad personal) de la Convención”. Existe aquí, pues, una implícita recepción de la equidad.
20. Finalmente, en la consulta del 20 de abril se preguntó por la compatibilidad con las normas interamericanas de las medidas estatales “que nieguen a los condenados a muerte el acceso a un recurso judicial o a otro recurso efectivo para impugnar la sanción impuesta, en base a que tienen un procedimiento pendiente ante el sistema interamericano de derechos humanos”. En torno a esta cuestión, el Tribunal se refirió a sus pronunciamientos sobre medidas provisionales y a la Sentencia en los *Casos Hilaire...* Por lo que toca a medidas, la Corte ha resuelto: “para no obstaculizar la tramitación del caso ante el sistema interamericano y prevenir daños irreparables, el Estado no puede ejecutar” la pena de muerte. En la misma línea, por cierto, se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia en los *Casos LeGrand y Avena*, igualmente relacionados con procesos cuestionados que cul-

minaron en la aplicación de la pena de muerte. En la sentencia de los *Casos Hilaire...*, la Corte Interamericana “declaró la violación del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención debido a que el Estado ejecutó a una víctima durante el proceso internacional en contravención de lo ordenado por la Corte en sus decisiones sobre medidas provisionales”.

21. En estas últimas hipótesis destacan tres precisiones, entre otras: a) obligatoriedad de las medidas provisionales en lo que respecta a los Estados que se hallan vinculados por el sistema normativo que es el marco para la adopción de aquéllas; b) necesidad de especial atención al cumplimiento de las medidas cuando la inobservancia puede traer consigo daños irreparables, concepto que se localiza en la lógica misma de estos instrumentos precautorios; y c) existencia de una violación cuando se infringe la medida y se afecta, con este motivo, el derecho sujeto a salvaguarda a través de la propia medida: se presenta, en la especie, una vulneración arbitraria de ese derecho.

III. ALCANCE DEL ARTÍCULO 4 CADH:

AMPLIACIÓN DE HIPÓTESIS Y GRAVEDAD DEL HECHO

22. No se puede ignorar que pese a los avances sustanciales en el rumbo abolicionista a los que aludí en párrafos anteriores, todavía persisten la autorización y la aplicación de la pena de muerte: ampliamente en algunos países —ninguno de ellos es parte en la CADH—, aisladamente en otros. No se ha podido afirmar que la proscripción de la muerte punitiva ya constituye un postulado del Derecho imperativo, es decir, *jus cogens* internacional, que trae consigo obligaciones *erga omnes* de los Estados, como lo es en cambio —paradójicamente— la exclusión terminante y absoluta de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes (en tal sentido, las sentencias correspondientes a los *Caso Cantoral Benavides*, “*Niños de la Calle*” —*Villagrán Morales y otros*—, *Maritza Urrutia*, *Hermanos Gómez Paquiyauri*, *Caesar*), e incluso de ciertas sanciones todavía permitidas —si bien que escasamente y bajo el reproche de las Constituciones de los países que las aceptan— en algunas leyes penales: sanciones que entrañan tortura o tratos de aquella naturaleza, como lo ha señalado la Corte Interamericana. Ejemplo de esto último es la Sentencia dictada en el *Caso Caesar* con respecto a una resolución judicial nacional que dispuso la aplicación de la pena de azotes, prevista por la ley penal.
23. Dentro de este marco se ha movido la Corte Interamericana al examinar y resolver el *Caso Raxcacó Reyes* en la Sentencia del 15 de septiembre de 2005. En primer término, la Corte se ha planteado el alcance del artículo 4.2 de la Convención Americana con respecto al caso *sub*

judice, disposición limitativa en un extremo, y abolicionista en otro. Esta norma fue analizada en esa doble dimensión: a) bajo la óptica de la autorización de la pena capital únicamente para los llamados “delitos más graves”, que se halla en la primera parte del párrafo 2, y b) desde la perspectiva de la proscripción hacia el porvenir, con respecto a los Estados que a la fecha de la ratificación de la CADH o la adhesión a ésta, aún no han abolido la pena de muerte, en lo que respecta a “delitos a los cuales no se la aplique actualmente”, esto es, a delitos sancionados con una consecuencia jurídica diferente de la pena capital.

24. El artículo 4.2, que la Corte declara vulnerado, contiene extremos “sustantivos” y “adjetivos”. Por lo que hace a aquéllos, el párrafo se refiere a tres cuestiones:

a) la entidad del delito, considerado en sí mismo (“delitos más graves”); b) la observancia específica del principio de legalidad (*nulla poena sine praevia lege*), y c) la reducción de la pena de muerte a los delitos por los que se aplica actualmente (es decir, a los ilícitos sancionados con pena capital al momento en que el Estado queda obligado por la Convención) y la terminante exclusión de los delitos “a los cuales no se la aplique actualmente”. No examinaré la segunda cuestión, que ahora no viene al caso. Me limitaré a la primera y a la tercera. Tampoco se requiere en este momento el examen de los extremos “adjetivos” contenidos en el párrafo 2 del artículo 4: tribunal competente y sentencia ejecutoriada, con respecto a los cuales no se encontró violación de la CADH.

25. En mi *Voto concurrente* a la Sentencia en los *Casos Hilaire...*, me ocupé en el examen del concepto “delitos más graves”. Entonces observé, y ahora reitero, que para establecer la gravedad de los delitos que pudieran ser sancionados con pena capital es preciso acudir a ciertos elementos objetivos de la conminación penal: ante todo, el bien jurídico tutelado por el tipo y lesionado por el infractor; y en seguida, la forma de afectación de ese bien jurídico, que puede incorporar, a su vez, nuevos datos para ponderar la mayor o menor gravedad de la conducta desplegada por el agente. Evidentemente, el bien jurídico mayor tutelado por el sistema penal es la vida humana. Este es, igualmente, el derecho central —eje o soporte de todos los restantes— en el orden de los derechos humanos.
26. La máxima afectación de ese bien es la supresión o destrucción, no el intento de supresión. En términos de Derecho penal, estamos aludiendo al delito de homicidio consumado, no a la tentativa, y subjetivamente al autor del crimen, no al cómplice, colaborador o encubridor. Sin embargo, esto no basta para resolver el punto que ahora

- examinamos, porque existen diversas manifestaciones de supresión ilícita y culpable de la vida humana por parte de quien efectivamente se propone ese resultado: en efecto, la supresión delictuosa existe en el supuesto de homicidio simple (tipo básico), pero también en la hipótesis de homicidio calificado (por relación existente entre los sujetos activo y pasivo, móviles de aquél, medios empleados, etcétera). Por ello la ley suele disponer diversas punibilidades para cada categoría de homicidio.
27. Si el homicidio calificado es el delito más grave, la posibilidad de aplicar la pena de muerte debe confinarse a aquél. Prefiero no entrar ahora en otras consideraciones sobre esta materia, como serían las derivadas del contraste entre el homicidio calificado con que se víctima a un individuo, y la misma conducta (en esencia) con que se víctima a un grupo o a una multitud (p. ej., genocidio). Finalmente, en todos estos casos se trata de privación intencional, ilícita y culpable de la vida humana.
28. Ningún otro delito ofrece la misma gravedad, porque no afecta a un bien con la misma jerarquía de la vida humana. No son equiparables otros bienes (aunque sean extraordinariamente relevantes, y por ello deban ser penalmente tutelados): integridad física o psíquica (lesiones), libertad (plagio o secuestro), propiedad (robo), etcétera. En suma, los delitos más graves —que traen consigo la aplicabilidad de las penas más severas, y específicamente de la más grave de éstas: la muerte— que pueden ser sancionados con pena capital (en un Estado que retiene ésta y debe sujetar la retención a las estipulaciones de la CADH) son los homicidios calificados.
29. El manejo excesivo del sistema penal —y por excesivo, eventualmente arbitrario, en contravención del artículo 4 de la Convención—, que se muestra en la asignación de la pena más grave a hechos que no constituyen los delitos más graves, queda a la vista igualmente cuando la norma penal excluye la posibilidad de que el juzgador pondere las características del hecho y del comportamiento del autor. Esto es lo que ocurre cuando existe la llamada “pena de muerte obligatoria”, con un giro que traduce literalmente la expresión inglesa: *mandatory death penalty*.
30. Cuando se ordena la aplicación en forma absoluta, casi mecánica, de cierta pena a cualquier conducta ilícita que trae consigo determinado resultado, se está excluyendo la apreciación integral del hecho con todos sus componentes (es decir, queda bloqueada la posibilidad de distinguir entre un homicidio simple y un homicidio calificado, que *no son* un mismo delito, aunque el resultado sea el mismo en ambos casos: privación de la vida) y también se hace de lado la valoración de

- la culpabilidad del agente, que es una referencia necesaria para la determinación racional de la pena.
31. La Corte ha considerado que en este caso se infringió, asimismo, otro aspecto sustantivo de la autorización contenida en el artículo 4.2 al que me referí *supra*, a saber: la restricción de la pena de muerte sólo a los delitos por los que se aplica actualmente (es decir, a los que aparecían sancionados con pena capital cuando el Estado quedó obligado por la Convención) y la consecuente y terminante exclusión de los delitos “a los cuales no se la aplique actualmente”.
 32. Cuando el Estado ratificó la Convención Americana, se hallaba vigente un texto del artículo 201 en cuyos términos: a) el plagio o secuestro de una persona, realizado con determinados fines, se castigaría con privación de libertad de entre ocho y quince años de presidio, y b) el plagio o secuestro asociado al fallecimiento del secuestrado (resultado de muerte “con motivo o en ocasión del plagio o secuestro”), es decir, unos hechos que culminan en resultados plurales —privación de la libertad y privación de la vida—, se sancionaría con pena de muerte.
 33. Así las cosas, el Estado podía mantener la aplicación de la pena de muerte en el supuesto mencionado en el párrafo anterior *sub b)*, castigado con pena de muerte, pero no en la hipótesis identificada *sub a)*, que entonces sólo se sancionaba con privación de la libertad. Parece evidente, pero es preciso destacarlo porque se trata de un punto central de la cuestión contenciosa planteada ante la Corte Interamericana, que el delito sancionado con pena de muerte en el artículo 201 del Código Penal, conforme al Decreto Legislativo 17/73, vigente al tiempo de la ratificación de la CADH, *no es el mismo delito* sancionado con pena de muerte en ese artículo conforme al Decreto Legislativo 81/96, por el que se condenó al inculcado Raxcacó Reyes.
 34. Los hechos que el Estado podía retener como hipótesis de aplicación de la pena de muerte, sin entrar en conflicto con el párrafo 2, *in fine*, del artículo 4º CADH, constituían en realidad un *curso de dos delitos diferentes*: plagio o secuestro, por una parte, con el que se vulnera la libertad de la víctima, y homicidio, por la otra, con el que se priva de la vida al sujeto pasivo. La posibilidad y necesidad de deslinde es manifiesta y también necesaria. En cambio, el hecho por el que se condenó al inculcado no implica concurso alguno, sino solamente plagio o secuestro, esto es, privación de la libertad. En tal virtud, si se sanciona el plagio con muerte, sin que se hubiese presentado también la privación de la vida del plagiado, se incurrirá en una extensión en la aplicabilidad de la pena capital. En efecto, se utilizará ésta con respecto a un hecho para el que no se hallaba prevista cuando el Estado ratificó la Convención.

IV. CUESTIONES PROCESALES

35. La Corte declaró la existencia de una violación al artículo 4.6, que estatuye el derecho del condenado a muerte a “solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos”. En este punto ocurre, a mi juicio, una concurrencia entre derechos derivados de la aplicación o de la aplicabilidad de la pena de muerte, por una parte, y derechos inherentes al debido proceso legal, en la etapa procedimental —o procesal, si se prefiere— posterior a la sentencia condenatoria, por la otra. El reconocimiento de un derecho trae consigo, lógicamente, el establecimiento de los medios para hacerlo valer, que en este caso son orgánicos y procesales: atribución de la facultad correspondiente a cierto órgano del Estado y definición de un procedimiento para el ejercicio del derecho reconocido, a efecto de que éste “pueda ser concedido”. Ello no significa que se *deba* conceder el indulto o la conmutación, sino solamente que sea *posible* concederlos. ¿Cómo se lograría esto si no existe el medio para ello, no obstante la estipulación contenida en el Pacto ratificado por el Estado, que de esta forma asumió soberanamente las obligaciones previstas en los artículos 1º y 2º?
36. En la sentencia a la que acompaño este *Voto*, la Corte ha resuelto, a título de reparación, que “se deje sin efectos la pena impuesta (...) y, sin necesidad de un nuevo proceso, se pronuncie otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte” (párr. 133). Adelante, la misma sentencia indica que “previamente a dictar (la nueva) sentencia, (se) ofrecerá a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia” (*ibidem*). Con respecto a esta porción de la sentencia del órgano judicial internacional, estimo pertinente formular las siguientes consideraciones:
- a) como es evidente, la Corte Interamericana no se pronunció acerca de la culpabilidad del imputado. Este es un punto cuya resolución compete solamente a los tribunales penales nacionales. Incurriría en error quien supusiera que aquella Corte está juzgando penalmente al sujeto a quien se atribuye la comisión del delito;
 - b) la decisión de la Corte Interamericana no obstruye, en modo alguno, la reacción estatal frente a la criminalidad en general y a cierto crimen en particular: la propia Corte ha destacado que el Estado tiene el deber, no sólo la facultad, de proveer a la defensa de la sociedad contra la delincuencia;
 - c) no se ha dispuesto la celebración de un nuevo proceso, porque no se acreditó la existencia de violaciones procesales que hicieran necesario realizar un verdadero juicio con respeto a los principios del

debido proceso, en el que se sustenta la autoridad de cosa juzgada de la sentencia;

- d) sólo se ha señalado que el Estado puede pronunciar una nueva sentencia, que no será la de muerte. Esta salvedad no obedece a la sentencia del Tribunal interamericano, sino al compromiso adquirido por el Estado al ratificar la Convención Americana: no extender la aplicabilidad de la pena capital a delitos para los que no se hallaba prevista en el momento de la ratificación; y
- e) la decisión de que se abra la oportunidad para que las partes hagan valer el derecho de audiencia con respecto a la nueva resolución final que se pronuncie, refleja la conciencia de que esta resolución afectará las pretensiones de aquéllas, y por lo mismo es preciso observar la garantía de audiencia a efecto de que puedan aportar las pruebas que estimen pertinentes y formular las alegaciones que a su derecho convenga.

V. SITUACIÓN DE LAS PRISIONES

37. No quiero omitir una alusión, así sea muy breve, a otro tema considerado en la sentencia de la Corte Interamericana: las condiciones de la vida carcelaria. En diversos *Votos concurrentes*, tanto a propósito de sentencias como de medidas provisionales y opiniones consultivas, he llamado la atención sobre la generalizada vulneración de los llamados estándares internacionales acerca de la privación procesal o penal de la libertad. Nos hallamos ante un problema creciente, que en múltiples ocasiones ha hecho crisis, con resultados dramáticos. Puede ocurrir nuevamente, en condiciones catastróficas. El tema no se agota en este caso. La Corte ha tenido oportunidad de observar su aparición y persistencia en diversos lugares del Continente. Es preciso —absolutamente preciso y urgente— emprender ya la verdadera reforma carcelaria, que establezca condiciones de vida compatibles con la dignidad humana. Estamos lejos, muy lejos, de haberlo conseguido.

VI. VALORACIÓN DE ACCIONES

38. En las sentencias de la Corte Interamericana se suele tomar nota y dejar constancia de los esfuerzos realizados por el Estado, en su caso, para mejorar la situación prevaleciente con respecto al respeto y la garantía de los derechos humanos en el ámbito de su jurisdicción, sea por medio de proyectos y medidas legislativas —como la iniciativa que el Estado anunció para la incorporación en la ley nacional de

- la regulación correspondiente al recurso previsto en el artículo 4.6 CADH—, sea a través de acciones de otra naturaleza.
39. Una sentencia judicial debe resolver sobre las cuestiones contenciosas planteadas al Tribunal que la emite. No constituye una apreciación general acerca de lo que ocurre en el Estado. Esto corresponde a otro género de documentos —informes o relatorías generales o especiales—, cuya elaboración no compete a la Corte. De ahí que las resoluciones de ésta se limiten a las breves notas o constancias a las que me referí. Sin embargo, un *Voto* particular, que no constituye por sí mismo un pronunciamiento del Tribunal con efectos vinculantes, sino la apreciación de su autor acerca de hechos, razonamientos y decisiones relativos al caso *sub judice*, puede avanzar un poco más —pero no ilimitadamente— en la consideración del contexto y en la expresión de puntos de vista.
40. En virtud de lo anterior, cabe manifestar aprecio por los esfuerzos que han hecho muchos funcionarios del Estado, antes y ahora, en favor de la observancia de los derechos humanos. No sobra recordar las aportaciones a la construcción del sistema interamericano del ilustre jurista y diplomático guatemalteco Carlos García Bauer. Este profesor de la Universidad de San Carlos cumplió un trabajo prominente tanto en la preparación del proyecto de convención encomendado en la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959) al Consejo Interamericano de Jurisconsultos —del que formaba parte—, como en la Conferencia Especializada de la que surgió la Convención Americana, en 1969. En ésta, García Bauer presidió la Comisión II, que tuvo a su cargo los preceptos referentes a “Órganos de la protección y disposiciones generales”.
41. En la Conferencia de 1969, la delegación de Guatemala sostuvo posiciones importantes: así, el tratamiento específico de los derechos económicos, sociales y culturales (*Conferencia Especializada...*, *Actas y Documentos*, op. cit., p. 269); la misión de los Estados en la observancia de los derechos humanos y el carácter complementario del sistema internacional de protección; la posibilidad de extender a individuos y grupos legitimación para presentar casos ante la Corte Interamericana (*id.*, pág. 119), etcétera. El nombre que recibiría la Convención fue propuesto por el propio García Bauer, Presidente de la Delegación de Guatemala (*id.*, p. 438). A todo ello es preciso agregar la iniciativa adoptada por catorce Estados, entre ellos Guatemala, que recogió, como señalé *supra*, “el sentimiento ampliamente mayoritario expresado en el curso de los debates sobre la prohibición de la pena de muerte, concorde con las más puras tradiciones humanistas de nuestros pueblos”, y la declaración solemne sobre la “firme aspiración de

ver desde ahora erradicada del ámbito americano la aplicación de la pena de muerte”.

42. La Corte está al tanto de acciones recientes del Estado que entrañan la voluntad de preservar los derechos humanos y atender los compromisos internacionales soberanamente asumidos por aquél. En este sentido cabe mencionar, como expresiones de esa voluntad, los actos de reconocimiento y solidaridad con las víctimas de diversos hechos en los que han participado el Presidente de la República —a propósito del *Caso Myrna Mack*— y el Vicepresidente —en relación con el *Caso Masacre de Plan de Sánchez*. Se trata de actos que contribuyen al avance de una causa compartida por los Estados y los órganos de protección del Sistema Interamericano.

CASO PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE,
del 22 de noviembre de 2005

1. Son temas centrales en este caso la libertad de expresión y el debido proceso penal. Este, que será el asunto principal del presente *Voto concurrente*, constituye la cuestión más frecuentemente tratada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en lo que respecta a casos contenciosos, y también ha sido abordada, directa o indirectamente, en algunas opiniones consultivas. Asimismo, se halla presente en diversas resoluciones sobre medidas provisionales. La notable presencia de esta materia en los litigios ante el tribunal interamericano coincide con la experiencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de las cortes nacionales europeas ante las que se invoca la violación de disposiciones de la Convención de Roma.
2. El debido proceso es, en consecuencia, un asunto fundamental del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Lo es, por sus características materiales y por su presencia constante. La frecuencia con que se suscita corresponde a la trascendencia que reviste para la operación del conjunto de los derechos humanos y, por ende, para la vigencia y firmeza del Estado de Derecho. En definitiva, es a través del debido proceso como se provee a la mejor defensa de los derechos fundamentales cuando se ven afectados o se encuentran en riesgo. De ahí la extraordinaria relevancia que revisten todos los aspectos de esta materia, y particularmente algunos que han sido considerados por la Corte en el *Caso Palamara Iribarne*, cuya sentencia sigue la línea establecida en resoluciones anteriores que han influido en la legislación y en la jurisprudencia internas.

3. Para acreditar esas afirmaciones bastaría con tomar en cuenta —cuantitativa y cualitativamente— las prevenciones del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, agrupadas bajo el epígrafe “Garantías Judiciales”. La cuestión adquiere mayor importancia todavía —es decir, muestra su verdadero rostro y su trascendencia real— si bajo un concepto de debido proceso más amplio y pertinente se añaden las otras expresiones del enjuiciamiento efectivo, oportuno, justo, que entran en juego en diversas hipótesis y que son otros tantos medios de preservar, amparar o recuperar derechos básicos de la persona.
4. Esta ampliación del concepto tradicional con el fin de abarcar todos los extremos de la cuestión en un concepto que corresponda al fenómeno en su conjunto, lleva a invocar distintos medios de tutela incorporados en preceptos del Pacto de San José, diversos del artículo 8, que poseen autonomía con respecto a éste pero se vinculan con él a través de la noción del debido proceso: artículo 4 (derecho a solicitar indulto, amnistía o conmutación); artículo 5 (exclusión de malos tratos en todos los casos, la mayoría de los cuales se asocia —de hecho o “derecho”— con el desarrollo de una investigación penal judicial o prejudicial, separación de procesados, régimen de menores de edad sujetos a proceso); artículo 7 (legalidad y legitimidad de la privación de libertad, derechos del detenido, control judicial de la detención); 25 (protección judicial de derechos fundamentales), y probablemente también los artículos 9 (fundamento de la condena) y 10 (indemnización por condena determinada por un error judicial). Agréguese, en lo pertinente, las reglas de privación o restricción de derechos que explícitamente enlazan con supuestos específicos (p. ej., afectación del derecho a la propiedad, conforme al artículo 21, y a los derechos de circulación y residencia, en los términos del artículo 22), así como —por supuesto— el artículo 27, a propósito de la prohibición de suspender determinados derechos y las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.
5. El párrafo 1 del artículo 8, invocado en el *Caso Palamara Iribarne*, a cuya sentencia agreco el presente *Voto*, establece una norma de general alcance en esta materia, a saber: el derecho de toda persona “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (...)”. Por razones funcionales que considero evidentes, esta es una garantía rectora o, mejor todavía, condicionante del conjunto de garantías establecidas en el artículo 8, con alcance muy amplio en los más diversos órdenes del enjuiciamiento. Lo que dispone este precepto adquiere sentido y eficacia al amparo de

aquella norma que establece el derecho de audiencia en condiciones calificadas

6. Como es sabido, no existe una descripción comprensiva y unánimemente aceptada acerca del debido proceso, con respecto al cual se traen a colación, inclusive, otros conceptos —sinónimos o aledaños, relación que no analizaré ahora— como tutela judicial efectiva o juicio justo. En todo caso, es común mencionar sobre este punto una serie de derechos, figuras o instituciones, entre las que invariablemente se encuentra la exigencia de que el enjuiciamiento se siga ante un órgano jurisdiccional legalmente establecido, que posea, además, las características de independencia, imparcialidad y competencia que reclama el mencionado párrafo 1 del artículo 8 CADH.
7. Es posible —e incluso necesario, en mi opinión— establecer cierto deslinde entre esta garantía sobre el tribunal, que he llamado “rectora” o “condicionante”, y las restantes garantías acogidas en el mismo artículo 8, párrafos 1 y 2, así como en otras disposiciones de la CADH. Para que éstas operen se requiere la plena y puntual observancia de aquélla; de ahí su condición de rectora o condicionante. Así las cosas, parece razonable asignar a la existencia del juez o tribunal el carácter de presupuesto del debido proceso, y no sólo de componente o elemento de éste. En efecto, antecede a los otros derechos que pudieran quedar caracterizados de esta última manera.
8. Si se habla de defensa adecuada, derecho al silencio, recurso para la revisión integral del fallo, etcétera, se supone que todo ello viene al caso precisamente cuando se desarrolla un conjunto de actos de procedimiento ante la autoridad judicial prevista en el párrafo 1, que de esta suerte constituye el marco institucional u orgánico, o el supuesto o soporte, para la presentación en la escena de los otros derechos. Desde luego, esto no impide que se requiera la observancia de garantías de debido proceso cuando otras autoridades —no estrictamente judiciales o jurisdiccionales— cumplen atribuciones de las que provendrá el reconocimiento o desconocimiento de derechos o deberes. En esta hipótesis existe una ampliación del concepto y el alcance de debido proceso judicial, para atender con realismo y eficacia los objetivos tutelares que éste persigue.
9. El artículo 8.1 fija las características del juzgador (en sentido material, no apenas en sentido formal) llamado a conocer una controversia y ante el que debe desenvolverse el procedimiento sujeto al régimen de garantías que prevé el mismo mandamiento:
 - a) establecido legalmente, esto es, que derive sus atribuciones de la ley que lo crea o, en todo caso, de una ley que las prevenga, considerando el genuino alcance que tiene la expresión “ley”, asunto en

- el que se ha ocupado también la jurisprudencia de la Corte Interamericana;
- b) preexistente a los hechos sobre los que debe pronunciarse, carácter *ex ante* que suele constituir una preciosa garantía de seguridad jurídica: se plantea en el eje mismo de la represión penal, a propósito del principio de legalidad: sustantiva, orgánica y procesal, y excluye los tribunales *ad hoc* y los juicios por comisión;
 - c) independiente, o sea, autónomo en todos los órdenes de su desempeño jurisdiccional, dotado con las facultades para resolver sin injerencia de otros órganos del Estado —o de cualquier instancia externa a sí mismo—, las contiendas que se le sometan, autonomía que debe existir tanto en la norma que gobierna el desempeño judicial formal (Constitución y ley secundaria), como en la realidad en la que actúa el juzgador;
 - d) imparcial, es decir, ajeno al interés y al derecho de quienes comparecen ante él, exento de “prejuicio”, idóneo para constituir —formal y materialmente— ese sujeto “tercero, puesto por encima de las partes”, y por ello llamado a decidir con entera objetividad; y
 - e) competente, esto es, investido (por la ley preexistente que lo instituye) con la capacidad de resolver (de modo independiente e imparcial) los litigios que se le sometan conforme al régimen que distribuye entre los órganos jurisdiccionales la potestad de conocimiento y decisión que corresponde al Estado y que éste ejerce a través de la función jurisdiccional.
10. Establecido que el tribunal ha de reunir internamente dichos rasgos de idoneidad, es preciso avanzar sobre los datos externos —ya implícitos en aquéllos— de su desempeño. En este orden figuran las conexiones entre la competencia y la igualdad ante la ley. Se trata, en fin de cuentas, de proyectar sobre el ejercicio de la función judicial otro de los principios radicales del orden democrático: esa igualdad de todas las personas ante la ley, que reclama la existencia de un mismo patrón de enjuiciamiento, sin detrimento de las singularidades derivadas de la materia del litigio y de la incorporación de elementos de igualdad cuando contienden individuos con natural “desigualdad de armas”, como he manifestado en *Votos* anteriores, en aquellas hipótesis en que la desigualdad real milita contra la igualdad formal.
 11. Tras una larga etapa de privilegios materiales y procesales, se abrió camino la igualdad que desecha fueros y enjuiciamientos especiales: la jurisdicción del Estado se ejerce con la más segura objetividad, idéntica para cualesquiera individuos, sin otro miramiento que el peso de la razón en la que se sustenten las pretensiones. En este largo proceso de unidad jurisdiccional —sin que ello impida, ya lo dije, la existencia

de competencias materiales especiales en función de la naturaleza de las relaciones sustantivas— han quedado presentes, con mayor o menor extensión, algunos órdenes jurisdiccionales especiales. Entre ellos figura el llamado fuero militar, de guerra o castrense.

12. Hoy es acentuada la tendencia a la reducción, e inclusive a la desaparición, del enjuiciamiento militar. Para ello se aducen diversas razones vinculadas con las características del juzgador natural, a las que ya me referí, y con la regla de igualdad ante la ley. Quienes sostienen la pertinencia de este fuero, y al mismo tiempo la necesidad de observar con el mayor escrúpulo el principio de igualdad ante la ley —y ante sus instrumentos característicos: a la cabeza, los jurisdiccionales—, señalan que el fuero militar puede y debe aplicarse —preferentemente en tiempo de guerra— en el espacio de dos consideraciones determinantes e infranqueables:

- a) la subjetiva, que es, en realidad, un dato profesional: sobre militares en activo, lo cual excluye a los integrantes de las “reservas”, a los “retirados” y a otras categorías de individuos que pertenecieron a las fuerzas armadas, a título de integrantes activos, pero han dejado de hallarse en esa situación; y
- b) la material, conectada con la naturaleza del tema en litigio: debe tratarse de cuestiones directa e inmediatamente relacionadas con el desempeño militar, la función de las armas, la disciplina castrense.

En algunas legislaciones, en las que ha avanzado mucho más la tendencia restrictiva de la jurisdicción militar, se agrega una exigencia sobre la circunstancia requerida para que actúe aquella jurisdicción: tiempo o situación de guerra. El hecho de que sólo en esta circunstancia opere la justicia castrense refuerza el carácter funcional del Derecho militar y de la jurisdicción respectiva y constituye, evidentemente, un dato elocuente sobre su carácter esencialmente excepcional.

13. Como se ve, la primera exigencia deja a los civiles —los no militares, en el sentido que acabo de describir— fuera de la jurisdicción militar, de plano y sin excepción. La segunda excluye cualesquiera causas que no guarden relación directa e inmediata, por su propia naturaleza, con la función militar. De ahí que en este caso se hable de delitos de “función”, que no se actualizan por el hecho de que el “funcionario” sea militar, aunque, como dije, también se exige esta condición. Evidentemente, esta referencia a la “función” tiene que ver con la naturaleza de las actividades, deberes, desempeños calificados como militares, que deben informar la legislación, y no sólo con determinada calificación formal en preceptos o decisiones de autoridades. Dicho de otra manera, es preciso atender —en este punto como en tantos

- otros— a la naturaleza de las relaciones jurídicas, materialmente consideradas.
14. Puesto que aquí nos hallamos ante una justicia especial, sustraída a la jurisdicción ordinaria que rige sobre todas las personas, y por lo tanto estamos frente a una excepción o suspensión del régimen de igualdad, es necesario que a la hora de precisar quiénes son los justiciables y cuál es la materia de la justicia militar se actúe con criterio restrictivo, como ante todo supuesto de excepción. Esto implica la prevalencia y preferencia de la igualdad, no de la salvedad. Tal es la única regla de interpretación plausible desde la óptica de los derechos humanos y, por cierto, también la única consecuente con el desarrollo histórico de la materia.
 15. En el caso *sub judice*, el inculpado en el proceso penal interno y víctima en el proceso interamericano había dejado de pertenecer a las fuerzas armadas: no tenía a su cargo funciones propiamente militares. Era un civil al servicio de aquéllas, vinculado por un título jurídico privado, el contrato, y responsable de tareas ajenas a la función militar, aunque tuviesen cierta conexión con ésta en amplio sentido, que no es el que determina la aplicación de la ley penal militar y el desempeño de la justicia castrense. De haber duda —que no la tengo— sobre el carácter civil o militar del inculpado, ésta debiera despejarse a través del criterio de interpretación que *supra* mencioné: el más compatible con la plena aplicación de la igualdad ante la ley y, por lo tanto, el más favorable al individuo.
 16. Así las cosas, la Corte ha podido traer a cuentas su constante jurisprudencia a propósito de la jurisdicción militar: sólo para militares en activo y en lo que respecta a asuntos estrictamente vinculados con la función militar, jurisprudencia firme que constituye una apreciable aportación del Tribunal interamericano a la solución de cuestiones que se han presentado con alguna frecuencia en nuestra región. Si esto es así, el desempeño de la jurisdicción militar sobre un civil y a propósito de temas que exceden la función castrense resulta incompatible con la Convención, particularmente en lo que toca al artículo 8: el juez o tribunal no es naturalmente competente, sin que por ahora entremos a discutir si tampoco reúne las otras características requeridas por el mismo precepto, lo cual ha sido objeto de consideración cuando se ha tratado de juicios seguidos por otro género de delitos que afectan o se supone que afectan la seguridad pública o la seguridad nacional, con respecto a las cuales el tribunal y el enjuiciado son —o parecen ser—, cada uno en una trinchera, integrantes de las fuerzas contendientes.
 17. Vuelvo a las consideraciones con las que inicié este *Voto*, para extraer de ellas y del desarrollo que he formulado en los párrafos precedentes

- cierta conclusión que estimo obligada. Si la existencia de juez o tribunal competente es un presupuesto del proceso y no apenas un dato o elemento de éste, al lado de los acogidos en las restantes garantías judiciales, y si en un supuesto específico no hubo tal juez o tribunal competente, los actos realizados ante quien no tiene esta condición no pueden ser considerados como actos procesales en sentido estricto, ni su conjunto puede ser calificado como verdadero proceso, ni su culminación como auténtica sentencia.
18. De ser así, la Corte que juzga violaciones a derechos humanos puede limitarse a establecer la inidoneidad del tribunal de conocimiento por los motivos que han quedado descritos, sin que sea necesario que califique —en rigor, que descalifique— cada uno de los actos realizados dentro del supuesto proceso, considerando para ello las deficiencias específicas que aquéllos presentan: defensa, patrocinio, prueba, recursos, etcétera. Incluso si estas actuaciones se hubiesen realizado con el mayor apego a la Convención Americana, no se tendrían en pie como verdaderos actos procesales ni la resolución final adquiriría firmeza como auténtica sentencia, porque unas y otra carecerían del presupuesto —el cimiento— sobre el que se construye el proceso: un tribunal competente, esto es, un órgano dotado con las atribuciones jurisdiccionales indispensables para conocer de cierta causa en función de la persona —o la profesión de ésta— y la materia, y atento a la regla de igualdad ante la ley, que sólo admite contadas y rigurosas excepciones.
 19. Como señalé, la libertad de expresión constituye otro de los temas relevantes en el presente caso, conforme a la demanda que dio origen al proceso desarrollado ante la Corte Interamericana. Este tribunal no llevó adelante una revisión detallada y profunda de las características de la libertad de expresión con respecto a la publicación del libro cuestionado. No pareció necesario hacerlo, en virtud de que la información que manejó el inculpado provenía de fuentes abiertas y había sido del conocimiento público. Esta circunstancia hizo innecesario llevar más lejos el examen de aquel tema. De haberse estado en una situación diferente, que obligara a mayores reflexiones, hubiera sido necesario analizar cómo opera la Convención en su conjunto con respecto a las obligaciones del Estado y a las libertades y los deberes del individuo —inclusive el deber de confidencialidad y las consecuencias de su inobservancia—, los derechos y las restricciones recogidos en el artículo 13 y las disposiciones contenidas en los artículos 29 y 32.2 de la Convención. Quede para otra oportunidad este examen.
 20. La Corte formuló algunas consideraciones acerca del delito de desacato en el marco de la libertad de expresión. Comparto las apreciaciones del Tribunal acerca de los riesgos que la formulación típica del

- desacato puede entrañar para la libertad de expresión. En mi opinión agregada a otras sentencias de la Corte —así, el *Caso Herrera Ulloa*— he expresado mis puntos de vista, que no han variado, sobre el ejercicio de la crítica en relación con servidores públicos y la menor exigencia que se plantea a la libertad de expresión, si se compara con la que pudiera suscitarse cuando se alude a particulares. Lo que ahora quiero destacar es que esta materia debe ser analizada a la luz —o bajo la sombra, si se prefiere decirlo así— de las fórmulas penales específicas, es decir, frente a “concreciones”, no ante “abstracciones”.
21. Puesto de otra manera, lo que interesa y preocupa no es la existencia de cierto tipo denominado “desacato” —un *nomen juris* que puede alojar diversos contenidos, desde aceptables hasta inadmisibles—, sino la forma en la que ese tipo penal incide sobre la libertad de análisis y expresión, como también la posibilidad —que no pasó inadvertida para la Corte— de que la represión indebida se ejerza a través de una figura delictiva diferente, como pudiera ser la de amenazas. Y también es preciso observar que la despenalización de la crítica no significa dejar al garete la antigua garantía —constante en diversas Constituciones— que ampara a los miembros del Parlamento y a los juzgadores en contra de las reconvenções maliciosas que atacan su propia capacidad de expresión o decisión, que también importa al régimen democrático.

CASO GÓMEZ PALOMINO VS. PERÚ,
del 22 de noviembre de 2005

1. En este *Voto* me referiré a un punto esencial en el *Caso Gómez Palomino*, a saber, la construcción legislativa del delito de desaparición forzada en el Derecho interno y la relación que esto guarda con el orden internacional que el Estado ha reconocido. En algunos de sus aspectos más significativos, la materia ha sido frecuentemente abordada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al amparo del Pacto de San José, antes de que nuestra región contara con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994. Este instrumento llegó a integrar la normativa de la materia, precisando conceptos y estableciendo alcances cuyo núcleo figuraba ya, bajo otros rubros, en la Convención Americana.
2. Los problemas de la desaparición forzada se han planteado, con lamentable frecuencia, entre los casos examinados por la Corte Interamericana conforme a su competencia contenciosa. Y no han desaparecido de esta “fenomenología de la violación”, aunque hoy día son más

numerosos los litigios relativos a cuestiones diferentes. A ese respecto, es preciso recordar algunas sentencias dictadas en los primeros años de funcionamiento del Tribunal, entre ellas la correspondiente al *Caso Velásquez Rodríguez*, ampliamente citado en pronunciamientos de otros tribunales, nacionales e internacionales, y en la doctrina. La sentencia de *Velásquez Rodríguez* orientó la reflexión judicial sobre este problema. La Corte Interamericana advirtió entonces, con sustento en la Convención Americana, la violación múltiples que entraña la desaparición forzada de personas. En efecto, lesiona diversos bienes jurídicos y vulnera los derechos correspondientes.

3. Desde hace tiempo nos hallamos empeñados en la construcción de un nuevo orden jurídico internacional, sobre la base de convicciones y expectativas compartidas, fruto de cierto entendimiento acerca de la dignidad humana y la posición del poder público —y otros poderes— frente a la persona. En este marco se ha fortalecido la certeza de que es preciso contar con definiciones —en las que luego se sustentarán acciones internas y externas— sobre conductas que afectan gravemente los bienes más preciados y hacen necesario poner en movimiento medios e instrumentos de persecución destinados a prevenir tales comportamientos y a sancionar a sus autores. Se trata del “otro rostro” de la protección de los derechos humanos en la escena internacional, con la misma función que cumple el Derecho penal en el orden nacional. Este fija a través de tipos las conductas que dañan más gravemente los bienes destacados y dispone las correspondientes consecuencias jurídicas, que significan, a su turno, afectaciones también severas de los derechos humanos.
4. En este ámbito han surgido convenciones y tratados que se refieren a determinados hechos ilícitos, de manera genérica, y encomiendan a los Estados la tarea de caracterizarlos en su derecho interno y proveer a su persecución eficaz y suficiente. También hay instrumentos que adelantan varios pasos en la misma dirección y se ocupan en describir —tipificar, se diría en términos de derecho penal— esos hechos, para unificar la reacción jurídica de la comunidad internacional y establecer un frente de protección y persecución que responda a ideas compartidas en materia de seguridad y justicia. Esto ocurre, por ejemplo, en lo que concierne al espacio interamericano mediante las caracterizaciones de la tortura (artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) y la desaparición forzada (artículo II de la Convención específica que mencioné *supra*). Si nos hallásemos frente a ordenamientos penales, diríamos que en esos preceptos residen los tipos de tortura y desaparición. En sustancia, ambas convenciones quedan inscritas, por lo que toca al extremo

- que ahora examino, bajo el concepto de normas penales especiales, y en tal virtud se hallan dentro del marco de un *corpus juris* penal.
5. Cuando los Estados figuran como partes en un tratado internacional sobre derechos humanos, lo que ocurre en ejercicio de su soberanía y no a despecho o en menoscabo de ésta, adquieren determinadas obligaciones dentro del sistema de Estados en el que se integra el tratado y ante los seres humanos que se hallan sujetos a la jurisdicción del Estado parte del convenio. Esto es lo característico de los tratados de derechos humanos, a diferencia de otro género de pactos, que se limitan a establecer los datos de la relación jurídica entre Estados, con determinación de los derechos y deberes que éstos tienen entre sí.
 6. Se ha explorado ampliamente el contenido de los deberes generales que asume el Estado cuando ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos o se adhiere a ésta. Esos deberes se hallan en los artículos 1 y 2 del Pacto: reconocer derechos, y en tal virtud, respetarlos y garantizarlos adecuadamente, así como adoptar las medidas pertinentes. Para los efectos de este *Voto*, como de la sentencia con la que concurre, es importante mencionar la obligación prevista en el artículo 2, bajo el epígrafe “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”: si el ejercicio de los derechos y libertades a los que se refiere el artículo 1, esto es, los reconocidos en la Convención, “no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.
 7. Es así que el orden interno debe construirse o reconstruirse en forma consecuente con el orden internacional que el propio Estado ha acogido como parte de su ordenamiento. Entre las disposiciones que tienen por materia el respeto y la garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales, figuran las normas penales —disposiciones generales, tipos y consecuencias jurídicas— destinadas a proteger bienes y derechos con los medios más enérgicos de los que disponen la sociedad y el Estado.
 8. Consecuencia de estos deberes generales es el compromiso específico de los Estados en relación con determinadas providencias. Volvamos a las convenciones mencionadas *supra*. El artículo 1 de la Convención contra la Tortura indica: “Los Estados Partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”; y el artículo III de la Convención contra la Desaparición Forzada manifiesta: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar (...) las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”.

9. Los autores y suscriptores de los tratados —que son, al mismo tiempo, sujetos obligados por éstos— entienden que las conductas ilícitas previstas en ellos requieren fórmulas de persecución propias, que no basta con las acostumbradas descripciones típicas de derecho interno sobre hipótesis semejantes o aledañas —como podrían ser los golpes, las lesiones o las amenazas, en el caso de la tortura, y la privación ilegal de libertad, el secuestro o la obstrucción de la justicia, en el supuesto de la desaparición forzada— y que la caracterización aportada por el instrumento internacional es la forma suficiente y adecuada para reaccionar frente a esos delitos, cuya represión interesa a la comunidad internacional. De no ser así, carecería de sentido establecer descripciones vinculantes y generar obligaciones específicas para los Estados, a este respecto.
10. Es posible suponer que los Estados se hallan en libertad de adoptar elementos de mayor severidad en la persecución penal de estos ilícitos, si lo consideran pertinente, conveniente, justo, para la mejor tutela de los derechos humanos, siempre a condición de que al hacerlo no vulneren otros principios o normas insoslayables. La descripción internacional es el dato irreductible de la persecución, que puede ser mejorado —en favor de los objetivos que ésta se propone alcanzar y de las razones que la justifican—, pero no alterado, condicionado o desvanecido por la sustracción de elementos necesarios de la fórmula persecutoria o la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia y desemboquen, a la postre, en impunidad de conductas cuya punición ha resuelto el orden internacional, apoyado por la voluntad del Estado parte.
11. En alguna oportunidad la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de que un Estado que es parte en la convención contra la desaparición forzada introduzca en su legislación el tipo penal correspondiente. En la sentencia sobre reparaciones en el *Caso Trujillo Oroza*, el Tribunal sostuvo: “(...) es importante dejar constancia (de) que la falta de tipificación de la desaparición forzada de personas ha obstaculizado el desarrollo efectivo del proceso penal que se sigue en Bolivia con el fin de investigar y sancionar los delitos cometidos en perjuicio de (la víctima), permitiendo que se perpetúe la impunidad en este caso” (párr. 97). En consecuencia, la Corte dispuso que el Estado “tipificar(a) el delito de desaparición forzada de personas en su ordenamiento jurídico interno” y consideró “que esta reparación sólo se debe tener por cumplida cuando el proyecto se convierta en ley de la República y ésta entre en vigor, lo cual deberá efectuarse en un plazo razonable a partir de la notificación” de la sentencia (párr. 98).
12. Examinemos brevemente la descripción de la desaparición forzada en el artículo II de la Convención de 1994. Aquella contempla diversos

- elementos típicos que forman parte, cada uno y el conjunto, de la fórmula de persecución irreductible, es decir, de la caracterización internacionalmente adoptada —con la concurrencia y la voluntad del Estado— que debe ser nacionalmente respetada, como señalé *supra* (párr. 10). La admisión de estos elementos en el tipo interno de la materia acredita la observancia del compromiso internacional establecido en la Convención Americana (artículos 1 y 2) y en la Convención contra la Desaparición Forzada (artículo III).
13. A) La conducta típica consiste en “privación de la libertad (...) cualquiera que fuere su forma (...) seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona”. Privación de libertad es afectación o supresión de ésta. No interesa la forma en que se hubiese producido: lícita o ilícita, violenta o pacífica, por ejemplo.
 14. Es menos claro a este respecto el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que nuestro Tribunal también invoca en el presente caso —recordando, por cierto, que ha sido ratificado por Perú—: “la aprehensión, la detención o el secuestro”. La deficiencia de aquella redacción, que obliga a interpretaciones siempre arriesgadas, consiste en que no atrae expresamente las privaciones de libertad que se apartan de esas figuras formales: aprehensión o detención —a no ser que se asigne a esta última palabra un sentido muy amplio, prácticamente totalizador—, o no reúnen los elementos típicos del secuestro.
 15. Esta indiferencia en cuanto a la forma que reviste la privación de libertad ha informado el artículo 2 del proyecto final para una convención sobre la desaparición forzada, aprobado por el Grupo de Trabajo *ad hoc* de Naciones Unidas el 23 de septiembre de 2005. El texto correspondiente se refiere en términos enumerativos, pero finalmente abiertos, a determinadas expresiones específicas de la privación de libertad y a la manifestación más extensa de ésta: “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad”.
 16. Con lo dicho no se agota la descripción de la conducta en la Convención Interamericana. Esta añade otras referencias necesarias para caracterizar el comportamiento del agente constitutivo de desaparición forzada: a) falta de información sobre la privación de libertad; b) negativa a reconocer que ésta existe, o bien (disyuntivamente), c) negativa a informar sobre el paradero de la persona a la que se ha privado de libertad. En el primer supuesto se omite informar; en el segundo y el tercero se niega la información. Se altera la descripción del ilícito si se retira alguna de estas expresiones de la conducta, sin perjuicio de lo que señalaré en el párrafo 28 de este *Voto*.

17. En otros ordenamientos internacionales hay expresiones parcialmente coincidentes con la prevista en la Convención Interamericana. El Estatuto de la CPI se refiere a “la negativa a informar sobre privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de (las) personas” aprehendidas, detenidas o secuestradas. El proyecto de Naciones Unidas menciona: “negativa a reconocer dicha privación de libertad” u “ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida”.
18. B) Referencias a los sujetos: i) no hay referencias características en cuanto al pasivo: una o más personas, es decir, cualquier número de individuos, sin exigencia de calidad específica, y ii) existen referencias acerca del sujeto activo: puede tratarse de agentes del Estado, es decir, personas que desempeñan algún cargo, función, encomienda, actividad pública, o bien (disyuntivamente), “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”. En los términos de la fórmula típica, pueden coincidir en la realización de los hechos punibles sujetos de ambas categorías, o sólo individuos correspondientes a una de aquéllas. En ambos casos se habrá incurrido en desaparición forzada. Así las cosas, la disposición en el sentido de que este delito sólo podrá ser cometido por servidores públicos, sin considerar también la restante categoría de posibles sujetos activos, significa inobservancia del compromiso internacional de tipificación.
19. El Estatuto de la Corte Penal Internacional se refiere a aprehensión, detención o secuestro “por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia”. No es ésta, por cierto, una redacción particularmente afortunada. En su momento, el proyecto de Naciones Unidas avanza por el mismo camino que la Convención Interamericana: “agentes del Estado o (...) personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”.
20. C) La descripción contenida en el artículo II de la Convención de 1994 incluye otra expresión que conviene examinar: que todo lo indicado, es decir, las conductas descritas atribuibles a determinados sujetos, “impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. Es preciso examinar el alcance de esta expresión, cuya comprensión descuidada pudiera conducir a la absoluta impunidad de la desaparición forzada.
21. Por una parte, se puede considerar que la frase mencionada en el párrafo anterior no encierra ya un elemento de la descripción típica, sino una explicación o reflexión del legislador para recordar cuál es el propósito buscado por los perpetradores de la desaparición y el efecto normal de ésta: sustracción al control regular de la justicia, instituido

- para seguridad de las personas. La redacción misma de la frase conduce a esa conclusión: en efecto, la porción final del precepto dice: “con lo que se impide”, no “en forma o de manera que se impida”, como debió escribirse si se pensó en otro elemento del tipo.
22. Por otra parte, si se entiende que la frase de la Convención Interamericana que ahora examino recoge un elemento del tipo, no dejaría de actualizarse la desaparición forzada por el mero hecho de que subsistieran, en abstracto, los recursos legales y las garantías procesales que deben amparar la libertad de las personas (recursos y garantías pertinentes, en sentido genérico e impersonal). Tampoco desaparecería el delito de desaparición forzada porque resultase posible, en hipótesis, que algún tercero utilizara cierto recurso. Lo relevante es que se mantenga abierto y expedito el acceso a recursos y garantías que efectivamente permitan rescatar el derecho violado y proteger adecuadamente al titular de éste; puesto en otras palabras —sugeridas por el proyecto de Naciones Unidas—, que la víctima no quede sustraída a la protección de la ley. Se quiere expresar, por supuesto, que no se le prive de las seguridades que debe tener a su disposición bajo el orden jurídico correspondiente.
23. Es diferente el tratamiento de la materia en los otros instrumentos que también menciona la sentencia de la Corte Interamericana y que he invocado en este *Voto*. Tal vez más adecuada, por ser más clara la vinculación que establece entre elementos del tipo, es la frase final que a este respecto contiene el artículo 2 del citado proyecto de Naciones Unidas. Relaciona la conducta del agente con el resultado de ésta a propósito de la seguridad jurídica de la víctima: “sustrayéndola (a ésta) a la protección de la ley”. A su vez, el Estatuto de la CPI integra este dato como elemento subjetivo del tipo. En efecto, menciona “la intención” del autor de “dejarlas (a las personas privadas de libertad) fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.
24. Este género de consideraciones, aplicadas al caso *sub judice*, movieron a la Corte Interamericana a examinar el artículo 320 del Código Penal peruano. Recuértese que éste sanciona al “funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada”. La escueta fórmula ofrece diversos flancos a la crítica y merece, en mi concepto —de ahí este *Voto* concurrente— el pronunciamiento que la Corte ha dictado. Veamos.
25. En primer término, la referencia a la conducta no es adecuada conforme a la Convención de 1994, y en todo caso es oscura. El artículo 320 se refiere a la orden o ejecución de acciones, lo cual conduce a otro tema que no debió involucrarse en la descripción típica: la participación delictuosa, por autoría intelectual (orden) o autoría material,

- que es la verdadera autoría (ejecución). Esas acciones (*¿quid* de las omisiones?) se encaminan a un resultado expresamente requerido por el tipo: la desaparición del sujeto pasivo, “debidamente comprobada”.
26. Como se advierte, no basta la privación de la libertad —que es lo requerido por la Convención, conforme a un designio de protección muy amplia—, sino se plantea además la “desaparición”, una expresión equívoca y sujeta a diversos entendimientos. Y además se reclama que dicha “desaparición” esté o se halle “debidamente comprobada”. Este requerimiento suscita nuevas cuestiones difíciles: ¿se ha querido que el denunciante compruebe la desaparición, lo cual sería inadmisibles, como afirman algunos críticos del precepto? ¿Se alude simplemente a que sólo es posible establecer la existencia del delito y sancionar al autor cuando se ha “comprobado debidamente” —a través del enjuiciamiento, en el que se plantean los puntos probatorios— la desaparición, lo cual es obvio? En el examen de las expresiones utilizadas por el artículo 320 y de sus posibles interpretaciones y consecuencias, no sobra preguntar si la tentativa ha quedado exenta de persecución penal. Efectivamente, el tipo requiere que exista una desaparición y que ésta se encuentre debidamente comprobada. Sea lo que fuere de todo esto, existe una gran distancia entre la figura del derecho interno y la descripción que adelanta la Convención Interamericana, ratificada por el Estado.
27. Por lo que hace a las referencias sobre el sujeto activo, el artículo 320 fija cierta calidad específica: que quien priva de libertad a la víctima sea “funcionario o servidor público”. En principio, la expresión “agente del Estado” —que emplea la Convención— es más amplia que “funcionario o servidor público”, salvo lo que sobre esto último señalen las disposiciones internas llamadas a explicar qué debe entenderse bajo estos rubros. Y desde luego han quedado fuera de incriminación —al menos bajo este título jurídico, cuya aplicación reclama el orden internacional— cualesquiera sujetos que no sean funcionarios o servidores públicos, lo cual cercena una parte considerable de la descripción contenida en el artículo II de la Convención. La sentencia de la Corte señala que el precepto penal interno restringe la autoría de la desaparición y soslaya otras formas de participación delictuosa. Visto en conjunto, el problema es aún mayor: lo que hace el tipo es excluir de toda forma de autoría o participación delictuosa por desaparición forzada a cualesquiera sujetos que carezcan de la calidad de servidores públicos o funcionarios.
28. Como es obvio, el tipo penal interno tampoco recoge otros elementos de la figura delictiva, establecidos por la Convención y mencionados *supra*: así, la falta de información o la negativa a reconocer que existe

- una desaparición o a informar acerca del paradero de la víctima. La consecuencia de esta omisión puede ser desfavorable para el agente, y en este sentido traer consigo una mayor represión penal de la desaparición forzada. En efecto, habría delito consumado una vez que se han realizado, con éxito, las acciones conducentes a la desaparición, independientemente de cual sea la conducta posterior del agente a propósito de informaciones, explicaciones o reconocimientos.
29. En el mismo período ordinario de sesiones en que emitió sentencia sobre el *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, la Corte conoció y resolvió —previo reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado— el *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. En este asunto también se tuvo a la vista la legislación interna en materia de desaparición forzada de personas. Al respecto, la Corte observó —a la hora de fijar las reparaciones— que esa legislación no se adecuaba a la Convención Interamericana de la materia y resolvió que el Estado debía revisarla para asegurar su coincidencia con ésta.
30. En el *Caso Blanco Romero*, la descripción de la conducta típica de desaparición forzada sólo se refiere a la privación “ilegítima” de la libertad, acotación que deja fuera otras formas de privación: es posible que ésta sea legítima en un principio, pero devenga ilegítima al cabo de cierto tiempo o por determinadas circunstancias. Para tal hipótesis resulta conveniente —y consecuente con la Convención especial— que se tenga en cuenta, de manera explícita, cualesquiera formas de privación de libertad, como lo hace la Convención de 1994 y lo dicen, en variable medida, otros textos internacionales a los que ya me he referido.
31. Por otra parte, al referirse a los sujetos activos de la conducta ilícita, la ley venezolana incluye solamente “autoridad pública” o “persona al servicio del Estado”. Se hallan excluidos de esta referencia esas otras “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”, que figuran en la caracterización interamericana de la desaparición forzada. Es posible que tales otras personas sean sancionables por su intervención en una conducta ilícita, pero lo serían bajo un título diferente de la desaparición forzada, y no es esto lo que pretende la Convención.
32. Las reflexiones que suscita el delito de desaparición forzada considerado por la norma convencional internacional ponen de manifiesto, una vez más, la necesidad de que los Estados que han suscrito tratados internacionales que describen conductas ilícitas revisen su legislación interna para adecuarla a esas referencias internacionales, cuya adopción forma parte de las obligaciones soberanamente contraídas por los Estados suscriptores de aquellos instrumentos. Esta congruencia entre los textos internos y los internacionales elimina zonas

de sombra o duda cuando se trata de analizar hechos cuestionados, establecer responsabilidades internacionales y fijar las posibles consecuencias de éstas en casos específicos.

33. A este respecto es indispensable tomar en cuenta, de manera muy subrayada, el principio de legalidad estricta que domina la materia penal. No siempre será posible que las autoridades llamadas a aplicar las leyes penales establezcan la conformidad de éstas con el derecho internacional, mediante procesos de interpretación que pudieran resultar difíciles o discutibles, precisamente desde la perspectiva de la legalidad penal. Por ello es útil considerar que las descripciones de conductas o hechos delictuosos contenidas en instrumentos internacionales vinculantes debieran ser trasladadas con la mayor fidelidad al orden penal nacional. Esto ahorrará cuestiones a propósito de la supuesta o real responsabilidad internacional por incumplimiento del deber general de “adoptar disposiciones de derecho interno”, en los términos del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CASO BLANCO ROMERO Y OTROS VS. VENEZUELA,
del 28 de noviembre de 2005

En este caso la Corte Interamericana examinó, entre otros extremos, la obligación del Estado de adecuar su legislación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, del 9 de junio de 1994. La adecuación se refiere a la descripción que hace el artículo II de aquel instrumento acerca de la desaparición forzada, que debiera orientar la formulación del tipo penal en la ley interna.

En virtud de que examino la materia con alguna amplitud en mi *Voto concurrente* a la sentencia dictada anteriormente por la Corte en el *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, del 22 de noviembre de 2005, me remito a las consideraciones expuestas en ese *Voto* previo.

CASO LÓPEZ ÁLVAREZ VS. HONDURAS,
del 1 de febrero de 2006

I. EL DEBIDO PROCESO

1. El debido proceso constituye una garantía instrumental y secundaria que llega a ser, en rigor, material y primaria, como “clave de acceso”

- a la tutela nacional e internacional de los derechos y a la reclamación sobre los deberes. Su relevancia ha sido constantemente destacada. Lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Interamericana y lo han subrayado diversos integrantes de este Tribunal. El juez Alirio Abreu Burelli observa que “el debido proceso, garantía fundamental de la persona humana, es, además, una garantía de respeto a los demás derechos” (“Responsabilidad del juez y derechos humanos”, en *Revista de Derecho*. Tribunal Supremo de Justicia, No. 19, Caracas, Venezuela, 2005, p. 44), y la jueza Cecilia Medina Quiroga destaca que “el debido proceso es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho” (*La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003, p. 267).
2. Los temas del debido proceso siguen figurando de manera significativa en el quehacer jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: significativa en una doble dimensión; por una parte, en lo que respecta al número de casos en que se ventilan cuestiones de debido proceso; por la otra, en lo que concierne a la materia de los litigios —e inclusive de las opiniones consultivas—, que concurre a integrar un buen sector de la jurisprudencia interamericana, con notable repercusión —creciente y evidente, en los últimos años— en los pronunciamientos de muchos tribunales nacionales.
 3. En diversos *Votos concurrentes y razonados* me he ocupado en estas cuestiones. Lo he hecho, asimismo, en algunas exposiciones recientes en nombre de la Corte Interamericana o en relación con las tareas de ésta: así, el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina “Las garantías constitucionales del debido proceso penal”, convocado por la Corte Suprema de Uruguay y la Fundación Konrad Adenauer (Punta del Este, Uruguay, 10-14 de octubre de 2005), y el “Curso Internacional de Capacitación en Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina”, organizado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (San José, Costa Rica, 27 de julio de 2005).
 4. En esas oportunidades, entre otras, he mencionado el peso cuantitativo de esta materia en la jurisprudencia de la Corte IDH. La estadística reunida por ésta —que ahora se recoge en el volumen *La Corte Inte-*

americana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo. 1979-2004 (San José, Costa Rica, 2006), deja constancia de que el Tribunal ha declarado la existencia de violación al artículo 8 (“Garantías judiciales”) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 43 casos, que son la gran mayoría del conjunto sobre el que se ha pronunciado, así como la presencia de violaciones al artículo 25 (“Protección judicial”) en 40 casos. En mi concepto, unas y otras entrañan vulneración del debido proceso —en amplio y adecuado sentido: el que más conviene a la tutela judicial del ser humano—, aunque pueden y deben analizarse separadamente. Por otra parte, es necesario recordar que otros preceptos de la Convención acogen temas que pueden ser clasificados en el ámbito del debido proceso: por ejemplo, vulneración del derecho a la vida (artículo 4, en lo concerniente al medio extraordinario para impugnar la pena de muerte), del derecho a la integridad (artículo 5, en lo que atañe a la coacción ilícita sobre individuos detenidos) y del derecho a la libertad (7, en lo atinente a las reglas de la detención y al control judicial sobre ésta).

5. Conviene mencionar que en ese mismo sentido corre la experiencia de otras jurisdicciones, nacionales e internacionales, como han puesto en relieve los estudiosos de la materia. En la Corte Europea hay abundante presencia de cuestiones vinculadas con el debido proceso, con gran acento en la vertiente penal. Oscar Schiappa-Pietra observa que el artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)— precepto que establece las normas primordiales del debido proceso— “es el que ha merecido mayor número de casos (ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos), en comparación con todos los demás derechos reconocidos por la CEDH” (“Notas sobre el debido proceso en el marco del sistema regional europeo para la protección de los derechos humanos”, en Novak, Fabián, y Mantilla, Julissa, *Las garantías del debido proceso. Materiales de enseñanza*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Estudios Internacionales/Embajada Real de los Países Bajos, Lima, 1996, p. 145).
6. Algunos analistas nacionales destacan la frecuencia de casos planteados ante la Corte Europea sobre puntos del enjuiciamiento, como también la de asuntos conocidos por la jurisdicción nacional a partir del artículo 6° de la Convención de 1950, relativo a la materia que ahora nos ocupa (*Cfr.*, sólo por vía de ejemplo, Dupré, Catherine, “France”, en Blackburn & Polakiewicz, *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*. Oxford University Press, Great Britain, 2001, p. 325, y en lo que respecta a Italia, con énfasis en los problemas del “plazo razonable”, Meriggiola, Enzo, “Italy”, en *idem*, pp. 487-488 y 501. Acerca de España, Guillermo Escobar Roca obser-

va que el artículo 6 es el precepto de la Convención más frecuentemente invocado ante la Corte Constitucional de este país. *Cfr.* “Spain”, en *idem*, p. 817. Las violaciones del plazo razonable y del derecho de defensa son constantemente invocadas, en materia procesal penal, ante la Corte Europea, así como los problemas que suscita el derecho a un tribunal independiente e imparcial. *Cfr.* Delmas-Marty, Mireille, “Introducción”, en Delmas-Marty (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, trad. Pablo Morénilla Allard, Ed. Eijus, Zaragoza (España), 2000, p. 33).

7. En lo que respecta a los extremos del debido proceso —en sentido amplio, como he dicho— abarcados por la jurisprudencia de la Corte, es necesario mencionar que ésta ya ha elaborado una útil doctrina jurisprudencial acerca de puntos tales como: tribunal independiente e imparcial, tribunal competente (temas, ambos, que pueden ser atraídos como elementos o, quizás mejor, como presupuestos del debido proceso), jurisdicción militar (capítulo relevante de los temas anteriores), presunción de inocencia, igualdad ante la ley, defensa, principio de contradicción, publicidad, detención, prisión preventiva (condiciones y características), investigación, admisibilidad y valoración de la prueba, plazo razonable (para la prisión preventiva y para el proceso), recursos, nuevo proceso (cosa juzgada y *ne bis in idem*), ejecución de sentencia, aspectos específicos del enjuiciamiento de menores de edad que incurrir en conductas penalmente típicas, etcétera.

II. COMUNICACIÓN DEL MOTIVO DE LA DETENCIÓN

8. La sentencia dictada por la Corte en el *Caso López Álvarez vs. Honduras* (1 de febrero de 2006) se concentra en puntos del debido proceso, aun cuando también trae a cuentas algunos temas novedosos que anteriormente no había abordado la Corte Interamericana, como ocurre con la violación de la libertad de (pensamiento y) expresión a propósito del uso de la lengua garífuna por la víctima mientras permaneció en prisión, punto que posee entidad propia y autónoma, y también reviste interés específico en la circunstancia de la aplicación de medidas privativas de libertad, como *infra* mencionaré.
9. La *fijación del tema del procedimiento* —deliberadamente utilizo esta expresión; adelante me referiré al proceso, propiamente—, es decir, la precisión y el razonable acreditamiento de los elementos que explican y legitiman una actuación del Estado que incide profundamente en los derechos y las libertades de una persona, constituye una cuestión central en esta materia. No sólo justifica intervenciones que de otra manera serían absolutamente ilegítimas (p. ej., injerencias en la libertad, la seguridad, la propiedad), y establece la frontera entre

el derecho y sus limitaciones indispensables (bajo los términos tradicionalmente reconocidos y enérgicamente acotados que aportan, entre otros instrumentos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —artículo XXVIII— y la Convención Americana —artículos 27 y 29 a 32—), sino también plantea la base racional y necesaria (aunque no suficiente, por sí misma) para que el individuo (a título de indiciado o inculpado, en su hora) pueda enfrentar esas intervenciones, que se producen en diferentes etapas, bajo distintas denominaciones y con diversas consecuencias, invariablemente restrictivas del ejercicio de derechos y libertades.

10. Es inexcusable que quien se ve afectado por la actividad persecutoria del Estado conozca oportunamente el motivo (y el significado, con sus posibles repercusiones) de ésta, para que la enfrente adecuadamente a través de actos de defensa, normalmente orientados en el sentido que derive del conocimiento de ese motivo. Utilizo esta última palabra, que no emplea la Convención Americana, para fijar el alcance que, en mi concepto, poseen las expresiones “razones de su detención” y “cargo o cargos formulados”, que utiliza el artículo 7.4 del Pacto de San José.
11. En esencia, la norma internacional se refiere a información bastante para acreditar la legitimidad de la actuación estatal (administrativa o judicial, en sus momentos) y brindar la posibilidad de defensa oportuna y adecuada. No debiera entenderse que este deber del Estado y este derecho del individuo se satisfacen con la referencia a disposiciones de ordenamientos penales, que pudieran ser insuficientes o ininteligibles para el sujeto. Es preciso que éste reciba información sobre los hechos que se le atribuyen (a título de motivos de la actuación estatal). En cierto modo, esta exigencia del Derecho (nacional e internacional) de los derechos humanos, acude a corregir la hipótesis —irreal e inequitativa— que supone, a través de una antigua y combatida presunción, que todas las personas conocen la ley y se hallan inmediatamente al tanto de que la han observado o infringido.
12. La *Sentencia* que ahora comento distingue como es debido hacerlo, con apoyo en la Convención Americana, entre la detención que se presenta en cumplimiento de orden judicial —que supone previos actos del procedimiento— y la que ocurre en situación de flagrancia. Ambos extremos son admisibles, aunque cada uno se halle gobernado por reglas propias. Conforme a su significado gramatical, la flagrancia genera un estado de notoriedad o evidencia que parece ahorrar el cumplimiento de otros deberes: entre ellos, la información sobre los motivos de la intervención del Estado en la libertad del individuo. Me parece que esta conclusión es errónea. El objetivo garantista de la norma contenida en el artículo 7.4 (justificación para la conducta

del Estado y defensa para el individuo) se atiende mejor si se cumple la obligación de informar sin someterla a distinciones o deliberaciones que no tienen fundamento en el precepto ni se hallan necesariamente soportadas por la realidad.

13. La flagrancia —concepto que, por lo demás, no tiene alcance uniforme en todas las legislaciones ni caracterización única y pacífica en la doctrina y la jurisprudencia— que se presenta en un caso puede bastar a criterio de quien practica la detención, pero resultar insuficiente para quien la sufre. El intérprete de la norma, que procura hallar su mejor —y siempre juicioso— alcance, ponderando las repercusiones y aplicaciones de cada posible interpretación, debe dar a aquélla el significado que permita alcanzar, en la totalidad o por lo menos en la gran mayoría de los casos, habida cuenta de las condiciones de la realidad, el fin que se persigue. Piénsese, además, que la información sobre el motivo de la detención no solamente da noticia de que el agente del Estado considera que se han presentado determinados hechos, sino también manifiesta implícitamente que éstos son ilícitos o reprochables, consideraciones, todas ellas, que atañen a la justificación del Estado y a la defensa del individuo.
14. Esta decisión de la Corte significa un cambio de criterio con respecto al sustentado en la *Sentencia del Caso Acosta Calderón* (Sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C, No. 129, párr. 73), en la que este Tribunal sostuvo que cuando hay flagrancia no es necesario informar al detenido sobre las razones de su detención. Celebro este cambio de criterio por parte de la Corte. Lo celebro por partida doble: porque estimo que un tribunal debe ser sensible a la necesidad de modificar sus opiniones cuando considera que existe fundamento para ello, y porque en la especie creo plenamente justificada esa modificación. Por lo demás, en este caso no se planteó siquiera —que sería un planteamiento válido, para motivar la reflexión— que hubiese razones extraordinarias para que los agentes que practicaron la detención se abstuvieran de dar al detenido la información que ordena el artículo 7.4 del Pacto.

III. LA MATERIA DEL PROCEDIMIENTO

15. La *Sentencia del Caso López Álvarez* también se ha ocupado en la *materia del procedimiento* —y, en su momento, del proceso, como se ve en este caso—, que constituye la razón de fondo para que el Estado haga lo que está haciendo: restringir derechos y libertades y actuar, a través de sus autoridades, en forma que pudiera desembocar en mayores restricciones o privaciones, cuya justificación debe hallarse siempre claramente establecida. Esta consideración obliga a precisar con adecuados medios de prueba —esto es, admisibles, suficientes y per-

- suasivos— la existencia del cuerpo del delito, conforme a los ordenamientos que así lo mencionen, o de los elementos contenidos en el tipo penal, de cuya comprobación depende, primero, el enjuiciamiento mismo (aunque en ese momento no se exija comprobación plena), y luego, la sentencia (que se instala sobre una prueba convincente, por encima de la duda razonable).
16. La determinación sobre la naturaleza de la sustancia cuya posesión se atribuyó al inculpado constituye el eje de la persecución penal, conforme al tipo utilizado para la incriminación y el desarrollo del proceso, que sustentaría, en su hora, una sentencia de condena. Consecuentemente, el mayor peso probatorio debe dirigirse hacia ese punto desde el primer momento. Y el Estado, que ha de justificar paso a paso la legitimidad de su intervención penal, debe contar con elementos de juicio suficientes y constantes para este fin y mantenerse alerta al posible desvanecimiento de esos datos, que determinaría la cesación del procedimiento. Es notorio que esto no ocurrió en la especie, como lo es que se planteó una situación de duda grave —más allá de la incertidumbre que pudiera ser natural en el curso del enjuiciamiento, destinado a disiparla— y que la autoridad que debió enfrentarla y resolverla no lo hizo de manera inmediata y suficiente.
17. Bien que la detención se funde en un buen motivo aparente, según se observan los hechos en el momento en el que aquélla ocurre, e inclusive cuando se inicia el proceso, pero no que la privación de libertad se prolongue cuando el buen motivo aparente ha cesado y tal circunstancia queda a la vista de la autoridad llamada a resolver en definitiva. Es indispensable que exista y opere un medio jurisdiccional para que cese una situación que ya no tiene sustento y, por lo tanto, legitimidad. Nada justifica prolongar una detención, así como el proceso mismo, cuando han dejado de existir los datos que explican una y otro a la luz del tipo penal. Con ello queda mal parada la presunción de inocencia, e inclusive la legalidad misma del enjuiciamiento. Por supuesto, el Tribunal internacional no puede relevar al nacional en la valoración de la prueba, pero tampoco puede ver con indiferencia la falta absoluta y prolongada de prueba suficiente y la ausencia de valoración oportuna sobre este hecho, cuyas características fueron reconocida por la propia jurisdicción interna.

IV. PRISIÓN PREVENTIVA

18. Una vez más nos hallamos ante el problema de la *prisión preventiva*, es decir, de la más severa de las medidas cautelares que hasta hoy conserva el enjuiciamiento penal, en tanto entraña una restricción profunda de la libertad, con muy importantes consecuencias. Solemos

afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad —aunque ésta tropiece con el tecnicismo— la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. Inclusive, en no pocas ocasiones —el *Caso López Álvarez* es muestra de ello, ciertamente no única— la reclusión preventiva se prolonga tanto o más que una reclusión punitiva. Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva.

19. En mi concepto —arraigado en una tradición de opiniones altamente desfavorable, o en todo caso fuertemente crítica de la prisión preventiva— la privación cautelar de la libertad —“privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad”— debe reducirse en la mayor medida posible. Así lo ha reconocido de manera reiterada y uniforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con explícita adhesión a la idea de que la intervención penal del Estado debe reducirse a lo estrictamente indispensable y sustentarse en consideraciones que prueben su pertinencia y legitimidad. Obviamente, no se trata de auspiciar el delito, sino de preservar los derechos de los ciudadanos, particularmente de quienes se ven privados de libertad sin haber incurrido en ilícito alguno. Esto trae consigo la exigencia de que se halle bien establecido el sustento de la prisión preventiva, las condiciones que la hacen admisible, por ahora, esto es, la necesidad de preservar el proceso y la seguridad de quienes en él intervienen, echando mano de la privación de la libertad cuando no existe otro medio para alcanzar esos objetivos.
20. Así las cosas, es indispensable acreditar que en los casos en que se propone y dispone la privación cautelar de la libertad, ésta resulta verdaderamente necesaria. Para ello cabe invocar diversas referencias, a título de elementos de juicio sujetos a apreciación casuística, puesto que se trata de acreditar que en el caso concreto —y no en abstracto, en hipótesis general— es necesario privar de libertad a un individuo. Fundar la privación en consideraciones generales, sin tomar en cuenta los datos del caso particular, abriría la puerta, en buena lógica —que en realidad sería mala lógica—, a someter a las personas a restricciones y privaciones de todo género y de manera automática, sin acreditar que son pertinentes en el supuesto particular que se halla a consideración de la autoridad.

21. De ahí la impertinencia, en mi concepto, de exclusiones absolutas, mecánicas, como también de inclusiones de la misma naturaleza. Es preciso valorar cada caso, a partir de un concepto rector: la prisión preventiva, que claramente milita contra la presunción de inocencia, debe revestir carácter excepcional y hallarse estrictamente supeditada a la obtención de los fines procesales y asegurativos que anteriormente mencioné. Por lo mismo, se debe reducir al mínimo de casos, a la más corta duración, a las menores privaciones conexas al encarcelamiento, a una regla de sistemática revisión de sus fundamentos con el propósito de determinar si subsisten los motivos que anteriormente explicaron la privación de libertad. Asimismo, es preciso que se tome en cuenta la prueba reunida sobre los hechos y la culpabilidad cuando llegue el momento de aplicarla. Si la suficiencia y confiabilidad de la prueba vienen al caso para abrir el proceso, lo mismo debiera ocurrir a propósito de la imposición de medidas cautelares.
22. Fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito (que se dice) cometido, en el reproche que (eventualmente) merece el (supuesto) autor y en la pena (que sería) aplicable, sin considerar —porque la propia ley elimina la posibilidad de hacerlo— otros datos que permitan valorar su procedencia en concreto, para el debido amparo, también en concreto, de los fines que la legitiman, contraviene flagrantemente la presunción de inocencia, implica un (pre)juicio anticipado a la sentencia (a la que se confiere, mucho antes de que se pronuncie, carácter condenatorio) y adelanta manifiestamente la imposición de la pena. Con ello deviene arbitraria, aunque sea legal.
23. En la operación de la prisión preventiva, como de otras medidas cautelares, entran en juego dos principios contrapuestos, que es posible denominar “prejuicio legal”, en un extremo, y “responsabilidad judicial”, en el otro. Hablo de prejuicio legal en el sentido de juicio genérico y abstracto, pero vinculante, previo al juicio específico y concreto sobre el problema sujeto a consideración judicial, que así resulta vinculado o excluido. Aquello es lo que sucede cuando la ley impide de plano la libertad procesal del inculpado mientras se realiza el proceso, sustrayendo inexorablemente este juicio a la potestad del magistrado.
24. Es obvio que no se trata aquí de relevar el régimen de legalidad por uno de discrecionalidad, como ocurriría si decayera la fórmula *nulla poena sine lege* en aras del arbitrio judicial. En este supuesto, la punibilidad se halla legalmente prevista y corresponde al juez, con fundamento en los resultados del proceso, disponer que se aplique. En el caso de las medidas cautelares —a la cabeza, la prisión preventiva—, también compete a la ley, no al juzgador, prever la existencia de la medida, pero sólo debiera corresponder al segundo, amparado en el

acervo de datos que tiene a la mano y considerando los fines que se pretende alcanzar con la medida —y que, por ende, legitiman su aplicación—, aplicar ésta.

V. DECLARACIÓN DEL INCUPLADO

25. También se ha considerado en la *Sentencia* del *Caso López Álvarez* un tema procesal examinado anteriormente y acerca del cual existe pronunciamiento de la Corte: las *garantías para la emisión de la primera declaración* del inculcado —que pueden suscitarse en posteriores declaraciones, pero poseen especial importancia en esa oportunidad—, habida cuenta de que ésta puede resultar decisiva, más allá de suposiciones o —nuevamente— tecnicismos para el destino del proceso y la suerte del inculcado. La construcción del sistema de garantías que vienen al caso en este punto corresponde a una revisión de la situación y el papel del inculcado en el procedimiento penal —antes, pues, que en el proceso—, en contraste con la situación y el papel de las autoridades que intervienen en éste.
26. Es posible que el inculcado guarde silencio, se abstenga de declarar, manifieste sólo una parte de lo que sabe, y es debido que antes de rendir declaración se halle al tanto de los motivos del procedimiento y tenga oportunidad de designar persona que lo defienda, así como que se pronuncie sin juramento, promesa o protesta de decir verdad. Todo esto adquiere eficacia cuando, llegado el acto de la declaración, el inculcado cuenta con abogado que lo asista —por supuesto, no que lo sustituya en la declaración o altere ésta— y su asesor está presente en el acto de la declaración, de manera que pueda intervenir eficazmente en la protección de los derechos del inculcado, a partir de los primeros que aquí aparecen: saber de qué se trata y guardar silencio. La Corte ha sido explícita al respecto —inclusive cuando se trata de detenidos extranjeros y viene al caso la asistencia consular— y vuelve a serlo en este caso: se vulnera el debido proceso cuando la declaración ocurre sin que el sujeto cuente —o pueda contar, agregaré— con asistencia de defensor. De lo contrario, quedaría profundamente comprometida la defensa del inculcado precisamente cuando es necesario que se ejerza con mayor reflexión, cautela, garantía.

VI. PLAZO RAZONABLE

27. El *plazo razonable* —referencia temporal de enorme importancia para los actos del proceso y para éste en su conjunto—, que interesa constantemente a la jurisprudencia sobre derechos humanos —europea y americana—, volvió a la consideración de la Corte, como antes ha

sucedido con frecuencia, en el caso al que se refiere esta *Sentencia*. En la Convención Americana hay por lo menos tres menciones imperiosas y explícitas a este respecto, con supuestos y expresiones propios: primero, toda persona detenida o retenida “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un *plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” (artículo 7.5, que se refiere al supuesto de detención y/o prisión preventiva, bajo el rubro genérico “Derecho a la libertad personal”); segundo, toda persona “tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable*”, por el tribunal correspondiente “en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella” o para la determinación de sus derechos y obligaciones en otros órdenes (artículo 8.1, que alude al proceso total, hasta que se emite sentencia de fondo, bajo el epígrafe “Garantías judiciales”); y tercero, “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y *rápido*” que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (artículo 25.1, relativo a “Protección judicial”).

28. No obstante la diversidad de las situaciones contempladas en cada caso, diversidad que no pretendo discutir en este momento, las tres disposiciones de la Convención obedecen a un mismo proyecto defensor de los derechos del individuo: oportunidad de la tutela, que corre el riesgo de ser inútil, ineficaz, ilusoria, si no llega a tiempo, en la inteligencia de que “llegar a tiempo” significa operar con máxima eficacia en la protección y mínima afectación de los derechos del individuo, prontitud que no es atropellamiento, irreflexión, ligereza. Esas estipulaciones acogen la preocupación que preside el aforismo “justicia retardada es justicia denegada”.
29. Los hechos examinados en la *Sentencia* que ahora comento encierran transgresiones al plazo razonable en la detención (que conciernen al artículo 7.5) y en el desarrollo del proceso (que atañen al artículo 8.1). Por lo que toca a este último asunto, la Corte ha traído a colación, una vez más, el criterio que acogió desde hace tiempo, tomado de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para el examen sobre la razonabilidad del plazo —complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta de las autoridades judiciales—, sin perder de vista que no es posible desconocer las particularidades que cada caso puede ofrecer ni fijar “calendarios” terminantes para la solución universal de todos. Acaso sería posible y aconsejable explorar un cuarto elemento, como lo inicio *infra*, a partir de la *afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo*. También se planteó el Tribunal el *dies a quo* del plazo razonable en función del *acto a partir del cual debe apreciarse el tiempo transcurrido*, que no es propia-

- mente un plazo, porque éste supone ordinariamente la determinación de un tiempo cierto y/o la fijación de períodos —con punto de partida y punto de llegada— para la realización de determinada diligencia o el cambio de una situación.
30. Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”— debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes.
 31. Asimismo, será preciso considerar el número de relaciones que concurren en el litigio: a menudo no se trata de una sola, sino de múltiples relaciones que acuden a la controversia y que es preciso explorar, desentrañar. Igualmente es preciso tomar en cuenta el número de participantes en las relaciones materiales y en la tramitación procesal, con sus respectivas posiciones, sus derechos, sus intereses llevados a juicio, sus razonamientos y expectativas. Y habrá que considerar las condiciones en las que se analiza la causa, que pueden hallarse bajo presión de contingencias de diverso género, desde naturales hasta sociales.
 32. La actividad del interesado puede ser determinante de la pronta o demorada atención del conflicto. Me refiero a la actividad en el procedimiento, y en este sentido, a una actividad procesal, pero también habría que considerar la actividad —o mejor todavía, la conducta: activa u omisiva— en otros campos, si trasciende al proceso o influye en éste. Puede suceder que el individuo, en aras de defender sus derechos, haga uso de un amplio conjunto de instrumentos y oportunidades que la ley pone a su disposición, bajo forma de recursos o de otras figuras, que alejan el momento de la resolución de fondo. Es preciso estar en guardia frente a la pretensión de que el individuo prescinda de actos de defensa en bien de la celeridad o conforme a criterios de supuesta racionalidad, a juicio de observadores distantes o comprometidos. El tribunal habrá de distinguir con prudencia entre las acciones y las omisiones del litigante que tienen como objetivo la defensa —bien o mal informada— y aquellas otras que sólo sirven a la demora.

33. En cuanto al comportamiento del tribunal —pero sería mejor hablar, genéricamente, del comportamiento de las autoridades, porque no sólo aquél opera en nombre del Estado—, es necesario deslindar entre la actividad ejercida con reflexión y cautela justificables, y la desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud, exceso ritual. ¿Cuáles son el posible desempeño y el rendimiento de un tribunal (o, más ampliamente, de una autoridad) aplicado seriamente a la solución de los conflictos que se le someten, y el de uno que distrae su energía mientras los justiciables aguardan pronunciamientos que no llegan?
34. En este campo vienen a cuentas la insuficiencia de los tribunales, la complejidad del régimen procedimental envejecido, la abrumadora carga de trabajo, incluso con respecto a tribunales que realizan un serio esfuerzo de productividad. Es necesario conocer estos datos de la realidad, pero ninguno de ellos debiera gravitar sobre los derechos del individuo y ponerse en la cuenta desfavorable de éste. El exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable, que no es una ecuación nacional entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto. Todas aquellas carencias se traducen en obstáculos, desde severos hasta irremontables, para el acceso a la justicia. ¿Dejará de ser violatoria de derechos la imposibilidad de acceder a la justicia porque los tribunales se hallan saturados de asuntos o menudean los asuetos judiciales?
35. Ahora bien, parece posible que la complejidad del tema que motiva el procedimiento, la conducta del interesado —en la especie, el inculpado— y la actuación de la autoridad no basten para proveer una conclusión convincente sobre la indebida demora, que vulnera o pone en grave peligro el bien jurídico del sujeto. De ahí la pertinencia, a mi juicio, de explorar otros elementos que complementen, no sustituyan, a aquéllos para la determinación de un hecho —la violación del plazo razonable— acerca del cual no existen acotaciones cuantitativas universalmente aplicables.
36. Me referí, como posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable, a lo que denominé “*afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo*”. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo —“plazo razonable”— se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota.

37. Me percaté de que estos conceptos no tienen la precisión que se quisiera, como tampoco la tienen los otros aportados para el análisis de la razonabilidad del plazo: complejidad del asunto, comportamiento del interesado, conducta del juzgador. Ciertamente se trata de datos sujetos a examen razonado; referencias que han de valorarse en conjunto, dentro de determinada circunstancia, que no es la misma para todos los casos. De ese conjunto se desprenderá la razonabilidad del plazo y en él se apoyará la apreciación del Tribunal, por fuerza casuística, sobre el exceso en que se ha incurrido y la violación que se ha cometido.
38. ¿A partir de qué acto corre el plazo y se analiza, por lo tanto, la razonabilidad del tiempo que transcurre para resolver sobre una detención o decidir una controversia? La precisión a este respecto es indispensable cuando nos encontramos a la vista de regímenes jurídicos diferentes, con estructuras judiciales y procesales distintas, que se hallan igualmente sujetas a las disposiciones convencionales y deben aplicar el criterio del plazo razonable. En mi concepto, lo que pretende el orden internacional de los derechos humanos es que la afectación de los derechos de la persona, por acción o abstención del Estado, no se prolongue injustificadamente hasta generar condiciones de injusticia, inequidad o inseguridad jurídica. La solución de este problema reclama precisiones que debe suministrar la jurisprudencia y que resulten aprovechables en diversos sistemas procesales.
39. No ofrece problemas mayores la determinación del acto —y por lo tanto del momento para iniciar la apreciación del plazo— cuando se trata del período de detención. Evidentemente, la cuenta comienza cuando principia la detención, a raíz de la captura del individuo; una captura legítima, se entiende, conforme a las reglas de la flagrancia o al amparo de la orden judicial de aprehensión, porque en el caso de la captura ilegal o arbitraria no se puede plantear siquiera la cuestión del plazo razonable. En el asunto *sub judice*, el momento de detención de la víctima establece el *dies a quo*. Los problemas pueden aparecer, en cambio, cuando se quiere precisar —exista o no privación de libertad— el acto a partir del cual debe apreciarse el transcurso del tiempo para la conclusión del proceso en los términos del artículo 8.1 de la Convención. Tampoco aquí hubo cuestión por lo que respecta al *Caso López Álvarez*: dado que se detuvo a éste en situación de flagrancia, no había —o no se contó con prueba de que hubiera— afectación o riesgo de afectación previa de sus derechos, que ya constituyera injerencia del Estado en el ámbito de éstos.
40. Se ha dicho que el plazo razonable para fines del proceso corre a partir de la detención del sujeto. Esta afirmación es inaplicable a los casos, que no son pocos, en que la detención ocurre al cabo de mucho

tiempo dedicado y muchas diligencias realizadas en averiguación de delitos y en contra del sujeto al que luego se detendrá. También se afirma que ese plazo inicia cuando el juez se hace cargo de la investigación. Esta regla, que pudiera bastar en sistemas que encomiendan la instrucción al juzgador, no es adecuada para aquellos en que la investigación queda en manos del Ministerio Público y sólo llega al tribunal mucho tiempo después. Se manifiesta, por otra parte, que el plazo puede correr desde el acto de acusación formal por parte del Ministerio Público. Es obvio que esto tiene diverso sentido y distinto alcance en los diferentes sistemas procesales: en uno, la acusación (o un acto al que es posible asignar, por sus características materiales, ese carácter y contenido) se presenta casi inmediatamente; en otro, puede presentarse cuando ha avanzado la actividad persecutoria del Estado. Igualmente se ha señalado que el multicitado plazo comienza cuando se emite auto de procesamiento (con las diversas denominaciones que se otorgan a la resolución que declara la apertura del proceso, una vez cumplidos ciertos supuestos persecutorios). Es claro que al no existir unanimidad de regímenes en torno a esta materia, tampoco podría quedar sujeto el plazo razonable a una referencia que no tiene características uniformes e invariables.

41. La Corte Interamericana ha sostenido anteriormente que el plazo comienza, en materia penal, en la fecha de aprehensión del individuo (*Cfr. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 2 de noviembre de 1997. Serie C, No. 35, párr. 70; Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, No. 114, párr. 168, y Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C, No. 129, párr. 104*), y que cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un procedimiento penal, se debe contar el plazo a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del asunto (*Caso Tibi*, cit., párr. 168).
42. En la *Sentencia* a la que agregó este *Voto*, la Corte avanza en la consideración del tema. El avance implica, a mi juicio, un reconocimiento de que las soluciones anteriores debían ser desarrolladas de manera que atendiera los problemas que pueden presentarse en este campo y tomaran en cuenta los diversos sistemas procesales. Así, el Tribunal consideró que “el plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito” (párr. 129), que tiene relevancia o reviste intensidad en la afectación de derechos del sujeto, sea porque los limite o comprometa activamente (como sucede en el caso del inculpado), sea porque

los ignore o difiera de manera inaceptable (como ocurre en el supuesto del ofendido). Por supuesto, la valoración de estos extremos debe realizarse en la circunstancia del caso concreto, con análisis y razonamiento adecuados.

43. Existe aquí, pues, una expansión apreciable sobre el inicio del tiempo a considerar para apreciar la razonabilidad del plazo: no la aprehensión, que ni siquiera es aplicable en todos los casos; tampoco la acusación del Ministerio Público o la resolución judicial de procesamiento, que pueden ocurrir bien avanzada la persecución; ni la apertura formal del proceso (plenario), que igualmente llega cuando se han realizado, acaso por mucho tiempo, actos que inciden en el ámbito de los derechos individuales. Lo que es preciso considerar, en suma, es *aquel acto dentro de la actuación persecutoria del Estado —que tiene diversas manifestaciones y radicaciones antes de llegar, si llega, al formal proceso— ya dirigido en contra de determinado sujeto, conforme a las prevenciones del Derecho interno, que por ello significa afectación de los derechos de éste*: afectación que no debe prolongarse excesivamente en el itinerario que conduce a la decisión correspondiente: la sentencia firme —como también se indica en este caso— que pone término al proceso y resuelve, irrevocablemente, la situación del imputado. Esto último no estorba, sin embargo, la operación de recursos extraordinarios para beneficio del imputado.
44. Como se advierte, el acto de referencia para establecer el *dies a quo* del plazo razonable —o, más bien, del tiempo razonable— no se halla necesariamente recogido en un proceso penal, que acaso no ha comenzado cuando la afectación se presenta. De ahí que la Corte optara por hablar, más extensamente, de procedimiento, sin ingresar en la distinción entre proceso y procedimiento, cuestión interesante desde la perspectiva técnica, que no debiera interferir la tutela eficaz de los derechos humanos. Los términos empleados por la Corte, que ciertamente podrá volver sobre ellos si fuese necesario incluir mayores precisiones, permiten al observador, al intérprete, al agente de la ley, al defensor de los derechos, saber cuál es el alcance del artículo 8.1 de la Convención en cuanto a la garantía de plazo razonable.

VII. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

45. En el inicio de este *Voto* mencioné también un tema de la *Sentencia* que no se refiere directamente al debido proceso: libertad de (pensamiento y) expresión, conforme al artículo 13, afectada en el presente caso porque se prohibió a la víctima el empleo de la lengua del grupo social al que pertenece, el garífuna, mientras estuvo en prisión. Esta violación, en concepto de la Corte, toca igualmente el artículo 24 de

- la Convención —“Igualdad ante la ley”— en conexión con el artículo 1.1, es decir, entraña un acto de discriminación que transgrede esos preceptos del Pacto de San José o que concurre a caracterizar la violación declarada con respecto al artículo 13.
46. En este extremo, el empleo de una lengua tiene múltiple alcance: por una parte, aquélla es el medio por el cual se ejerce el derecho a la expresión del pensamiento, instrumento indispensable de éste, por diversas vías; por la otra, constituye un dato específico de la identidad cultural de la víctima, tomando en cuenta que se trata de la lengua correspondiente al grupo al que aquélla pertenece, que constituye una minoría, con presencia cultural propia, en la sociedad nacional hondureña; y finalmente, la prohibición ocurre en el interior de una prisión y afecta a un número más o menos amplio de detenidos —y desde luego a la víctima en este caso—, que se hallan en situación especial de vulnerabilidad y con respecto a los cuales se debe ejercer el papel especial de garante que incumbe al Estado, dada la relación característica de éste con las personas que se hallan sujetas *de jure* y *de facto*, en forma sumamente amplia, a su poder de control.
47. La libertad de expresión garantizada por el artículo 13 de la Convención tiene ciertos límites, que el mismo Pacto autoriza (párrafos 2 a 5); ninguno de ellos se vio alcanzado por la conducta del detenido al que se prohibió el empleo de su idioma en prisión. Tampoco vinieron al caso las restricciones o los límites derivados del artículo 32 de la Convención. Si se hubiese presentado alguna hipótesis que justificara, aparentemente, la prohibición impuesta, habría correspondido al Estado acreditar en qué forma el empleo del garífuna en el interior del reclusorio podía entrañar problemas de seguridad nacional, orden público, salud, moral, derechos de terceros o bien común. El mero enunciado de estos conceptos pone de manifiesto la improcedencia de la prohibición establecida. Sobra decir, pero lo mencionaré, que estamos aludiendo a un idioma establecido en un grupo social, no a una clave de voces empleada por infractores de la ley para engañar o distraer a los agentes del Estado.
48. Además, el garífuna constituye un dato de identidad personal y colectiva. Es un elemento de la cultura característica de cierto grupo dentro de la sociedad hondureña. Los integrantes de aquél tienen derecho a su propia identidad, que informa sus valores individuales y colectivos, orienta su trayectoria vital, sus opciones personales y sociales. Es obligación del Estado reconocer esta singularidad —que deviene intocable, dentro de la generalidad nacional— y ofrecerle medidas de respeto y garantía. El principio de igualdad y no discriminación, consagrado por el artículo 1.1, y la igualdad ante la ley,

- prevista por el artículo 24, implican que todas las personas sujetas a la jurisdicción de cierto Estado puedan disfrutar de la protección que requieren para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos. Esto entraña diversas opciones personales válidas, que no se hallan sujetas a la valoración o discreción de los agentes del Estado, en tanto no se presenten los factores de restricción o limitación a los que antes me referí.
49. Es posible que el conocedor de esta lengua —como de otras, en diversos medios— sea también poseedor de idiomas diferentes o se halle en condiciones de aprenderlos. Sin embargo, de aquí no se deduce que los agentes del Estado estén facultados para imponer el uso de un idioma distinto del que desea emplear el individuo en su comunicación con otros sujetos. Otra cosa es que se trate de realizar actos jurídicos que es preciso recoger en el idioma oficialmente aceptado para estos efectos (supuesto en el que también puede proveerse la intervención de intérprete o traductor), pero en el caso *sub judice* no se planteó esta cuestión en ningún momento.
50. Además, el régimen de detención pone en movimiento relaciones específicas entre el Estado, que se encuentra a cargo de los detenidos, y éstos, que están subordinados al poder público en condiciones particularmente intensas y extensas. De ahí que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana se haya ponderado la situación de garante —con rasgos especiales— que corresponde al Estado como custodio de detenidos o ejecutor de penas privativas de la libertad y, en general, como controlador de la conducta de quienes están sujetos inmediata y constantemente a su autoridad y supervisión, y no pueden tomar y ejecutar por sí mismos numerosas decisiones, que serían comunes en circunstancias ordinarias.
51. La privación cautelar o penal de la libertad personal trae consigo restricciones severas, inherentes a la detención misma, que deben limitarse a su mínima expresión inevitable, y no deben acarrear la reducción o supresión de otros derechos, cuya restricción no es consecuencia necesaria de la privación de libertad. Tal es el caso del empleo del idioma propio, conforme a la selección que a este respecto haga el titular del derecho de expresión. La condición de garante que ostenta el Estado supone, desde una perspectiva, que existe el poder de ordenar, supervisar, controlar; y desde otra, que existe la obligación de asegurar el buen curso de los derechos que no se hallan sujetos a restricción o condición.

CASO COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY,
del 29 de marzo de 2006

I. CUESTIONES PROCESALES:

PROCEDIMIENTOS EFECTIVOS Y PLAZO RAZONABLE

1. En el caso que ahora nos ocupa quedan de manifiesto nuevamente —como ha sucedido en otros litigios llevados ante la Corte, que dieron lugar a una jurisprudencia cada vez más amplia y comprensiva— los problemas asociados a la tutela efectiva —jurisdiccional o no— de los derechos individuales, esto es, visto desde cierta perspectiva, al acceso a la justicia. Ha dicho Mauro Cappelletti que el acceso a la justicia constituye el “más fundamental de los derechos”, como recordé el 28 de marzo de 2006 en mi discurso de inicio del XXVII Período Extraordinario de Sesiones desarrollado en Brasilia, en el que la Corte Interamericana deliberó acerca del *Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxaxa vs. Paraguay* y adoptó la sentencia que acompaño con este *Voto*.
2. Ciertamente, esa expresión feliz del jurista italiano no coloca el acceso a la justicia, un derecho de todas las personas, por encima del derecho a la vida, condición para que existan los restantes, sino lo destaca como exigencia para que los otros sean practicables cuando se hallan en riesgo, se les desconoce o son atacados, es decir, para que se trasladen del aura de las buenas declaraciones a la inmediata realidad de la existencia. Por la puerta que brinda acceso a la justicia discurre la defensa de todos los derechos: he aquí un supuesto del goce y el ejercicio, requisito de vitalidad, si se me permite la expresión, de facultades, libertades y prerrogativas.
3. El acceso a la justicia suele tropezar con infinidad de obstáculos. Unos tienen que ver con la existencia misma de medios legales para reclamar el interés o el derecho y exigir la obligación correspondiente; otros, con la legitimación para emprender este camino; algunos —vinculados con los anteriores— con la representación en juicio; no pocos, con las condiciones, exigencias y laberintos del proceso; y más de algunos con la duración inmoderada del enjuiciamiento —o más ampliamente— del procedimiento conducente al goce y ejercicio del derecho cuestionado, duración que puede convertirse en denegación de justicia. Lo asegura un popular aforismo: “justicia retardada es justicia denegada”.
4. Esas vicisitudes, producto de muchas fuentes —no siempre de la malicia— suelen presentarse con especial frecuencia y virulencia en el camino que deben recorrer los individuos menos provistos de apoyo y fortuna, integrantes de sectores sociales marginados, cuyo conoci-

- miento de los propios derechos y capacidad para reclamarlos son a menudo escasos y se hallan enervados por factores que provienen de antiguas y persistentes desigualdades. La imposibilidad de acceder a la justicia constituye, precisamente, un rasgo característico de la desigualdad y la marginación. Es aquí donde se advierte con toda evidencia la necesidad de que el Estado —el Estado benefactor de quienes no podrían avanzar con sus propios medios— salga al paso de obstáculos y desigualdades, empleando medios de compensación, materiales y formales, que abran las puertas de la justicia. No se trata de que el Estado mueva a capricho los platillos de la balanza, sino de que cuide que los haya efectivamente y que ninguno de ellos se incline de antemano.
5. Las reivindicaciones de pueblos, comunidades y grupos indígenas, así como las correspondientes a integrantes de éstas, son un buen ejemplo —o, de otra manera, un pésimo ejemplo— de la tardanza en hacer justicia. No se exagera cuando se afirma —hay abundancia de pruebas— que en estos casos la espera ha consumido siglos: primero, la que corresponde al reconocimiento mismo de que “pudiera existir un derecho en el patrimonio de los antiguos pobladores”, pese al derecho superpuesto por nuevos dominadores que desconoce las pretensiones originales; y después, cuando aquello se logra —al cabo de un trabajo histórico—, la que concierne al “reconocimiento concreto de que ese derecho se halla en la cuenta de ciertos peticionarios”. Lo primero es una devolución jurídica general, que reorganiza el horizonte del derecho nacional; lo segundo, una restitución jurídica particular, que reconstruye el patrimonio de comunidades e individuos específicamente.
 6. En el caso *sub judice* hubo cuestiones de esta naturaleza. Entre ellas, las demoras observadas en los procesos de reconocimiento de líderes —punto que quedó fuera de la competencia *ratione temporis* de la Corte, como ésta observó puntualmente—, reconocimiento de personalidad jurídica de la comunidad y reivindicación de tierras. Sabemos que no es posible —o no lo ha sido hasta ahora— definir tiempos precisos para la conclusión del procedimiento, esto es, vincular el plazo razonable que enuncia la Convención Americana a cierto tiempo estrictamente acotado. Las características y contingencias de cada caso imponen ponderaciones que es preciso considerar a la hora de declarar la existencia o inexistencia de una violación. No obstante este signo relativo del plazo razonable, en general, se ha avanzado en la precisión de algunos extremos, en particular, para racionalizar y facilitar la decisión del Tribunal.
 7. Por una parte, conviene tomar en cuenta determinados datos, como lo ha hecho la Corte Interamericana siguiendo la ruta trazada por la Europea: complejidad del asunto controvertido, comportamiento de

las autoridades que intervienen en éste, actuación del interesado. En mi reciente *Voto razonado* con respecto a la sentencia dictada en el *Caso López Alvarez vs. Honduras*, del 1 de febrero de 2006, sugerí como posible cuarto elemento para la estimación del plazo razonable la “*afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo*”. Al explicar esta noción incipiente comenté: “Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo —“plazo razonable”— se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota”.

8. Por otra parte, también es necesario establecer, con un criterio tutelar de los derechos fundamentales en juego y no sólo formal con respecto al momento de inicio y término de una instancia procesal, *stricto sensu*, cuáles son los actos con los que inicia y concluye el procedimiento —mejor que el proceso—, para así fijar el *dies a quo* y el *dies ad quem* del plazo sujeto a valoración desde el ángulo de su “razonabilidad” a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana.
9. En mi concepto, todos estos datos entraron en juego para fijar la posición de la Corte con respecto a posibles violaciones del artículo 8 de la Convención, que efectivamente ocurrieron. En la especie, el Tribunal advirtió que el procedimiento legal y otras medidas asociadas a éste resultan, en sí mismas, inefectivas o desatentas hacia las exigencias de ese precepto convencional, como también del artículo 25 —a propósito del recurso expedito para la defensa de derechos fundamentales—, y por ello se pronunció acerca de la necesidad, por vía de reparación en sentido amplio, de ajustar la legislación interna en forma tal que provea un mecanismo eficaz de reclamación y, en su caso, de recuperación de tierras ancestrales de los miembros de los grupos indígenas.

II. DERECHOS SOBRE TIERRAS

10. La afectación de derechos de los integrantes de las comunidades indígenas, que se ha presentado en el marco de la vulneración de derechos de éstas, reviste diversas expresiones históricas, sucesivas o concurrentes, de las que me he ocupado en otras oportunidades. A tal respecto, me remito a lo que afirmé en mi *Voto* agregado a la sentencia dictada en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* el 23 de junio de 2005. En ese *Voto* intenté caracterizar ciertas “categorías” de violaciones —sucesivas o

concurrentes, como dije— cometidas en agravio de aquellas personas. Las más violentas y espectaculares tienen que ver con la eliminación física, categoría a la que pertenecen algunos hechos vinculados con el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Otras se relacionan, sobre todo, con medidas de exclusión del uso o el aprovechamiento de bienes, según ocurrió en los *Casos de la Comunidad Mayagna vs. Nicaragua* y de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*. Finalmente, es posible deslindar hipótesis de “contención” —resistencia al reconocimiento y ejercicio de ciertos derechos— que se presentó en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*.

11. En el asunto que se ha resuelto a través de la sentencia a la que agrego este *Voto*, los miembros de una comunidad indígena se vieron privados de bienes que les habían pertenecido bajo títulos ancestrales. Una vez más, la Corte ha debido observar los derechos comunitarios desde el lente, que autoriza el artículo 1.2 de la Convención Americana, de los derechos correspondientes a seres humanos. De ahí que se refiera a los integrantes o miembros de los grupos indígenas, y no necesariamente a estos mismos. La perspectiva convencional, que constituye el marco para la competencia de la Corte, no significa en modo alguno desconocimiento o reserva frente a derechos colectivos. Más aún, se reconoce —así lo he hecho, desde mi *Voto razonado* en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*— que los derechos individuales, derechos humanos en el sentido del Pacto de San José, tienen origen y adquieren presencia y sentido en el marco de los derechos colectivos. Por ello, la protección de aquéllos constituye, lógicamente, una forma de preservar éstos; la inversa también es válida: la tutela de los derechos colectivos, a través de las normas e instrumentos que a ellos se refieren, concurre a la comprensión y repercute en la preservación de los derechos individuales. Así, no existe conflicto alguno, sino complementariedad estricta, entre estas dos “formas de mirar” el estatuto de las personas.
12. En este *Voto* deseo poner énfasis en la naturaleza del derecho que tienen los integrantes de las comunidades —y, en su turno y para sus efectos, estas mismas— sobre las tierras que legítimamente reclaman: tierras ancestrales, que les corresponden al amparo de títulos anteriores a las formas de apropiación de la tierra que sobrevivieron bajo el imperio de la conquista y la colonia. Es cierto que el Pacto de San José no se refiere explícitamente a esta forma de tenencia de la tierra, pero también lo es, como ya se dijo en el *Caso de la Comunidad Mayagna*, que “mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación res-

- trictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal (...). Este reconocimiento se halla en el ordenamiento de diversos países americanos.
13. Cuando se habla de propiedad a propósito del derecho que tienen los integrantes de comunidades indígenas o las propias comunidades sobre determinadas tierras —a las que asocian, además, tradiciones y convicciones, relaciones espirituales que van más allá de la posesión escueta y el aprovechamiento patrimonial—, se alude a un derecho que no se confunde necesariamente con el dominio pleno característico del derecho civil ordinario. La propiedad de los indígenas es diferente —y así debe ser reconocida y protegida— de esta otra forma de dominio instituida por el derecho europeo de raíz liberal. Más aún, la introducción forzada de los conceptos de propiedad oriundos del Derecho romano y acogidos, con determinadas modalidades, por el Derecho decimonónico que se aclimató en América, determinó un amplio proceso de despojo y dispersión de las comunidades, cuyas consecuencias aún se hallan a la vista.
 14. Los bienes de los grupos indígenas, tenidos y aprovechados bajo su propio Derecho original, fueron ocupados merced a un Derecho impuesto, de segunda generación, ultramarino e indiano. Luego, el orden jurídico de tercera generación, que floreció bajo el liberalismo, desalentó aún más las reclamaciones indígenas, desvaneciéndolas en el pasado. Habría que esperar a un Derecho de cuarta generación —el orden derivado de la reforma agraria y el reconocimiento de los pueblos originales— para rescatar figuras del viejo sistema y traerlas al régimen del presente y el porvenir, sencillamente en aras de la justicia. Las manecillas del reloj debieron avanzar, en poco tiempo —y con resultados relativos—, cuatrocientos años.
 15. A partir de la conquista, pues, los primitivos pobladores de América —que habían sido, además, señores de sus territorios y protagonistas de su propia historia— se ausentaron de ésta y de sus derechos; erraron en sus viejas tierras, transformadas en nuevos señoríos, e invocaron sin fortuna títulos ancestrales frente a voluntades de reciente cuño. Se constituyeron, finalmente, en “extrañados”, y así contemplaron el curso de los siglos, prácticamente sin protagonizarlo. El daño causado a grupos e individuos tuvo muy grandes y graves proporciones. En la entraña de los casos sometidos a la Corte Interamericana late ese fenómeno de exclusión de las antiguas formas de tenencia de la tierra y su relevo por nuevas expresiones de dominio, amparadas con el concepto occidental de propiedad privada.

16. No cuestiono, por fuerza, que se emplee la palabra propiedad para caracterizar los derechos de los indígenas sobre las tierras que les han pertenecido y les pertenecen, a condición de que se entienda que, en la especie, se trata de una “propiedad calificada”, esto es, de una figura de dominio con características propias, que en algunos aspectos coincide con los signos de la propiedad ordinaria, pero en otros difiere radicalmente de ellos. La idea de emparejar la propiedad indígena —es decir, la tenencia indígena de la tierra, sujeta al ordenamiento consuetudinario propio de sus pueblos— con la propiedad civil que también preserva el artículo 21 de la Convención, pudiera culminar en consecuencias altamente desfavorables para los intereses legítimos y los verdaderos derechos de los indígenas. Nada de esto podría prosperar al amparo del Pacto de San José y de su interpretación rigurosa, que la Corte ya ha sentado en el *Caso de la Comunidad Mayagna*.

III. DERECHO A LA VIDA

17. En materia de derecho a la vida —derecho esencial, radical, soporte del conjunto de los derechos y las libertades— la Corte Interamericana ha llevado a cabo un notable desarrollo jurisprudencial. El artículo 4 de la Convención Americana, que se refiere a esta cuestión, pone el mayor énfasis en el combate a la privación arbitraria de la existencia y en las restricciones a la pena de muerte. En ello se concentra la mayoría de los párrafos del precepto. La norma convencional constituye, en este sentido, un escudo de la vida individual frente al desbordamiento del Estado —una conducta activa y a menudo deliberada— invariablemente comprometida por acciones de agentes públicos que vulneran ilícitamente ese derecho o lo afectan legalmente al amparo de normas que disponen la supresión de la existencia a título de pena. Los personajes centrales de aquella disposición son, por lo tanto, la muerte arbitraria y la muerte punitiva.
18. En sentencias notables, la Corte llamó la atención sobre la otra cara del derecho a la vida, que es, contemplada desde distinta perspectiva, el otro rostro de los deberes del Estado: ya no sólo de abstención, que frena el arbitrio o modera el castigo, sino de acción, que crea condiciones para la existencia digna. En este sentido, el derecho a la vida recupera su condición primordial como oportunidad para la elección del destino y el desarrollo de las potencialidades; va más allá de ser derecho a la subsistencia: lo es al desarrollo, que se instala en condiciones propicias. En este marco se instala un solo derecho con doble dimensión, como los rostros de la cabeza de Jano: de una parte, la versión del derecho a la vida como figura de primera generación; de la otra, la versión de ese derecho como exigencia de condiciones que

- confieran practicabilidad y plenitud a la existencia, esto es, una figura entre las consideradas —con una expresión narrativa que ha hecho fortuna— de segunda generación. De esta suerte se establece el binomio “no matarás”-“favorecerás la vida”. Por ambos conceptos queda a resguardo el ser humano, y por ambos queda obligado el Estado.
19. La norma —un dogma del humanismo; uno de los escasos dogmas intachables que permite, e incluso reclama, la sociedad democrática— impone al Estado un trabajo finalista, con signo ético, y acredita la convicción de que la sociedad política fue instituida, como se proclamó al cabo del siglo XVIII, para la protección de los derechos naturales y la felicidad del pueblo. Es así como el Estado se justifica. Esa proclamación, que caló en el constitucionalismo antropocéntrico de los siglos XVIII, XIX y XX, se halla en el eje del Derecho internacional de los derechos humanos y preside texto y espíritu de la Convención Americana.
 20. De aquí proviene la función de garante que incumbe al Estado: en sus manos se depositan poderes para que cumpla deberes —de lo contrario, el poder carecería de sustento ético y de razón jurídica— cuyo objetivo es favorecer, en las mejores condiciones practicables, el desenvolvimiento del ser humano, con respeto a su dignidad y a sus propias decisiones. Por supuesto, el Estado no releva a cada individuo en la conducción de su vida, pero le aporta —o debiera hacerlo— la circunstancia favorable para su desarrollo, lo cual implica una amplia provisión de medios pertinentes. Es aquí donde se elevan numerosos derechos, con sus correspondientes deberes de contrapartida: al trabajo, la educación, la salud, la vivienda, etcétera.
 21. La Corte Interamericana se ha internado, con decisión, en este rumbo. Ha afirmado la exigencia de proveer condiciones de vida digna. Ha exaltado los deberes positivos del Estado, no sólo las obligaciones negativas. Y con ello ha trazado una nueva frontera de los derechos humanos al amparo de la Convención Americana. Este ha sido el criterio firmemente sostenido por la Corte en todas y cada una de sus sentencias recientes. Los argumentos en que se funda se hallan en éstas, ampliamente expuestos. Tal ha sido el caso, para referirme a un ejemplo de muy cercana fecha, de la sentencia dictada en el litigio *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, en la que nuevamente —como una estación más en un camino que no ha variado— afirma el Tribunal los deberes positivos en lo que respecta al derecho a la vida y las consecuencias jurídicas de la inobservancia por parte del Estado.
 22. En el *Caso Yakye Axa*, la Corte se refirió a la violación del derecho reconocido en el artículo 4 de la Convención. Por mayoría de votos consideró, sin embargo, que carecía de elementos probatorios para atribuir

- al Estado responsabilidad por la muerte de diversas personas. Respetable decisión —tan respetable como la opinión discrepante— que no absolvía, sino se detenía ante el lindero que cada caso propone a la honrada reflexión del juzgador: la prueba. En el presente caso, en cambio, la Corte ha considerado unánimemente que existe la prueba necesaria y suficiente para establecer, una vez formada la convicción personal del juzgador, que las circunstancias en que se encontraban las víctimas determinaron la muerte de éstas; que en todos y cada uno de los supuestos mencionados por la sentencia hay elementos suficientemente convincentes —por encima de la duda que un juzgador de buena fe puede enfrentar— para considerar que la salud de las víctimas se quebrantó por la situación que padecían, que ésta fue el producto directo de las condiciones de vida impuestas por los problemas de asentamiento y marginación en que se hallaban, y que finalmente trajeron como consecuencia inequívoca y directa el fallecimiento de aquéllas; que esas circunstancias resultaron particularmente graves en el caso de menores de edad, que estaban —o debieron estar— bajo una tutela especial, más diligente; que el resultado de muerte es atribuible al Estado, no ya por la acción de sus agentes como ha ocurrido en otros casos, sino por la omisión —igualmente reproachable, porque implica incumplimiento de deberes estrictos— en prever ese resultado, perfectamente previsible, y en proveer lo necesario para impedirlo —provisión que se hallaba al alcance del mismo Estado; y que no es razonable desplazar hacia las víctimas la culpa por el resultado, en virtud de que el Estado contaba con los medios, como se ha dicho, para preverlo y evitarlo y tenía la obligación de hacerlo.
23. En suma, la sentencia a la que acompaño este *Voto* ha confirmado los criterios esenciales ya sustentados en los *Casos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *Hermanos Gómez Paquiyauri*, *Instituto de Reeduación del Menor* y *Yakye Axa*. Ha reiterado su interpretación progresiva sobre el alcance del derecho a la vida en los términos del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha insistido en los deberes de conducta activa del Estado —no sólo de abstención— que derivan de ese alcance, ha subrayado la relación ética —no apenas política: de poder y subordinación— que debe existir entre el Estado y el ciudadano y ha resuelto con apoyo en la reflexión sobre los hechos, la aplicación del derecho y la ponderación de la prueba, que cada juzgador, individual o colegiado, debe someter al libre examen de su razón y de su conciencia, con el cuidado que demanda la emisión de una sentencia condenatoria.

IV. RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

24. En esta sentencia, la Corte ha considerado ciertos hechos que permiten precisiones novedosas sobre un tema que la jurisprudencia del Tribunal había explorado inicialmente en algunos litigios: *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* y *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Me refiero al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, que acoge el artículo 3 del Pacto de San José con una fórmula enfática: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. La Corte consideró que este derecho fue violado en perjuicio de diversas personas.
25. Por supuesto, cabe analizar los diversos aspectos o las distintas expresiones del derecho en cuestión, que es eje del orden jurídico democrático, considerado en su conjunto, como lo es del régimen estatuido por la Convención Americana. Tómese en cuenta que ésta dispone acerca de los derechos de las personas y entiende —conforme al artículo 1.2— que los seres humanos son las personas a las que el Pacto se refiere. La idea de persona y la correspondiente noción de personalidad se hallan, pues, en el pórtico mismo del sistema jurídico, y la negación de ésta traería consigo, por fuerza, la negación o decadencia de aquélla.
26. Se puede afirmar que el derecho a la personalidad implica el reconocimiento de que el ser humano, miembro de una comunidad políticamente organizada y jurídicamente regulada, es necesariamente titular de derechos y obligaciones; que es indispensable acoger ese estatuto, con sus múltiples consecuencias, en el ordenamiento jurídico y en la aplicación de éste; que no es posible extraer a nadie de aquella condición primaria de “persona de derecho”, dejándole al margen del orden jurídico y excluyéndole de derechos, libertades, facultades, garantías, etcétera, que son las manifestaciones, implicaciones o consecuencias del reconocimiento de la personalidad por parte del Estado, sin perjuicio, por supuesto, de las restricciones o condiciones lícitas que pudieran asignarse a aquéllas. Esta perspectiva ilustra sobre la personalidad jurídica en una de sus vertientes o dimensiones: la de carácter material o sustantivo.
27. Ahora bien, el reconocimiento material de la personalidad jurídica resultaría inoperante o ilusorio si el titular de este derecho careciera del medio o instrumento para acreditarlo, y por tal motivo se viera privado —de *jure* o de *facto*— de personalidad ante el orden jurídico, o por lo menos de legitimación para asumir las consecuencias de la personalidad, particularmente en la medida en la que éstas implican derechos de los que dependen su desarrollo, su bienestar y acaso su vida misma. Es así que la disposición de dicho medio o instrumento es

una *conditio* implícita para la efectividad del reconocimiento explícito que enuncia el artículo 3 del Pacto acerca del derecho a la personalidad. Se trata, entonces, de la dimensión formal o instrumental de este derecho.

28. Se produjo la violación del artículo 3 de la Convención en tanto las personas a las que se alude en la sentencia de la Corte se hallaban fuera de los registros oficiales de los que dependía la expedición y entrega de documentos que les permitirían recibir servicios vitales, y por lo tanto carecían de éstos y de la posibilidad real de acceder acceso a ellos. Una vez más ha existido aquí incumplimiento de un deber de provisión por parte del Estado: no violación activa, a través de la exclusión de la calidad de persona jurídica o el retiro de registros o documentos, sino abstención en el cumplimiento de un deber, conducta omisiva, que pudo y debió corregirse, tomando en cuenta las condiciones de marginación y vulnerabilidad de las víctimas y las características que en esta hipótesis debiera asumir, razonablemente, la función de garante a cargo del Estado.

CASO DE LAS MASACRES DE ITUANGO VS. COLOMBIA,
del 29 de junio de 2006

I. ADMISIÓN DE HECHOS

Y PRETENSIONES Y SENTENCIA DE LA CORTEIDH

1. En diversas oportunidades me he referido a ciertos actos realizados en el curso del procedimiento internacional —específicamente, el proceso judicial seguido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que poseen relevancia sustantiva y procesal e influyen directamente, por ende, en la marcha del enjuiciamiento, la decisión acerca de los hechos (inicialmente) controvertidos y la determinación de sus consecuencias. Aludo a la confesión, el allanamiento, el reconocimiento de responsabilidad, la admisión de imputaciones, que por supuesto poseen naturaleza jurídica propia —no siempre deslindada cuando dichos actos se producen—, aun cuando frecuentemente se utilicen como conceptos sinónimos. Revelan, en esencia, la disposición del Estado de reconocer, para fines de responsabilidad internacional, los hechos que se le atribuyen y —más limitadamente— las consecuencias jurídicas de éstos.
2. En otros órdenes procesales, la confesión de hechos y la admisión de pretensiones pondrían término a la controversia y excluirían, en tal virtud, la resistencia de la contraparte, la carga probatoria de lo que

ya fue admitido —que, por lo tanto, no se halla cuestionado—, la descripción de los hechos violatorios y la reafirmación de las infracciones cometidas. En efecto, si el deudor reconoce la existencia de una obligación a su cargo, en los términos sostenidos por el acreedor, carece de sentido recibir probanzas sobre el deber reconocido y emprender descripciones acerca de la adquisición de éste y su incumplimiento.

3. Esta regla, que ciertamente simplifica y abrevia el procedimiento, no puede imperar lisa y llanamente en el juicio acerca de la violación de derechos humanos. Este versa sobre cuestiones que se hallan sujetas a la dispositividad de las partes —sobre todo las partes en sentido material, titulares de derechos y obligaciones sustantivas—, pero también entraña temas sustraídos a ésta, que deben ser considerados y resueltos por la autoridad judicial que tiene a su cargo la interpretación y aplicación de la Convención Americana y la definición última, a la luz de los derechos y libertades acogidos en aquélla, en torno a la observancia de las obligaciones internacionales del Estado.
4. En sus decisiones sobre esta materia, la Corte Interamericana ha atendido tanto la lógica del enjuiciamiento sobre derechos humanos, que sirve a propósitos diversos (restablecimiento del orden jurídico, restauración de la paz en la que se funda el desarrollo de las relaciones sociales, preservación y recuperación de derechos e intereses del individuo), como la frecuente solicitud de la Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas (a las que el propio Estado, en el acto al que me vengo refiriendo, implícitamente ha hecho pasar de la condición de “presuntas” víctimas a la calidad de sujetos lesionados por la conducta violatoria reconocida). Es así que el Tribunal acepta el desahogo de pruebas sobre los hechos, en el curso de una audiencia pública; se refiere en un capítulo especial de la sentencia a los acontecimientos probados, y enuncia, en sendas fórmulas declarativas, la existencia de violaciones a derechos y libertades específicos. Esto es consecuencia del carácter propio del enjuiciamiento sobre violación de derechos humanos y, más todavía, del sistema mismo de tutela de los derechos fundamentales, del que aquél constituye reflejo e instrumento.
5. La aparentemente innecesaria recepción de pruebas y declaración de violaciones satisface diversos objetivos: a) acredita la legalidad y legitimidad, la veracidad, la admisibilidad del reconocimiento o la confesión, que pudieran ser rechazados por la Corte si ésta considera que se apartan de la verdad o contrarían de alguna manera el régimen tutelar de los derechos humanos; b) contribuyen a la prevención de conductas violatorias futuras, en tanto exhiben ante la sociedad y ante el propio Estado las infracciones cometidas —a menudo violaciones

- de gravedad extrema—, prevención que no constituye propiamente una medida reparatoria, por más que se suela incluirla en esta categoría (inclusión en la que yo mismo he incurrido); c) proveen satisfacción moral a la víctima, que no se necesita en la gran mayoría de los litigios patrimoniales, pero resulta indispensable en controversias sobre derechos humanos: éstas interesan a la sociedad en su conjunto, han marcado la vida de la víctima y gravitan intensamente sobre las experiencias, sentimientos, capacidades, expectativas de aquélla; de ahí que se insista en que la sentencia es, de suyo, un medio de reparación moral; y d) atienden al requerimiento individual y social de verdad y justicia.
6. En la sentencia dictada en el caso que ahora me ocupa, la Corte ha puesto el acento, una vez más, en el valor que posee el reconocimiento de hechos y responsabilidad —así sea parcial— como medio de acreditar la condición ética del Estado, que de esta suerte concurre a rectificar una desviación gravísima, y de emprender también aquí —como en el régimen penal— el camino de la justicia restaurativa que proviene de la difícil aproximación entre los contendientes —tan desiguales en este orden— y no sólo de la decisión del tribunal. Esta expone los hechos y define sus consecuencias, pero no necesariamente reconstruye, como puede hacerlo una composición entre partes, la relación gobernada por el entendimiento y la justicia que son el profundo sustento moral y político para el trato entre el poder público y los ciudadanos.
 7. Ya he señalado y ponderado ante los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos —Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y Asamblea General— la existencia de un notable número de casos en que existe allanamiento —o, genéricamente, reconocimiento de responsabilidad— total o parcial. Esto posee trascendencia ética y jurídica y anuncia una vía de solución que conviene transitar en la mayor medida posible. Obviamente, la determinación a este respecto compete única y exclusivamente a los Estados. La Comisión Interamericana puede alentar las composiciones y la Corte, a su turno, puede y debe registrar el hecho y apreciar sus ventajas. Vale decir que en el período ordinario de sesiones al que corresponde la sentencia dictada en el *Caso de las Masacres de Ituango*, los tres casos resueltos incluyeron en mayor o menor medida —pero siempre en gran medida— admisión de hechos y reconocimiento de responsabilidad: el propio *Caso de Ituango* (Colombia), el *Caso Ximenes Lopes* (Brasil) y el *Caso Montero Aranguren* (Venezuela). Este es un dato relevante y creciente en la historia de la jurisdicción interamericana.
 8. Por otra parte, la Corte tomó nota del desarrollo de diversos procedimientos internos conducentes a esclarecer los hechos, establecer res-

ponsabilidades —de diversa naturaleza— y disponer ciertas consecuencias. Es pertinente que se haya abierto esta diversidad de vías, conforme a la legislación doméstica, en tanto se trata de medios para conocer la verdad y disponer, con este fundamento, lo que corresponda.

9. El procesamiento de quienes deban afrontar las consecuencias de su conducta bajo el concepto de responsabilidad penal, precisamente, sirve al deber de garantizar la observancia de los derechos, conforme al artículo 1 CADH, pero no es el único camino hacia ese fin, si la ley interna suministra otros de carácter concurrente o complementario que permitan avanzar en algunos extremos de justicia conducentes a restablecer el orden alterado y atender intereses legítimos de las víctimas. Cabe la posibilidad de que por esos otros medios, regulados por normas nacionales, se avance en el camino de la justicia, en la inteligencia de que ello no ignora ni cancela la vía penal, en su caso y conforme a sus propios fundamentos. Evidentemente, la solución de ciertos temas de reparación patrimonial, que no es irrelevante, no desvanece los otros requerimientos de justicia inherentes a la obligación estatal de garantizar el respeto a los derechos humanos.

II. VÍCTIMA

10. La definición e identificación de las víctimas, para los efectos del pronunciamiento judicial que debe sustentarse en derecho, suscita diversas consideraciones que no han sido ajenas a la reflexión de la Corte. Es claro que la víctima o lesionado es el titular de un bien jurídico que halla amparo en el derecho recogido en la Convención Americana: vida, libertad, seguridad, propiedad, integridad, etcétera. Víctima, pues, es quien sufre la lesión de ese derecho, que le corresponde. En algunas ocasiones hemos hablado de víctimas directas e indirectas. En rigor, sólo existe una categoría relevante para los fines de la Convención: la víctima o lesionado, acreedora a las reparaciones que la Convención ordena o autoriza, que no podrían destinarse a otras categorías de sujetos, como no sea a través de un fenómeno de transmisión de derechos, cuestión tradicionalmente prevista en el ordenamiento interno.
11. Cuando hablamos de víctima directa nos referimos a la persona contra la que se dirige, en forma inmediata, explícita, deliberada, la conducta ilícita del agente del Estado: el individuo que pierde la vida, que sufre en su integridad o libertad, que se ve privado de su patrimonio, con violación de los preceptos convencionales en los que se recogen estos derechos. Y cuando nos referimos a víctima indirecta aludimos a un sujeto que no sufre de la misma forma —inmediata, directa, deliberada— tal conducta ilícita, pero también mira afectados, violentados, sus

- propios derechos a partir del impacto que recibe la denominada víctima directa. El daño que padece se produce como efecto del que ésta ha sufrido, pero una vez que la violación le alcanza se convierte en lesionado bajo un título propio —y no reflejo o derivado— que se funda en la misma Convención y en los derechos reconocidos por ésta.
12. En realidad, una y otras son, en esencia, víctimas en sentido estricto: es decir, víctimas directas o víctimas “a secas”, pura y llanamente, aunque resulten diferentes las violaciones que les agravan, generalmente sucesivas. En un caso, por ejemplo, quien pierde la vida o sufre tortura es víctima original de la violación de los artículos artículo 4° o 5° CADH. Su familiar o allegado son, o pueden ser, víctimas de la violación del artículo 5° por el severo menoscabo de su integridad psíquica o moral como consecuencia de aquella pérdida de la vida o tortura. Finalmente, es posible que aparezcan víctimas en la secuela de los hechos que siguen al original y poseen entidad propia; así, negativa de brindar acceso a la justicia para la investigación y enjuiciamiento de los responsables. Los sujetos correspondientes a las tres categorías mencionadas son víctimas —sin necesidad de más deslindes o calificaciones— del quebranto que sufren.
 13. La definición sobre la existencia de víctimas y la identificación de éstas —que no es indispensable hacer, evidentemente, a través de nombres y apellidos establecidos en constancias del registro civil conforme a las estrictas formalidades del derecho interno— forma parte de la presentación de los hechos que corre a cargo del organismo que somete el caso a la consideración de la Corte Interamericana. En la demanda de la Comisión debiera figurar, pues, la relación de las víctimas, como deben aparecer todos los hechos del caso.
 14. Al respecto, es explícito el Reglamento de la Corte —cuarto Reglamento, vigente en los últimos años y que proviene de la observación y la experiencia del Tribunal— cuando manifiesta que en el escrito de demanda la Comisión “deberá consignar el nombre y la dirección de las presuntas víctimas...” (artículo 33.1). Esta norma se debe relacionar con la definición de presunta víctima que contiene el artículo 2.30 del mismo instrumento: “persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención”. Desde luego, esto no evita que aquélla o sus representantes formulen consideraciones —como ha dicho insistentemente la jurisprudencia de la Corte— acerca de violaciones cometidas, a condición de que se mantenga la presentación de los hechos que formula, conforme a sus atribuciones convencionales, el órgano legitimado para el ejercicio de la acción internacional en materia de derechos humanos.
 15. El realismo propio del enjuiciamiento sobre derechos humanos, el propósito de conocer la verdad histórica, la exclusión o elusión de forma-

- lidades excesivas, no relevan al Tribunal del cumplimiento de sus deberes conforme a la función jurisdiccional que le corresponda, ni le autorizan a emprender indagaciones o asumir hipótesis que incumben, más bien, al actor que al juzgador. Resultaría muy inquietante que un tribunal interpretara a discreción —en realidad, modificara— los términos de sus atribuciones y generara, con ello, inseguridad jurídica que pondría en predicamento la objetividad del proceso y los derechos de las partes. La actuación del Tribunal dentro del marco de la competencia que le atribuyen las normas de las que toma sus potestades es garantía de seguridad y, en seguida, de justicia. Expresa el imperio de la legalidad y ahuyenta la tentación de discrecionalidad o arbitrariedad.
16. El desbordamiento de esas fronteras, así sea por motivos (eventualmente) plausibles erosiona o cancela la confianza que el tribunal merece y que repercute, sin duda, a favor de la justicia y de los justiciables. Desde luego, pudiera resultar deseable, en determinadas circunstancias, modificar —y ampliar— la competencia de un Tribunal, pero esto debe lograrse mediante reformas normativas, también subordinadas a la regla de legalidad, no a través de actos de propia autoridad que carecen de sustento jurídico, a pesar de que resulten atractivos para algunos justiciables y para juzgadores que se deslizan en esta peligrosa pendiente.
 17. Aun cuando la presentación formal de los casos contenciosos incluya regularmente un señalamiento puntual de los hechos supuestamente violatorios, de los preceptos a los que estas violaciones se refieren y de las personas afectadas por ellas, también puede ocurrir que en algún caso complejo la demanda no contenga elementos para precisar suficientemente —no digo perfectamente, en forma absoluta— los sujetos lesionados por la violación. Si así fuere, la Corte puede y debe revisar con el mayor cuidado y el mejor esfuerzo los datos que constan en la demanda y responder tan ampliamente como le sea posible las interrogantes que enfrenta.
 18. Con esto, el Tribunal cumple su deber y sirve a la causa de la justicia y a la tutela de los derechos humanos. Lo que no puede hacer es desbordar sus atribuciones, añadir extremos a la demanda, *motu proprio*, y fallar sin consideración sobre los hechos —rubro bajo el que figura la relativa precisión acerca de las víctimas— que se le someten, no más allá de ellos. En fin de cuentas, el juez no es el “dueño” del proceso ni puede convertirse en parte, además de tribunal.
 19. Esta reflexión acerca del marco jurídico en el que actúa la Corte —que fija a ésta atribuciones y fronteras, limitación que es característica del Estado de Derecho; lo contrario desemboca en puro arbitrio, con los riesgos que bien sabemos— no me priva de reconocer el buen trabajo

de integración de la demanda que realiza el órgano competente para ello. En muchos casos, particularmente aquellos que incluyen hechos numerosos y complejos y un gran número de participantes —sea a título de víctimas, sea en condición de victimarios— esa integración no constituye una tarea sencilla.

20. En el caso al que se refiere la sentencia que acompaño con este *Voto*, la Corte desplegó el esfuerzo que estuvo a su alcance, sin subvertir la naturaleza de sus funciones, para avanzar en la precisión de las víctimas y procurar, con ello, la más amplia satisfacción por violaciones cometidas, tomando en cuenta los datos que se desprendieron de un muy reflexivo examen de la demanda y de los elementos de prueba contenidos en el expediente.
21. Conviene destacar que la Corte, al fijar determinadas prestaciones a favor de víctimas de los hechos violatorios, expresamente dejó a salvo los derechos que pudieran corresponder, conforme a las normas internas y ante las autoridades nacionales, a otras personas afectadas por esas violaciones. Aquéllos tienen su propia fuente y deben atenderse en sus términos, sin pretender que la sentencia del órgano internacional interfiera la satisfacción que corresponda.
22. Más aún, si resultara que conforme a la ley nacional ciertas víctimas reconocidas en la sentencia pudieran alcanzar mayores beneficios que los previstos en la resolución internacional, los lesionados conservarían —en mi concepto— la posibilidad de reclamar ante ésta, con el título que el Derecho interno les concede, las compensaciones o satisfacciones de carácter complementario que legítimamente puedan obtener. Si no fuera así, el acto jurídico internacional suprimiría derechos de particulares o reduciría su alcance, lo cual resultaría completamente inconsecuente con la intangibilidad de los mejores derechos que pudieran tener los individuos a partir de normas diferentes, no solamente de la CADH.

III. PLAZO RAZONABLE

23. Entre las cuestiones analizadas en el *Caso de las Masacres de Ituango* ha figurado uno de los temas más abundantemente llevados ante las jurisdicciones sobre derechos humanos: el plazo razonable para la realización de ciertos actos, la vigencia de una situación (así, p. ej., la prisión preventiva) o la satisfacción misma de un derecho (v. gr., el derecho a recibir justicia, no sólo a requerirla o aguardarla), en el cauce del debido proceso: ser oído en un plazo razonable para la decisión sobre responsabilidades, derechos o situaciones que atañen a los derechos y las obligaciones de los individuos. La justicia quedaría al garete, en

- suspense, irrealizada o ilusoria, si no se produjeran oportunamente las definiciones en las que aquélla se concreta.
24. La diligencia en el despacho de los asuntos sujetos a consideración jurisdiccional constituye un dato central de la justicia. Por supuesto, diligencia no significa desatención hacia los derechos y las garantías inherentes al proceso, descuido en la apreciación de los hechos y el derecho, inconsistencia de las resoluciones judiciales. Pero la demora en la emisión de éstas, mientras los justiciables aguardan y consumen su tiempo y sus esperanzas, también contraviene frontalmente el derecho de acceso a la justicia. Satisfacerlo reclama un esfuerzo especial de los tribunales, obligados a lograr la mayor productividad compatible con el acierto en las decisiones que emiten. No se trata de ganar una carrera al tiempo, sino de emplear el tiempo en recorrer efectivamente el camino que conduce a la justicia.
25. A menudo nos ocupamos en el plazo razonable, concepto indispensable y arraigado, pero no fórmula matemática universal y constante, cuando examinamos las condiciones en las que se encuentra el inculcado sujeto a proceso. En estos casos valoramos la racionalidad del tiempo transcurrido entre el principio y el final del procedimiento del que derivan restricciones a derechos o que desembocará, en el otro extremo, en goce y ejercicio efectivos de éstos. En esta circunstancia adoptamos, para guiar nuestra apreciación —puesto que no existen, ni podrían existir, ya lo dije, reglas cuantitativas únicas, aplicables a todos los supuestos—, determinados elementos tomados de la experiencia judicial, a los que se ha referido la jurisprudencia europea: complejidad del caso, conducta de las partes, comportamiento de las autoridades, puntos, todos ellos, sujetos a consideración casuística en función de su razonabilidad y pertinencia. Estos criterios se ven naturalmente influidos por las circunstancias en las que cada caso se desenvuelve.
26. He sugerido agregar un dato a la estimación acerca del plazo razonable: la mayor o menor “afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo”, como manifesté en mi *Voto razonado* sobre el *Caso López Álvarez vs. Honduras*, con sentencia del 1 de febrero del 2006. Estimo procedente asociar este elemento a los otros que generalmente consideramos. En la materia que ahora interesa, es preciso estimar la razonabilidad de un plazo también —pero no exclusivamente— desde la perspectiva del gravamen —desde leve hasta insostenible— que el paso del tiempo impone al sujeto que aguarda la solución al conflicto que le atañe.
27. En fin de cuentas, la razonabilidad del plazo para proveer justicia debe analizarse con referencia al fin que se procura alcanzar y a la mejor

- manera de obtenerlo, considerando los diversos extremos que implica la administración de justicia en todos los aspectos que debe abarcar a fin de alcanzar la plenitud posible y deseable: declaración, previo esclarecimiento de los hechos; disposición de reparaciones adecuadas en función de las violaciones cometidas y cumplimiento de las decisiones adoptadas, a este fin, por los órganos competentes.
28. Como señalé, en la mayoría de los casos analizamos el plazo razonable desde el ángulo del individuo sujeto al procedimiento (regularmente, el inculcado, el enjuiciado), y menos desde la óptica del otro sujeto de la relación: el ofendido, el victimado, el lesionado, que también tiene derechos —ante todo, el derecho a la justicia y, a través de éste, el derecho a la satisfacción de sus legítimos intereses— cuya definición depende de la mayor o menor diligencia con que actúen los órganos del Estado llamados a pronunciarse sobre los hechos, a través de investigaciones eficaces, juicios expeditos, decisiones oportunas.
29. Dado que nos hallamos ante un problema de “plazo razonable”, es preciso acotar los extremos dentro de los que corre un plazo, es decir, el tiempo para la solución de asunto sometido a determinadas autoridades: el momento en que comienza y el instante en que concluye, aunque estas definiciones se hagan en términos aproximados y sin perder jamás de vista las circunstancias de cada caso, que dominan las soluciones correspondientes. En este orden reviste gran importancia el régimen procesal prevaleciente, que no es un dato neutro, sino un fenómeno presionante o condicionante.
30. Bajo algunos regímenes de enjuiciamiento, las investigaciones se sus traen a la autoridad judicial y pueden prolongarse apreciablemente mientras el indagador satisface los requerimientos legales para someter el punto al órgano jurisdiccional. En otros, la investigación y el enjuiciamiento corren por diversas etapas, cada una de las cuales posee rasgos e implicaciones característicos, y quedan en manos de distintas autoridades. También puede ocurrir que sea el propio juzgador quien lleve adelante la investigación, a reserva de remitir sus resultados al Ministerio Público o a un juez de diversa competencia para la prosecución, en su caso, del juzgamiento. Todo esto incide en los tiempos de sujeción del individuo a la autoridad que conoce —*lato sensu*— su caso, y por lo tanto en los tiempos de definición de derechos y deberes, que es lo que en definitiva interesa y afecta al individuo, más allá de los tecnicismos procesales.
31. En mi citado *Voto* en el *Caso López Álvarez vs. Honduras* me referí a este problema en los términos que ahora reproduzco y confirmo: “La precisión a este respecto (es decir, a propósito del inicio y el final del plazo) es indispensable cuando nos encontramos a la vista de regímenes jurídicos diferentes, con estructuras judiciales y procesales distintas,

- que se hallan igualmente sujetas a las disposiciones convencionales y deben aplicar el criterio del plazo razonable”.
32. “En mi concepto, lo que pretende el orden internacional de los derechos humanos es que la afectación de los derechos de la persona, por acción o abstención del Estado, no se prolongue injustificadamente hasta generar condiciones de injusticia, inequidad o inseguridad jurídica. La solución de este problema reclama precisiones que debe suministrar la jurisprudencia y que resulten aprovechables en diversos sistemas procesales” (párr. 38).
33. Considero, en fin, que el plazo razonable para satisfacer el derecho a la justicia no puede verse condicionado por la técnica propia de cada sistema procesal, de manera tal que cada uno arroje conclusiones diferentes, que pudieran ser engañosas, acerca de la eficaz observancia de un mismo derecho. Tras el tecnicismo se ocultaría la inequidad. De lo que se trata es de que exista un buen despacho —diligente, razonable, adecuado, pertinente, sin ignorar el peso de las circunstancias— por parte de las autoridades del Estado que concurren, conforme al sistema procesal adoptado por éste, al cumplimiento de los actos que llevan a la solución de la controversia.
34. Si el trámite se distribuye entre diversas autoridades o se concentra en unas solas manos, si en el curso del procedimiento las definiciones parciales —así, la sujeción a proceso, una vez formulados los cargos— se producen en forma inmediata a la vinculación del inculpado o a la denuncia de la víctima o mucho tiempo después de que éstas se presentaron, nada de ello debe alterar, desviar o encubrir la exigencia de que exista solución en un plazo razonable a partir de que ocurrieron los hechos que desencadenaron el procedimiento.
35. El primer acto de autoridad que afecta derechos del sujeto constituye el punto de referencia para estimar el plazo razonable, medir su duración, cotejarla con las condiciones del asunto y la razonable diligencia del Estado y apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la garantía judicial de plazo razonable. En este sentido se ha pronunciado últimamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Basta, pues, con que exista esa afectación del individuo para que se ponga en alerta la valoración sobre el plazo razonable, aunque la afectación no se presente, técnicamente, dentro del “proceso” penal, sino dentro de un “procedimiento” penal. Para los efectos de la tutela de los derechos humanos, la distinción entre esos supuestos no posee relevancia decisiva: en ambos, en efecto, se afecta la libertad del individuo a través de vinculaciones que implican injerencia en su esfera de libre determinación.
36. De lo contrario bastaría con fragmentar la persecución, abrir largos períodos de investigación, diferir a conveniencia la apertura del juicio,

generar actos de los que dependa la calificación del procedimiento como verdadero proceso o simple preparación de éste, etcétera, para prolongar una indagación, retrasar un juicio o postergar la satisfacción de un derecho o el cumplimiento de un deber, sea que ello afecte desfavorablemente a un inculpado, sea que lesione el interés jurídico de una víctima. La forma sacrificaría el fondo.

CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL,
del 4 de julio de 2006

I. DERECHOS GENERALES Y ESPECIALES

1. En el espacio de su jurisprudencia, cada vez más abundante y comprensiva, la Corte Interamericana se ha ocupado en el examen y la precisión de los derechos y libertades de individuos y miembros de grupos, conjuntos o comunidades, así como en las correspondientes obligaciones y funciones del Estado en determinadas hipótesis específicas. La referencia a estas últimas ha contribuido a enriquecer apreciablemente la jurisprudencia de la Corte al servicio de los derechos de las personas en el marco de su realidad estricta, que incluye diversas circunstancias y múltiples necesidades y expectativas.
2. Los derechos y las garantías universales, que tienen carácter básico y han sido “pensados” para la generalidad de las personas, deben ser complementados, afinados, precisados con derechos y garantías que operan frente a individuos pertenecientes a grupos, sectores o comunidades específicos, esto es, que adquieren sentido para la particularidad de algunas o muchas personas, pero no todas. Esto permite ver, tras el diseño genérico del ser humano, miembro de una sociedad uniforme —que puede alzarse en la abstracción, a partir de sujetos homogéneos— el “caso” o los “casos” de seres humanos de carne y hueso, con perfil característico y exigencias diferenciadas.
3. Ciertamente es tarea del Estado —y esto se halla en su origen y justificación— preservar los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción, concepto de amplio alcance, que por supuesto trasciende las connotaciones territoriales, observando para ello las conductas activas u omisivas que mejor correspondan a esa tutela para favorecer el goce y ejercicio de los derechos. En este sentido, el Estado debe evitar escrupulosamente la desigualdad y la discriminación y proveer el amparo universal de las personas que se hallan bajo su jurisdicción, sin miramiento hacia condiciones individuales o grupales que pudieran sustraerlos de la protección general o imponerles —de *jure* o de *facto*— gravámenes adicionales o desprotecciones específicas.

II. MEDIOS DE COMPENSACIÓN

4. Ahora bien, es igualmente cierto que incumbe al Estado, cuando la desigualdad de hecho coloca al titular de derechos en situación difícil —que pudiera conducir al absoluto inejercicio de los derechos y las libertades—, proveer los medios de corrección, igualación, compensación o equilibrio que permitan al sujeto acceder a tales derechos, así sea en condiciones relativas, condicionadas e imperfectas, que la tutela del Estado procura aliviar. Esos medios son otras tantas “protecciones” razonables, pertinentes, eficientes, que se dirigen a ensanchar las oportunidades y mejorar el destino, justamente para alcanzar la expansión natural de la persona, no para reducirla o evitarla so pretexto de asistencia y protección.
5. Los factores de (ventaja o) desventaja son muy numerosos. Algunos provienen de condiciones propias del sujeto —la salud, la edad o el sexo, entre ellas—; otras, de circunstancias sociales —la condición de indígena, extranjero, detenido, por ejemplo. Es obligación del Estado, exployada en tratados y convenciones de diverso signo, salir al paso de estas desigualdades, segar la fuente de las discriminaciones y acompañar con eficacia —de la “cuna a la tumba”, si es necesario, como rezaba la divisa del Estado de bienestar— el accidentado curso de la existencia, procurando prevenir, moderar y remediar sus contingencias.

III. ESTADO “GARANTE”

6. Con respecto a estas cuestiones se analiza el papel de garante que corresponde al poder público. Dispone el artículo 1 de la Convención Americana que el Estado debe (reconocer), respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en el Pacto de San José. Y sostiene el artículo 2 que aquél debe, por lo mismo, remover los obstáculos que se oponen al curso de esas facultades y adoptar medidas de diverso género para ponerlas efectivamente al alcance de todas las personas.
7. En tal virtud, el ejercicio de unos poderes que constituyen la jurisdicción del Estado bajo el que se coloca el individuo —a título de nacional, ciudadano, residente, refugiado, etcétera— llevan a establecer la calidad de garante que el propio Estado tiene frente a las personas sobre las que ejerce esa jurisdicción, fijar el alcance y las características del cuidado y la protección específicos que esa calidad entraña y que debe ser examinada frente a las posibilidades reales de autoridad y protección.
8. Quien actúa como garante de algo o de alguien, es decir, quien asume la función de garantizar la protección de ciertos bienes a favor de deter-

minadas personas, adquiere el deber de brindar cuidados a esos bienes y personas, compatibles con la tarea que asume, proveniente de la ley, de un acuerdo de voluntades o de otras fuentes del deber de garantía. El Estado es garante, en general, de quienes se hallan bajo su jurisdicción. El deber de cuidado que le compete transita, conforme a las circunstancias, por las más diversas situaciones: desde la garantía general de paz y seguridad, hasta el preciso deber de cuidado que le concierne en el manejo de servicios públicos de primer orden y la atención a sujetos que no pueden valerse por sí mismos o tienen severamente limitada su capacidad de hacerlo. El deber de cuidado del Estado garante varía, pues, en calidad e intensidad, conforme a las características del bien garantizado y de los titulares de ese bien. En este orden, difícilmente podría haber mayor exigencia que la que se presenta en la prestación de servicios médicos, materia de la sentencia a la que agrego este *Voto*.

9. El Estado actúa como garante de los derechos y libertades de quien se halla bajo su jurisdicción porque así lo disponen las normas fundamentales internas —señaladamente, la Constitución Política— y así lo resuelven las disposiciones internacionales que acogen derechos humanos. Ser garante no implica relevar al sujeto en sus decisiones y actuaciones, sino aportar los medios para que pueda decidir y actuar del mejor modo posible, desenvolver sus potencialidades y cumplir su destino. Se garantiza el goce y ejercicio del derecho y la libertad, a través de abstenciones y prestaciones. La función garantista del Estado, que se abrió paso a través de los derechos de primera generación y su consecuente observancia por el Estado —regularmente una observancia negativa—, avanzó un inmenso trecho por medio de los derechos de segunda generación que trajeron consigo la exigencia de promociones y prestaciones públicas.

IV. AUTONOMÍA PERSONAL

10. Desde luego, el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones.

V. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN

11. Por otra parte, bajo una perspectiva especial, el Estado asume obligaciones particulares, características —que se identifican con garantías sectoriales, específicas o individuales, al lado de las universales o genéricas antes mencionadas— en relación con determinados grupos de personas —o mejor dicho, con personas integrantes de ciertos grupos identificados conforme a hipótesis de vida, necesidad o expectativa que les son propias. En tales supuestos, la condición de garante que tiene el Estado frente a las personas bajo su jurisdicción adopta rasgos peculiares, insoslayables para el poder público y generadores de derechos para el individuo.
12. Esas peculiaridades en el papel garantizador del Estado o, dicho de otro modo, en su condición de garante del efectivo acceso a derechos y libertades, puede manifestarse al amparo de decisiones políticas de carácter general que pretenden avanzar en el equilibrio entre los integrantes de la sociedad y ganar espacios para la justicia social. Tal ocurre, por ej., cuando la función garantizadora especial se ejerce a favor de sectores menos provistos de fuerza económica o política, como los trabajadores y los campesinos, los indígenas, los niños y adolescentes, con las correspondientes variantes, muy pronunciadas.
13. Por otra parte, la condición especial de garante del Estado se puede considerar en supuestos específicos derivados de una situación jurídica o una determinación biopsicológica que pone en manos del poder público —por sí o por medios descentralizados y subsidiarios— una mayor carga de deberes de conducción y/o protección de carácter directo, y en correspondencia determinan en el individuo una cierta reducción de su esencial autonomía, que abre zonas propicias —y exigentes— para la actuación inmediata del Estado. A esta categoría heterogénea corresponden los supuestos de privación de libertad que restringen éste y otros derechos —no obstante las proclamaciones en sentido diferente— con fines de aseguramiento o punición (presos), terapéuticos (enfermos) o educativos (educandos internos). En tales casos varían las características y la intensidad de la intervención legítima del Estado, y por lo tanto el grado de responsabilidad y autoridad de éste, en forma paralela a la disminución —en virtud de elementos naturales o de mandamientos de autoridad— de la libertad y capacidad del individuo para definir, organizar y conducir su propia vida.

VI. ENFERMEDAD MENTAL, AUTONOMÍA Y DESVALIMIENTO

14. Parece evidente que la reducción más intensa del autogobierno personal se presenta en los enfermos mentales —existen, por supuesto,

diversas categorías de enfermedad, de las que derivan distintas situaciones personales—, frecuentemente sustraídos, cuando se hallan en régimen de internamiento determinado por dolencias severas, a las más elementales decisiones, y confiados —en el seno de una institución dotada de los reglamentos y sujeciones más intensos— a la autoridad casi absoluta de sus tratantes y custodios. No sucede lo mismo, a pesar de existir notables factores de reducción, en otras hipótesis: ni siquiera en lo que respecta a los infractores, que conservan diverso grado de autonomía, más o menos elemental, en función de la lucidez que mantienen y del espacio —a veces muy reducido física, social e institucionalmente— en el que pueden ejercerla. Con todo, la historia de la autonomía —o mejor, de la heteronomía— y la sujeción en las prisiones corre paralela a la historia de esos mismos fenómenos en los internados para enfermos mentales, personajes del universo de los excluidos. Van de la mano, en esa crónica oscura, el criminal y el “poseso”.

15. En tal virtud, el enfermo mental interno en una institución del Estado suele ser el sujeto peor provisto, el más desvalido, el marginado por partida doble —por la exclusión social en que se le tiene y por la extrañeza que trae consigo la enfermedad que le aqueja—, el menos competente para ejercer una enrarecida autonomía —que en ocasiones carece de rumbo y sentido y puede naufragar en circunstancias de daño y peligro—, y por todo ello suscita una acrecentada condición de garante a cargo del Estado, que se despliega hasta en los menesteres más elementales.
16. La Corte Interamericana ha examinado la intensidad especial de la calidad de garante del Estado con respecto a los pobladores de instituciones en las que se aplica un minucioso régimen de vida, impuesto a ultranza, que pretende abarcar todo el tiempo y casi todos los sucesos de la existencia, como sucede en las prisiones y los reclusorios para niños y adolescentes. En el *Caso Ximenes Lopes*, el Tribunal explora por primera vez la situación del enfermo mental interno, que se halla bajo la garantía —preservación y relativo ejercicio de derechos inderogables— del Estado: sea directa, sea a través de la subrogación de un servicio, que en todo caso sustituye las manos que lo proveen, pero no cancela la responsabilidad pública por la prestación eficaz y respetuosa de la *lex artis* respectiva —que marca los deberes de cuidado en la atención psiquiátrica—, de la ética específica aplicable al trato de los pacientes en general y de los pacientes psiquiátricos en particular, y de la asunción de cargas y respuestas con motivo del desempeño y los resultados del servicio.
17. Si el enfermo mental sufre el más radical abatimiento de la autonomía —en el doble plano del discernimiento crítico y la capacidad de

conducción— y se halla en la mayor dependencia imaginable con respecto al sujeto obligado a su atención —el agente del Estado, directo o indirecto, principal o subrogado—, deviene el individuo más requerido de atención entre cuantos se hallan sujetos a la jurisdicción del Estado, y éste asume una posición de garante aún más imperiosa e intensa, comprometedora y completa que la que ejerce en cualesquiera otros desempeños.

VII. EL “ENCUENTRO” ENTRE EL ENFERMO MENTAL Y EL ESTADO

18. En tanto existe una responsabilidad más amplia, que solicita una respuesta más completa —integral, absoluta— cabe esperar del Estado que atiende al paciente psiquiátrico una garantía más extensa, profunda y constante de los derechos del individuo privado de las condiciones que le permitirían ejercerlos por sí mismo: vida, alimento, salud, relación, por ejemplo. Esta garantía se proyecta en todas las direcciones naturalmente practicables: tanto en abstenciones —*v.gr.*, respeto a la integridad, abstención de experimentos ilícitos, maltrato— como en acciones o prestaciones —el suministro de satisfactores que moderen la desgracia y favorezcan, si es posible, la recuperación de la salud o la supresión del dolor y la angustia.
19. Junto a la deplorable condición de las prisiones, advertida y señalada una y otra vez por la Corte Interamericana, surge ahora la pésima condición de algunas —¿cuántas?— instituciones de tratamiento de enfermos mentales. La resistencia de los afectados, en aquellos casos, suele ser calificada como motín —ciertamente no como inconformidad democrática— y reprimida con severidad. La protesta, si la hay, por parte de los enfermos mentales, venciendo las brumas de la ausencia o la extrañeza, puede desembocar en un destino acaso peor: la absoluta indiferencia o la aplicación de correctivos “terapéuticos” que constituyen, en el fondo, castigos muy severos o intimidaciones sin sentido. La reacción del prisionero es consecuencia de la “mala entraña”; la del enfermo mental, de la “locura”: ésta es, por definición, irracional e inatendible.
20. He subrayado que el encuentro entre el presunto o probable delincuente y el Estado juzgador y ejecutor plantea la región más oscura para el imperio de los derechos humanos: se enfrentan el “crimen” y la “ley”; es previsible el destino del enfrentamiento. Sin embargo, quizás es más densa la penumbra, a propósito de ese imperio, en el encuentro entre el Estado terapeuta y el enfermo mental: chocan la razón y la sinrazón, la cordura y la locura. El final del lance también es predecible.

21. Entre el ser humano privado de razón y el Estado dotado de poder —no apenas la fuerza física del guardián, sino la fuerza científica del tratante— sólo existe la línea divisoria de los derechos humanos y la voluntad del Estado de cumplir la encomienda de garante que le atribuye la Constitución. La Sentencia se ha referido a algunos aspectos de esta cuestión al mencionar el “desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad (que) se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas”.
22. Cabe suponer —pero no es necesario hacerlo: el tema se halla extensamente estudiado y documentado, de tiempo atrás, en muchos medios— las características del encuentro entre el enfermo mental y quienes le rodean, a título de custodios, tratantes y autoridades, cuando aquel se halla en una institución que se pliega a los rasgos de las instituciones totales, minuciosamente reguladas, y entraña la mayor autoridad —técnica, con sus implicaciones fácticas— del tratante y la menor autonomía del tratado, que por definición carece de las condiciones de apreciación, deliberación y previsión en las que se funda, razonablemente, el ejercicio de la autonomía personal. De ahí la perentoria necesidad de que el régimen en tales instituciones —y, en general, en el trato entre la institución, el facultativo y el paciente— se halle sujeta a supervisiones y correctivos que deben operar con fluidez, competencia, constancia y responsabilidad.

VIII. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

23. En el ámbito del tratamiento psiquiátrico —especialmente el tratamiento institucional, pero también el doméstico o ambulatorio, en el que toman parte importante los allegados al enfermo— adquieren significado especial el principio de legalidad que debe proyectarse sobre toda forma de detención y el derecho a la seguridad. Hoy día —y desde hace tiempo—, la ley detalla las condiciones para la detención de las personas a partir de una hipótesis de crimen o infracción, y establece los límites y condiciones de la reclusión. Esto forma parte de la legalidad penal, frecuentemente soslayada o distraída.
24. Menos cuidadoso es el régimen destinado a la legitimación del internamiento de enfermos mentales —aun cuando se hayan multiplicado las reglas, principios y declaraciones sobre la materia—, como si la libertad o el cautiverio de éstos, justificados por el tratamiento —noción que se discute en el caso de los presos, pero campea en el de los enfermos—, merecieran menos la tutela del derecho a la libertad personal. Por el contrario, éste sólo podría decaer cuando exista una justificación bastante que lo autorice, anclada precisamente en la ley

y no sólo en la opinión o el arbitrio del tratante, el familiar o la autoridad administrativa.

25. Por su condición humana y a despecho de su dolencia, el enfermo mental conserva derechos que sólo es legítimo afectar a través de medidas legalmente previstas y rigurosamente acreditadas, consecuentes con las características del padecimiento y las necesidades del tratamiento, razonables y moderadas en la mayor medida posible, que eviten el sufrimiento y preserven el bienestar. La evolución del delincuente o del menor de edad, que finalmente salieron del imperio de la fuerza —o de la pura benevolencia, en el mejor de los casos— para ingresar en el del derecho y la razón, investidos de facultades exigibles y garantías accesibles, no se ha presentado con la misma diligencia, si acaso alguna, e intensidad, la que ésta sea, en el ámbito de los pacientes psiquiátricos, mucho más expuestos que aquéllos al imperio del custodio y la decisión del profesional.

IX. DELEGACIÓN DE SERVICIOS Y RESPONSABILIDAD ESTATAL

26. Los hechos en los que perdió la vida el señor Ximenes Lopes se produjeron mientras se hallaba sujeto a medidas terapéuticas en una institución médica privada que actuaba, en su caso, por delegación del Estado. La observancia del derecho universal a la protección de la salud, que ha ganado amplio terreno en textos nacionales e internacionales, constituye el marco organizativo del sistema de salud, en el que intervienen agentes públicos y privados sobre los que se ejerce, en diverso grado, la supervisión del Estado. A partir de aquí se construyen sendos modelos de tratamiento que atraviesan los diversos espacios del orden administrativo: desde la centralización pública estricta hasta la prestación libre de servicios profesionales.
27. No es mi propósito —ni lo fue el de la Corte en la Sentencia a la que agrego este *Voto*— examinar esos modelos y analizar sus ventajas y desventajas. Es preciso destacar, sin embargo, como lo ha hecho la Sentencia, que cuando el Estado resuelve trasladar a otras manos la prestación de un servicio que naturalmente le corresponde —porque forma parte del acervo de derechos sociales a los que corresponden deberes estatales—, no queda desvinculado en absoluto —es decir, “excluido de su responsabilidad estricta”— de la atención que se brinda a la persona cuyo cuidado confía a un tercero. La encomienda es pública y la relación entre el Estado que delega y el tratante delegado existe en el marco del orden público. El tratante privado sólo es el brazo del Estado para llevar adelante una acción que corresponde a éste y por la que el propio Estado conserva íntegra responsabilidad; es decir,

“responde por ella”, sin perjuicio de que la entidad o el sujeto delegados también responsan ante el Estado.

28. Es posible distinguir entre la mera supervisión —que no es, sin embargo, distancia total e indiferencia institucional— por parte del Estado con respecto a los entes privados, tanto facultativos como empresas médicas, que actúan sobre los usuarios del servicio (pacientes) con apoyo en una relación de derecho privado, aunque reviste interés público o social; y la responsabilidad material que conserva el Estado cuando interviene, por acuerdo de éste y con él, un ente privado que opera en una relación de derecho público con el Estado del que recibe su encargo, relación que trasciende hacia el usuario del servicio convertido en beneficiario de esa relación.

X. RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

29. En el *Caso Ximenes Lopes*, el Estado demandado reconoció bajo diversos conceptos los hechos que se le atribuían y las características de éstos. Lo hizo mediante explícitas admisiones de hechos y formuló reconocimiento parcial de responsabilidad internacional. Esta actitud del Estado —que tiene repercusiones sustantivas y procesales— fue apreciada por la Corte y forma parte de una creciente corriente de entendimiento que favorece la composición entre las partes. Las dimensiones éticas y jurídicas de este comportamiento procesal ameritan reflexión. Fenómenos semejantes, que la Corte ha valorado, se observaron en el mismo período de sesiones en el que se dictó la resolución sobre este litigio, por lo que respecta a los otros dos casos examinados en julio de 2006: *Caso de las Masacres de Ituango* (Colombia) y *Caso Montero Aranguren* (Venezuela).

CASO CLAUDE REYES Y OTROS VS. CHILE, del 19 de septiembre de 2006

1. En un cuarto de siglo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha debido explorar el sentido y alcance de numerosos derechos y libertades contenidos en la Convención Americana. Esta relectura del ordenamiento internacional, a la luz del objeto y fin del tratado —que se concentran en la tutela más amplia de los derechos humanos— y bajo el apremio de circunstancias renovadas, ha llevado a precisar evolutivamente el significado de los preceptos convencionales sin extrañar el rumbo de la Convención ni alterar su signo fundamental. Por el contrario, éstos se han afirmado y fortalecido. La relectura de los

textos —característica de los tribunales constitucionales en el sistema nacional y de los tribunales convencionales en el internacional— permite mantener al día la tutela de los derechos y responder a las novedades que aporta el desarrollo en las relaciones entre el individuo y el poder público.

2. Así adquiere vigencia el concepto sustentado por la Corte Interamericana, informada en este extremo por la jurisprudencia europea, cuando afirma que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el (...) artículo 29 (de la Convención Americana), así como las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.
3. Desde luego, nada de esto implica que el tribunal ponga en movimiento su imaginación y altere los lineamientos de la Convención, sin pasar por las instancias normativas formales. No se trata, en suma, de “reformular” el texto de aquélla, sino de desarrollar las decisiones jurídicas del ordenamiento para que mantenga su “capacidad de respuesta” frente a situaciones que los autores del instrumento no tuvieron a la vista, pero que implican cuestiones esencialmente iguales a las consideradas en esa normativa, y que traen consigo problemas específicos y requieren soluciones puntuales, extraídas, por supuesto, de los valores, principios y normas en vigor. En esta dirección ha marchado la jurisprudencia interamericana, gobernada por las disposiciones suscritas en 1969, en las que ha sabido encontrar, generalmente, el significado actual y pertinente para enfrentar y resolver las condiciones de cada nueva etapa. Abundan los ejemplos de este desarrollo.
4. Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el “debido proceso”. Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión —esencial para la tutela de los derechos humanos— con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8º, que figura bajo el rubro de “Garantías judiciales”. Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes —en múltiples vertientes— lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio.

5. Si el destinatario de la tutela que ofrece la Convención y el aplicador de ésta se detienen en la letra de las expresiones, conforme fueron escritas hace varias décadas, limitará la expectativa de protección —aquél— y la posibilidad de otorgarla —éste— a los supuestos de juicio formal seguido ante los órganos judiciales. En efecto, el artículo 8° alude a garantías “judiciales”, y en seguida se refiere a un “juez o tribunal”. Sin embargo, este alcance limitado sería notoriamente insuficiente, hoy día, para alcanzar los objetivos que se ha propuesto el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Si las garantías provistas por el artículo 8°, que gobierna los más relevantes asuntos de la tutela procesal, se contrajeran al desempeño de los órganos judiciales, quedaría en desamparo la definición de derechos y libertades que se realiza por otras vías, formalmente distintas de la judicial, pero materialmente cercanas a ésta en cuanto sirven al mismo fin: definir derechos y fijar deberes.
6. Por ejemplo, en diversos países la solución de las controversias entre la Administración Pública y el ciudadano se encomienda a los órganos judiciales; en otros, se entrega a órganos localizados fuera del Poder Judicial, bajo rubros jurisdiccionales o administrativos. En algunos Estados, la investigación de los delitos y la decisión sobre el empleo de la vía penal, una vez establecidos ciertos datos de hecho y derecho, queda en manos de una autoridad administrativa, el Ministerio Público —que ciertamente no es juez o tribunal—, mientras en otros se confía a jueces de instrucción, que tienen aquella naturaleza formal y material. Algunas decisiones trascendentales sobre afectación de propiedades, definición de derechos entre miembros de distintos sectores sociales, responsabilidad de servidores públicos y medidas de protección de niños y adolescentes (diferentes de las que son consecuencia de la violación de la ley penal) se han depositado en instancias judiciales, pero otras —que implican privación de derechos y sujeción a deberes— quedan a cargo de instancias de carácter diferente. Las experiencias nacionales históricas y contemporáneas permitirían agregar nuevos y abundantes ejemplos.
7. La jurisprudencia de la Corte Interamericana a propósito del debido proceso, la tutela judicial, las garantías procesales o la preparación y el ejercicio de la defensa de los particulares —expresiones que coinciden en una sola preocupación— ha desarrollado en sentido progresivo —invariablemente garantista— los datos del debido proceso. Esa jurisprudencia ha establecido, de esta forma, lo que denominé la “frontera actual del procedimiento” (*Voto razonado a la Opinión Consultiva OC-16*), que se mueve como resulta necesario, sin capricho ni aventura, para ajustar la defensa de los seres humanos frente a requerimientos emergentes.

8. Así, la Corte ha establecido que el derecho del detenido extranjero a ser informado acerca de la asistencia consular que puede recibir —un derecho que no se plantea frente a órganos judiciales— constituye un derecho dentro del marco del debido proceso; que las garantías previstas en el proceso penal —contempladas en el párrafo 2 del artículo 8°— son igualmente aplicables al procedimiento administrativo, en tanto éste implica, como aquél, una expresión del poder sancionador del Estado; que los derechos estatuidos en favor del inculpado en el ámbito penal deben ser atraídos, igualmente, a otros órdenes del procedimiento, en cuanto resulte aplicable a éstos, etcétera.
9. Todo ello —y desde luego me percaté de que se trata de hipótesis de distinto signo, pero vinculadas por un mismo hilo conductor— pone de manifiesto una sola orientación tutelar que se identifica por el propósito de que las decisiones de las autoridades que definen derechos y deberes individuales, cualesquiera que aquéllas y éstos sean, satisfagan condiciones mínimas de objetividad, racionalidad y legalidad.
10. En el *Caso Claude Reyes* he sostenido que la decisión del órgano administrativo que dispuso la información a la que tendrían acceso los solicitantes y aquella otra que no podrían recibir, constituyó un acto de definición de derechos —en la especie, el derecho de buscar y recibir determinada información, en los términos del artículo 13 del Pacto de San José— en cuya emisión no se observaron ciertas garantías previstas en el artículo 8° de la misma Convención. Esta inobservancia determinó que además de la afectación del artículo 13, sobre libertad de pensamiento y expresión, declarada por unanimidad de los integrantes de la Corte Interamericana, se presentase una vulneración del artículo 8°, a juicio de la mayoría, no seguido por dos integrantes de la Corte, por cuyo parecer tengo el mayor aprecio. De ahí que me permita expresar, en consecuencia de ese aprecio que me merecen mis colegas —lo mismo cuando coinciden que cuando difieren—, mis puntos de vista personales en un cotejo de opiniones legítimo y constructivo.
11. Obviamente, en la etapa administrativa de sus gestiones, los solicitantes de información no se encontraban dentro de un proceso judicial seguido ante un juez o tribunal, sino intervenían en un procedimiento administrativo desarrollado ante una autoridad de esta naturaleza. Sin embargo, ésta se hallaba obligada —en mi concepto— a actuar dentro del mismo cauce previsto por el artículo 8°, en todo lo que resultase pertinente y aplicable, en la medida en que su decisión definiría el derecho de los solicitantes.
12. La necesidad de atender las exigencias del artículo 8° no deriva, a mi entender, del carácter de la autoridad dentro de la estructura del Estado, sino de la naturaleza de la función que ésta ejerce en el caso con-

- creto y de la trascendencia que dicho ejercicio puede tener en relación con los derechos y los deberes del ciudadano que comparece ante ella, esgrimiendo el derecho que considera tener y aguardando la decisión fundada que debe recaer a la pretensión que manifiesta.
13. La decisión de aquella autoridad administrativa podía ser combatida ante un órgano judicial —como en efecto se intentó— para que éste dispusiera en definitiva, y la garantía del artículo 8.1 de la Convención era claramente aplicable al mencionado órgano judicial. Sin embargo, también es cierto que la existencia de un medio de control de la legalidad, por vía judicial, no implica que el primer tramo en el ejercicio del poder de decisión sobre derechos y deberes individuales quede sustraído a las garantías del procedimiento, a cambio de que éstas existan cuando se ingresa al segundo tramo de aquel ejercicio, una vez abierto un proceso ante la autoridad judicial. En rigor, es preciso observar las garantías en todas las etapas, cada una de las cuales lleva, de manera provisional o definitiva, a la determinación de los derechos. El control que la última etapa promete al particular, no justifica que en la primera —cualquiera que sea, técnicamente, su encañonamiento— se dejen de lado esas garantías con la expectativa de recibir las posteriormente.
14. Considero, en fin, que las garantías del artículo 8°, en el sentido que encuentra en ellas la actual jurisprudencia de la Corte, no se aplican solamente al juicio o proceso, sino al procedimiento del que depende, como he señalado reiteradamente, la definición de derechos y deberes. De nuevo subrayo que esa aplicabilidad tiene el alcance que en cada caso permiten las características del procedimiento correspondiente. Por ello me refiero al deber de fundamentación y no a todos y cada uno de los deberes abarcados en el artículo 8°, tanto literalmente como a través de los renovados alcances que ha establecido la jurisprudencia interamericana.

CASO GOIBURÚ Y OTROS VS. PARAGUAY,
del 22 de septiembre de 2006

1. Coincido con el parecer de mis colegas expresado en la *Sentencia* de este caso, sin perjuicio de establecer —o reiterar— algunas preocupaciones en relación con ciertos conceptos, cuyo sentido y alcance requieren comentario. Desde luego, esta precisión —en la que dejo a salvo la opinión de quienes tienen puntos de vista diferentes— no modifica mi participación concurrente en el voto unánime que sustenta la decisión de la Corte en cuanto al fondo y las reparaciones.

2. En la *Sentencia* que ahora examino se ha utilizado el concepto “responsabilidad agravada” del Estado, que conviene reexaminar. Desde hace varios años me he referido a este punto, como se observa en mi *Voto razonado* con respecto a la *Sentencia* dictada por la Corte Interamericana en el *Caso Myrna Mack Chang* el 25 de noviembre de 2003. Por supuesto, no desconozco ni cuestiono la carga de reproche útil que puede tener esa expresión cuando se emplea para apreciar públicamente determinados hechos y favorecer su rechazo.
3. La expresión “responsabilidad agravada” sugiere que habría un catálogo de responsabilidades de diversa importancia o profundidad: desde leves hasta graves, tal vez pasando por categorías intermedias. Si no fuera así, perdería sentido la referencia a responsabilidades “agravadas”, giro que debiera tener, por otra parte, una correspondencia en el orden descendente de supuestas responsabilidades: “responsabilidad atenuada”, que nunca ha figurado en la jurisprudencia de la Corte.
4. A mi modo de ver, no existe tal responsabilidad “agravada”, como tampoco una responsabilidad “atenuada”, porque la responsabilidad sólo implica, sin consideraciones de intensidad o matiz, la posibilidad o necesidad de “responder” por determinados hechos en virtud de un título jurídico de imputación que vincula determinada conducta con cierta persona que ha de responder por aquélla a través del establecimiento de ciertas consecuencias jurídicamente.
5. Por supuesto, esto no significa que las violaciones de derechos humanos carezcan de “tono propio” y revistan invariablemente la misma gravedad. Lo que es uniforme es la responsabilidad —vínculo lógico jurídico entre un hecho, un responsable y unas consecuencias—, no los hechos de los que aquélla deriva ni los efectos que el tribunal les atribuye. En otros términos, los hechos pueden ser calificados como leves, graves o gravísimos, y las consecuencias, como ordinarias, severas o severísimas. En cambio, la responsabilidad es sólo responsabilidad.
6. Bastarán algunos ejemplos para aclarar lo que pretendo decir. La violación del derecho a la integridad es gravísima —por la relevancia de los bienes jurídicos afectados y la entidad de los hechos en los que esa violación consiste— cuando se somete a la víctima a torturas. La violación del derecho a la vida adquiere la más notoria e intensa gravedad cuando se traduce en la privación de la vida de un conjunto de personas a las que se ejecuta de manera brutal. Es muy grave la violación del derecho a la libertad, entre otros, cuando se practica de manera arbitraria, se prolonga durante algún tiempo o deviene desaparición forzada en los términos del Derecho internacional. También se puede sostener que los hechos son más graves cuando sus autores son altos funcionarios del Estado, depositarios de una mayor expectativa

de garantía —garantes, pues, calificados—, de quienes se aguarda una conducta ejemplar y que están llamados a velar por la legitimidad de los actos de los servidores públicos en su conjunto. También son particularmente graves las violaciones cuando las perpetran quienes tienen a su cargo, precisamente, obligaciones específicas de respeto y garantía de los derechos humanos, o cuando se desarrollan en circunstancias en las que se extrema la lesividad de la conducta y que inclusive pasan a formar parte de los hechos mismos. Todo eso nutre la “gravedad de los hechos”.

7. Por otra parte, el orden jurídico responde racional y proporcionalmente a la gravedad de los hechos a través de la selección de consecuencias previstas en los ordenamientos y aplicadas por los tribunales. No es admisible sancionar hechos gravísimos con medidas levisimas, como sucede a través de procesos a “modo” o fraudulentos, rechazados por los órganos penales internacionales, y también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito de su propia competencia material. Tampoco sería admisible adoptar medidas de la mayor severidad cuando los hechos no revisten tan elevada gravedad. En ambas hipótesis se contrariarían los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad que gobiernan la previsión y aplicación de consecuencias jurídicas de las conductas ilícitas.
8. En fin, un tribunal puede establecer que los hechos ilícitos tuvieron naturaleza grave o se vieron agravados por la concurrencia de determinados elementos o condiciones, y que por ello las consecuencias correspondientes deben revestir mayor severidad. En el examen total de un caso y en la decisión que se adopte, estas calificaciones —no sólo posibles, sino también indispensables— concurrirán con una definición lógico-jurídica en la que desemboca la prueba sobre los hechos y a partir de la cual se establecen sus efectos. Esa definición se refiere a la responsabilidad del Estado, ni grave ni leve, sólo responsabilidad, por determinados hechos, éstos sí más o menos graves, que justificarán la naturaleza, el rigor y el alcance de la medida adoptada.
9. Cuando me ocupé de este asunto en mi *Voto para la Sentencia del Caso Myrna Mack Chang*, señalé que en dicho caso existió “un agravamiento objetivo de los hechos, en la medida en que resulta notorio, al amparo de los elementos de conocimiento disponibles (...), 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 (...) 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 (...)” (*Voto cit.*, párr. 44)
10. “Un aspecto destacado de la gravedad que revistió 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 (...) 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” (*id.*, párrs. 45-46).
 11. La reserva que expreso acerca del concepto “responsabilidad agravada” no me lleva a disentir del juicio formulado por mis colegas y asentado en la *Sentencia* adoptada por unanimidad. La referencia a una responsabilidad agravada del Estado, que se monta sobre la gravedad objetiva de los hechos y apunta hacia la severidad de las medidas sancionadoras, no modifica la razón y pertinencia del juicio condenatorio. En este caso, las palabras no influyen en la estructura del juicio y la determinación del resultado.
 12. Más allá de la pura expresión, resulta al final evidente que hubo hechos sumamente graves, que existe responsabilidad internacional del Estado por tales hechos, considerando quiénes los realizaron, y que es pertinente disponer medidas adecuadas a estos extremos. Por supuesto, no se pierde de vista —y así lo acoge la *Sentencia*— el reconocimiento de responsabilidad que ha formulado el propio Estado, a través de actos caracterizables técnicamente como confesiones y allanamientos. Por lo demás, observo que la Comisión Interamericana emplea en su presentación del caso estos conceptos que poseen —como también he sostenido en diversos *Votos*— connotaciones técnico-jurídicas propias, y no se limita a aludir a un reconocimiento de responsabilidad estatal.
 13. Acerca de este último punto, comparto la apreciación, expuesta en la *Sentencia*, acerca del valor jurídico, ético y político de los actos de reconocimiento, confesión y allanamiento. Expresan una actitud saludable para el imperio de los derechos humanos, que permitirá construir —así lo esperamos— nuevas y mejores etapas. Reconozco que esos actos corresponden a decisiones de los propios Estados, en las que no puede ni debe intervenir la Corte, que se limita a recibirlas y analizarlas para los fines de su propia competencia. Pero al mismo tiempo celebro, como lo he manifestado en diversas circunstancias, que se haya incrementado el número de reconocimientos, confesiones y allanamientos, que traen consigo, por definición, un mejor acceso a la verdad de los hechos, que a todos interesa. Por ello he destacado este hecho en mis informes, como Presidente de la Corte, ante

- la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y la Asamblea General de la OEA.
14. También observo que en el orden interamericano de protección de los derechos humanos —y dentro de éste, en el enjuiciamiento ante la Corte Interamericana—, el reconocimiento formulado por el Estado, que contribuye al establecimiento de la verdad y a la solución del litigio, no necesariamente resume aquélla y agota éste. Nunca constituye, pues, un obstáculo insuperable que oculte algunos hechos a cambio de revelar otros.
15. La Corte mantiene la facultad, que suele ejercer, de llevar adelante el proceso, una vez que ha ocurrido el acto admisorio de la parte estatal, para avanzar en la definición de los acontecimientos y abrir un espacio de satisfacción a las víctimas. Oye testimonios y dictámenes, recaba nuevas pruebas, refiere en la sentencia los hechos probados. Jamás se limita a declarar que ha cesado la controversia y archivar el caso. Con gran frecuencia se ha contado con la buena voluntad del Estado para dar al enjuiciamiento sobre derechos humanos este giro garantista que pudiera parecer innecesario en otros órdenes del enjuiciamiento, pero es congruente con la finalidad a la que sirve el sistema interamericano, del que forman parte los propios Estados, como garantes, y la Corte Interamericana.

* * *

16. En la *Sentencia* se habla de “terrorismo de Estado”. En otra resolución dictada en el mismo período de sesiones de la Corte Interamericana al que corresponde el *Caso Goiburú*: la sentencia relativa al *Caso Almonacid Arellano y otros*, se alude a una “política de Estado” consistente en la represión generalizada en contra de opositores. No tengo reserva alguna —y sí plena coincidencia— con las consideraciones formuladas por la Corte y las decisiones a las que ésta llega con respecto a la violación de derechos en ambos supuestos y a las características que aquélla revistió. Por lo demás, he elaborado este *Voto* con referencia al caso mencionado en primer término, no al indicado en segundo lugar.
17. Sin perjuicio de la declaración precedente, deseo expresar la preocupación que suscita el alcance de ciertos conceptos —como los señalados en el párrafo anterior y otros aledaños— y sus eventuales consecuencias. Esta preocupación obedece a que aquellos conceptos y otros semejantes, particularmente el relativo a “crimen de Estado”, implican, si se les analiza literalmente, la atribución de conductas al Estado, la concentración de responsabilidades en éste y la calificación de acciones criminales como políticas atribuibles al Estado, como consecuencia del comportamiento de quienes ocuparon altos cargos públicos y

- tuvieron y ejercieron poderes desmesurados, y la reunión de responsabilidades en el propio Estado.
18. En textos penales y criminológicos esclarecedores, que buscan “poner los puntos sobre las íes”, mostrar los graves crímenes ocultos por una montaña de “justificaciones”, “negaciones” y “neutralizaciones”, y sacar de la sombra a sus perpetradores, algunos de aquellos términos ocupan una posición central y han sido objeto de cuidadoso examen. En este marco de observaciones hay que recordar los ilustrativos desarrollos de Stanley Cohen y, muy recientemente, la exposición de Raúl Zaffaroni en el Simposio de Criminología de Estocolmo y en el Congreso Internacional de Derecho Penal, en México (2006), acerca de los crímenes de Estado.
 19. Obviamente, no cuestiono las denuncias, cuyas razones comparto, sino llamo la atención hacia el empleo que pudiera hacerse de términos sujetos a diversas interpretaciones, hasta llevarlos a una encrucijada que acoja justificaciones y pretenda, por esta vía, abrir la puerta hacia la impunidad. No hablo, pues, de un error, sino de un riesgo.
 20. Terrorismo de Estado significa que el *Estado* se convierte en terrorista, siembra miedo y alarma en la población, causa la angustia que perturba gravemente la paz en el seno de la sociedad. Política de Estado implica que *este mismo* —un ente complejo y diverso, que ciertamente no es una persona física, un individuo, ni se resume en una pandilla criminal— asume un plan y lo desarrolla a través de ciertas conductas que se disciplinan al fin y a la estrategia diseñados por el propio Estado. Igualmente, la noción de un crimen de Estado, si nos atenemos al significado literal de la expresión, se instala sobre el supuesto de que el *Estado* comete crímenes.
 21. La expresión crimen de Estado —y en su propio ámbito, muy similar, el concepto terrorismo de Estado y el giro política de Estado, aplicado a esta materia— posee el notable y plausible valor de que recoge y exhibe conductas de la más reprobable naturaleza: teratología de la criminalidad, atrincherada en discursos que procuran ser persuasivos, y en ocasiones han conseguido permear en algunos sectores de la población. Bajo su ala se ha victimado a millones de seres humanos, en aras de una suma de propósitos entre los que figuran la seguridad, el respeto a la tradición, la preservación de valores culturales, la paz social. Por ello reconozco la eficacia de las expresiones fulminantes llamadas a descubrir la identidad de estos sucesos criminales y a detener los argumentos que esgrimen sus autores.
 22. Es evidente que las violaciones, aisladas o masivas, son cometidas por agentes del Estado o por otros individuos cuya conducta compromete la responsabilidad internacional de aquél, parte material y procesal en los enjuiciamientos internacionales sobre derechos humanos, que

puede recibir, bajo ese título y conforme a la responsabilidad que se acredite, la declaración y la condena que formula el Tribunal. Las violaciones a derechos humanos, particularmente las que afectan de manera más intensa bienes jurídicos fundamentales —vida, integridad, libertad—, se hallan recogidas como crímenes o delitos en la normativa nacional e internacional, y generan, además de aquella responsabilidad del Estado, una responsabilidad penal específica de los individuos.

23. Por eso prefiero hablar de “crímenes *desde* el Estado” o “terrorismo *desde* el Estado”, es decir, crímenes y terrorismo a través del empleo del poder y de los medios e instrumentos con que cuentan quienes lo detentan, enfilados a delinquir. En forma semejante se puede examinar la expresión “política de Estado”, que supone un consenso, una participación social y política, una admisión generalizada, o acaso unánime, generada a través de fines, metas y acuerdos democráticos, que no poseen y que jamás han tenido las conjuras criminales, los pactos de camarilla disfrazados con razones de Estado, consideraciones de bien común, motivos de unidad y paz pública que sólo tendrían sentido moral en una sociedad democrática.
24. Así las cosas, cuando se invoca la imputación internacional en materia de derechos humanos (otra cosa es la justicia penal internacional) se hace referencia a responsabilidad del Estado, y cuando se alude a imputación personal se analiza una responsabilidad criminal o penal. Aunque la responsabilidad internacional —y algunos extremos de la responsabilidad interna— concierne al Estado, la responsabilidad penal corresponde a los individuos autores o participantes en el delito, bajo el concepto de “criminales”, “delincuentes” o “infractores”, cuando así lo resuelve la sentencia respectiva. En suma, son los individuos quienes cometen crímenes o delitos; y en determinadas hipótesis el Estado responde por aquéllos, sin perjuicio de la responsabilidad directa de los sujetos activos.
25. Quienes pretendieran subvertir la carga de denuncia y reproche depositada en las expresiones “crimen de Estado”, “terrorismo de Estado” o “política de Estado” consistente en la violación de derechos de los ciudadanos, procurarían poner el crimen, el terror o el cumplimiento de esa política en la cuenta del Estado, y no de los individuos que incurren en aquéllos, aun cuando, como he dicho —y lo subrayo, para evitar interpretaciones erróneas—, la intensidad de esta expresión, empleada en muchos casos, contribuye a evidenciar el empleo de medios e instrumentos del Estado por parte de funcionarios y subalternos para llevar adelante sus actividades delictivas.
26. Estas confabulaciones, expresadas en decisiones y actuaciones ilícitas, han desencadenado algunos de los fenómenos criminales más graves

- de que se tiene noticia. Implican, en esencia, una traición radical del funcionario a los fines del Estado y a los compromisos morales y jurídicos que debe honrar y que, en contraste, ignora y deshonra. La calificación de conductas delictivas como “crímenes de Estado” procura un fin plausible. Empero, esto no cancela la necesidad y conveniencia de precisar con rigor el alcance de cada término en función de las responsabilidades atribuidas y de las sanciones aplicables, justamente para cerrar la puerta a las constantes tentaciones de evasión o impunidad.
27. Es inquietante la posibilidad de que tras la noción del crimen, el terrorismo o la política de Estado pretendan ampararse precisamente quienes deben responder por gravísimos delitos personales, sustrayéndose a su responsabilidad individual y pretendiendo justificarse o exculparse con el argumento de que sólo sirvieron a un designio criminal que superaba y condicionaba su propia voluntad. Rondan los argumentos fincados en la “obediencia jerárquica”, y hasta se podría sugerir, en una nueva aplicación de los conceptos, que “todo el mundo es culpable, salvo el criminal”.
28. Por ello creo que es preferible “poner cada cosa en su sitio” y dar a cada sujeto la calificación que le corresponde, para que absorba, en consecuencia, su responsabilidad. Esta puede recaer en un extenso conjunto: desde los más altos funcionarios públicos, hasta el último ejecutor de consignas notoriamente delictuosas o de iniciativas criminales propias, que no debieran refugiarse en el argumento de que ese crimen no es *su* crimen, sino el *del Estado*. Ningún funcionario, por elevado que sea su rango y determinante que sea su autoridad, puede concentrar en su persona “todo el Estado” —independientemente de las experiencias históricas del absolutismo— e inscribir sus crímenes en la cuenta de aquél.
29. Por cierto, cuando se advierte —como ocurre en el *Caso Goiburú*— la participación delictuosa de funcionarios de diversos Estados, que actúan de concierto y persiguen fines comunes ilegítimos, a través de actividades previamente convenidas y ejecutadas conforme a un plan compartido, ¿sería adecuado referirse a “crímenes de Estados”? Esto diluiría más aún la responsabilidad delictuosa o la ampliaría extraordinariamente, hasta abarcar a un número indeterminado de sujetos que forman parte de la estructura de varios Estados, pero son ajenos a la ejecución de actividades delictuosas, e incluso a la noticia misma de su existencia.
30. Las reflexiones anteriores se hallan en la misma línea que informó una parte de mi *Voto razonado* en el citado *Caso Myrna Mack Chang* (párr. 34).

CASO VARGAS ARECO VS. PARAGUAY,
del 26 de septiembre de 2006

1. En este *Voto* sólo me ocuparé en un punto de la *Sentencia* dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, a saber: la reacción penal con respecto a la privación de la vida de Gerardo Vargas Areco, que se tradujo en dos procesos del orden criminal, uno ante la justicia militar, y el otro ante la justicia ordinaria.
2. Desde luego, entiendo —al igual que mis colegas que suscriben la *Sentencia*— que no corresponde a la Corte, en virtud de su competencia *ratione temporis* derivada de la fecha en que el Estado aceptó la competencia contenciosa del Tribunal, pronunciarse sobre la privación misma de la vida de Vargas Areco en relación con las disposiciones de la Convención Americana referentes a ese derecho fundamental. No pretendo, pues, analizar este hecho y calificarlo desde la perspectiva del Pacto de San José.
3. En algunos casos, sin embargo, la Corte ha estimado pertinente formular ciertas consideraciones acerca de hechos graves que llaman su atención. Al hacerlo, toma en cuenta la función que le compete como órgano protector de los derechos humanos convocado a prevenir la comisión de hechos violatorios y orientar la acción de los Estados a este respecto, aun cuando el estudio detallado de tales hechos quede sustraído a su competencia y no forme parte, por lo tanto, de la resolución que emite.
4. En esas circunstancias, la Corte se limita a exponer algunas reflexiones acerca del contexto en el que ocurren los acontecimientos sobre los que despliega su competencia. Esto es lo que ha ocurrido a propósito de la incorporación de menores de edad en las fuerzas armadas y de la mencionada reacción penal con respecto a la privación de la vida del niño Gerardo Vargas Areco, que contaba dieciséis años de edad al tiempo de su muerte, en las condiciones que la *Sentencia* menciona.
5. Al exponer estas preocupaciones —que constan en los párrafos 107 y 108 de la *Sentencia*—, la Corte no pretende abordar y resolver una cuestión que corresponde exclusivamente al orden interno del Estado. Son los tribunales competentes de éste quienes examinan los hechos y emiten la sentencia que corresponda, conforme a la legislación aplicable y de acuerdo con sus atribuciones jurisdiccionales.
6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para

conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

7. Valga, para estos fines, el cotejo con la misión de un tribunal de constitucionalidad, que tampoco podría absorber el conocimiento de la contienda civil o penal, en sus casos, sino sólo examinar la conformidad del proceso y de las decisiones correspondientes con la Constitución nacional. Otro tanto ocurre con la Corte Interamericana. Esta sólo puede confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza. No emprende, pues, una nueva etapa —instancia— del juicio ordinario. Este comienza, se desarrolla y concluye en el ámbito de la jurisdicción interna. Por ello, el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas.
8. Ahora bien, en la lógica del sistema tutelar de los derechos humanos, trasladada a las normas convencionales, reside la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de hechos determinados, desde la perspectiva de los derechos humanos. Esto es evidente, y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención —e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito—, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención.
9. De la obligación general que tiene el Estado, a la luz del artículo 1.1 del Pacto de San José, de garantizar el respeto de los derechos humanos deriva el deber instrumental de proveer a la persecución de una conducta ilícita que contravenga las normas del Pacto y lesione bienes jurídicos tutelados bajo el concepto de derechos humanos. Es evidente que esta persecución (que puede reflejarse en una serie de actos del Estado: tipificación, enjuiciamiento, sentencia, ejecución, con notorio alcance en materia penal, pero aplicaciones relevantes en

- otros espacios del sistema de previsiones públicas frente a comportamientos ilícitos) debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende. Si no lo fuese dejaría de cumplir esta función garantizadora y se traduciría en inobservancia de una obligación estatal que no puede ser atendida de cualquier manera, en forma arbitraria o irracional.
10. En efecto, la verdadera garantía ha de ser consecuente con una serie de elementos cuyo examen permite apreciar el cumplimiento de los deberes estatales: bien jurídico tutelado, medida y circunstancias en que se vulnera, conducta desplegada por el autor de la transgresión, necesidad de evitar tanto la lenidad que abre el cauce a la impunidad como el exceso que incurre en tiranía. Aquélla y ésta, que implican desproporción entre la violación cometida y la reacción jurídica pública, contrarían la regla de racionalidad que debe conducir la conducta del Estado en el desempeño de su autoridad.
 11. Por lo tanto, la observación de los hechos desde la óptica de los derechos humanos no puede ser indiferente a la proporcionalidad que exista entre la violación de los derechos y el despliegue de las garantías —en la vertiente de la justicia penal— a las que se ha comprometido el Estado. Esta observación, como dijo, no se traduce en el relevo de las funciones del juez natural por el juez internacional y en la determinación, por parte de éste, de la tipicidad, la culpabilidad y la punición de una conducta delictuosa, con la que se violan derechos humanos.
 12. Con apoyo en estas consideraciones, la Corte ha expresado la preocupación que le suscitan ciertas evidentes fracturas de la proporcionalidad que se debiera observar cuando existe una restricción o afectación de un derecho o se emite una decisión que sanciona la violación cometida al amparo de cierta ley y en el desempeño de determinada jurisdicción. El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquéllos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte.
 13. Es válido, pues, que en el despliegue de estas reflexiones la Corte Interamericana plantee interrogantes para el análisis nacional de la materia, sin perjuicio de que detenga su propio examen en la formulación de la interrogante y no avance hacia la solución de ésta, que eventualmente implicaría la emisión de una condena que el Tribunal internacional no está en posición de expedir.

14. Por ejemplo, la ejecución extrajudicial de un niño de dieciséis años de edad que pretende huir de la instalación militar a la que se halla adscrito, ¿puede ser caracterizada, como lo hizo la justicia militar, como un acto por exceso de celo, es decir, por exceso en una excluyente de ilicitud o de culpabilidad —probablemente lo primero, si se asocia el exceso al supuesto cumplimiento de un deber—, y recibir una sanción notablemente benigna, no obstante que se trataba de la privación de la vida de un niño, persona que no representaba peligro alguno para nadie, huía de espaldas a su ejecutor y podía ser desalentado mediante el empleo de otras medidas de intimidación? Por otro lado, ¿es pertinente considerar esa ejecución, según lo hizo la jurisdicción ordinaria, como homicidio culposo, es decir, no intencional, a pesar de que la conducta desplegada por el agente podía acarrear la muerte del sujeto pasivo, previsible y evitable, posibilidad aparentemente aceptada por el autor?
15. Más allá de la tipificación de la conducta delictuosa —porque finalmente tanto la instancia militar como la civil admitieron que se trataba de un comportamiento delictuoso—, cabría preguntarse si dentro del tramo de punibilidad previsto por la norma penal resultaba razonable aplicar una sanción notoriamente benigna —un año de prisión, frente a la posibilidad de llegar hasta cinco—, a pesar de las características del hecho realizado, la edad del ofendido, su absoluta indefensión, inocuidad y vulnerabilidad.
16. Se podría decir que no corresponde a quien analiza estos temas desde la óptica de los derechos humanos propiciar el rigor de los tipos penales, la severidad de las punibilidades o la elevación de las sanciones que aplica el juzgador en ejercicio de las facultades que la ley pone en sus manos, pero indudablemente compete a ese analista procurar que la garantía de respeto a los derechos observe la regla de proporcionalidad y no culmine en medidas ilusorias que sólo aparentemente satisfacen la exigencia de justicia. Si se acepta esto último, la formulación de los tipos penales, la previsión de punibilidades, las condiciones del enjuiciamiento y las decisiones contenidas en la sentencia pasan a constituir una cuestión central para la tutela efectiva de los derechos.

*CASO TRABAJADORES CESADOS
DEL CONGRESO (AGUADO ALFARO Y OTROS) VS. PERÚ,
del 24 de noviembre de 2006*

1. En esta Sentencia la Corte se ha pronunciado sobre el “control de convencionalidad” (párr. 128) que pueden y deben ejercer los órganos

de la justicia nacional con respecto a actos de autoridad —entre ellos, normas de alcance general—, conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por diversos actos de carácter soberano —ratificación o adhesión a un tratado, reconocimiento de una competencia— los Estados a los que corresponden esos órganos nacionales. En este mismo año el Tribunal aludió dicho “control” en la Sentencia del *Caso Almonacid* (párr. 124).

2. En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.
3. Es perfectamente conocida la cadena jurisdiccional de medios de control de actos de autoridad, que bajo diversos criterios competenciales —y no siempre conforme a un sistema de instancias que represente nuevas etapas de un mismo proceso—, procura ajustar a derecho los actos de las autoridades. Esto se hace, en el ámbito que ahora me interesa invocar, cada vez que se realiza un juicio de legalidad (en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa): por el órgano de alzada en relación con el órgano de primera instancia; por la autoridad de casación acerca de la decisión judicial cuestionada; por el tribunal constitucional a propósito de actos de diversas autoridades nacionales, y por el tribunal internacional en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquél para resolver asuntos contenciosos surgidas en el ámbito interno.
4. En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores

- principios y valores del sistema democrático— que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).
5. De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.
 6. Cada vez son menores las cuestiones sobre el carácter vinculante o apenas sugerente de las resoluciones de los tribunales internacionales de derechos humanos. No analizo ahora el valor que pudieran revestir las opiniones emitidas por éstos como respuesta a una solicitud en ese sentido. Me refiero, más bien, a las resoluciones dictadas en el curso o como conclusión de un verdadero proceso, abierto a partir de una contienda (litigio, en sentido material) planteado a la jurisdicción por quien se encuentra legitimado para formular demanda (en nuestro caso, conforme a la Convención Americana, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos o un Estado que ha reconocido la denominada competencia contenciosa de la Corte Interamericana). La CADH estatuye con claridad —y existe opinión común en este sentido— que esas resoluciones son vinculantes para las partes contendientes. Se puede ir más lejos, inclusive, cuando el juicio recae sobre actos que por su propia naturaleza tienen un ámbito subjetivo de aplicación que excede a las partes en el litigio: así, una ley, como se observó en la sentencia de interpretación del *Caso Barrios Altos*.
 7. Puesto que la CADH y el Estatuto de la Corte Interamericana —ambos, producto de la voluntad normativa de los Estados Americanos que las emitieron— confieren a la Corte la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y, en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, con múltiples fórmulas, la misma atribución dentro del *corpus juris* de derechos humanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales.

8. Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.
9. Afortunadamente, en los últimos años —en los que se ha observado un notable desarrollo en diversos aspectos, entre ellos el jurisdiccional, del sistema interamericano de protección de los derechos humanos— esa idea ha prevalecido en forma explícita y creciente. Son cada vez más los altos tribunales nacionales que la reconocen. La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar.
10. Para mantener el paso firme en esa dirección, es preciso alentar la conexión expresa y suficiente —que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales— entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tinden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplio derechos para las personas.
11. Si existe esa conexión clara y rotunda —o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones—, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea —que

- he reiterado— de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional.
12. Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener —como ha sucedido en algunos países— carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.
 13. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso —vertical y general— en materia de juridicidad de los actos de autoridades —por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos—, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso —al que corresponde el “control de convencionalidad”— se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

CASO DEL PENAL MIGUEL CASTRO Y CASTRO VS. PERÚ,
del 25 de noviembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas

1. En este *Voto* me referiré a dos cuestiones que analiza la Corte Interamericana en la Sentencia dictada en el *Caso Castro Castro* (Perú), del 25 de noviembre de 2006, que es, por cierto, una fecha simbólica en el compromiso general de combatir toda forma de violencia contra la mujer. Una de esas cuestiones, de la que me ocuparé en primer término y con mayor amplitud, corresponde a la aplicación, por parte del Tribunal, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, del 9 de junio de 1994, bien conocida bajo el nombre de la población en la que se suscribió: *Convención de Belém do Pará*. La otra concierne al frecuente, intenso y doloroso tema de la vida en reclusorios y la relación que existe, a propósito de la persecución penal —en términos amplios—, entre el poder público y los particulares, penalmente responsables o no, sobre los que aquélla se ejerce.

I. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ

2. La tutela de los derechos humanos requiere instrumentos de alcance general y específico que integran, conjuntamente, el “escudo de pro-

- tección” requerido por grandes sectores de la población. Evidentemente, no ha bastado con las declaraciones y los pactos en los que se enuncian y garantizan los derechos y las libertades de los seres humanos en general, a veces acogidos como “derechos del hombre” —la más antigua denominación— y actualmente, con la mayor frecuencia, como “derechos humanos o fundamentales”. Si bastara con aquellos, en tanto aluden a derechos que todos compartimos bajo la condición de seres humanos, y si fuese suficiente la proclamación de la igualdad y la no discriminación, que poseen carácter universal, no sería necesario contar con ciertos instrumentos de alcance más específico, referentes a derechos y libertades de esos grandes sectores de la población.
3. Ha sido necesario —más aún, indispensable— disponer de declaraciones y tratados específicos, que abarcan hipótesis de enorme importancia cualitativa y cuantitativa. Destaca la protección de los derechos de la mujer, vulnerable por diversos motivos, acosada por riesgos, restricciones y vulneraciones que poseen identidad característica y enlazan no sólo con las condiciones derivadas de la biología, sino también, y acaso sobre todo, en circunstancias culturales que no ha sido posible contrarrestar, suprimir, disipar —y en ocasiones ni siquiera moderar—, no obstante el esfuerzo realizado en este sentido por sucesivas generaciones. El requerimiento de medidas específicas de protección se observa y atiende tanto en el plano internacional como en los órdenes nacionales.
 4. Esta corriente ha predominado en América. Cuando se planteó, en la Conferencia sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz (Conferencia de Chapultepec, México, 1945) el establecimiento de un régimen de tutela de los derechos humanos, que incluyese una jurisdicción especializada, surgió la propuesta —que no era insólita— de que el correspondiente instrumento declarativo —y preceptivo— abarcase, explícitamente, a hombres y mujeres. Así, el presidente de la delegación de Uruguay en dicho encuentro solicitó, en un discurso del 22 de febrero de 1945, la expedición de una “nueva Declaración de los Derechos del Hombre y de la Mujer”. En suma, se reiteró —como antes, durante y después— la pertinencia, la urgencia inclusive, de amparar con referencias y figuras especiales a esa mitad de la humanidad que solía quedar —y suele quedar— en la penumbra cuando se trata de trasladar a la realidad los enunciados generales de protección de los seres humanos.
 5. No es mi propósito emprender en este *Voto* la relación de los trabajos conducentes a consolidar aquel propósito, en los diversos espacios en que se han manifestado: mundial y regionales. Me concentro en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de 1969 se ha construido, gradualmente, un *corpus juris* hemisférico sobre derechos

humanos, que hoy abarca sendos protocolos y tratados, entre los que figura la aludida Convención de Belém do Pará, una suerte de “carta magna específica” de los derechos de la mujer —o mejor: de las mujeres— que constituye capítulo separado y sustancial en el *corpus juris* pleno que constituye el estatuto del ser humano contemporáneo, apoyado en el doble cimiento que le proporcionan el orden de los derechos humanos a escala mundial y el orden de la misma especialidad en la dimensión continental.

6. Hasta hoy, la Corte Interamericana no había recibido consultas o litigios que tuviesen como personaje principal —o, al menos, como uno de los personajes principales, de manera específica—, a la mujer. Obviamente, la Corte ha abordado temas en los que se proyecta la cuestión de la igualdad a propósito del género (como la *Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”*, resuelta el 19 de enero de 1984), e igualmente ha debido conocer de casos que atañen a mujeres a título de víctimas de violaciones de derechos humanos o personas en riesgo, cuya situación amerita medidas provisionales de carácter cautelar y tutelar. Sin embargo, en estos casos la violación o el riesgo no ponía a la vista, necesariamente, consideraciones vinculadas directa e inmediatamente con la condición femenina de la víctima.
7. No corresponde a la Corte —que carece de la potestad de atracción y rechazo de cuestiones contenciosas, y tampoco puede sugerir formalmente temas para consulta— suscitar el envío de demandas o solicitudes de opinión sobre asuntos específicos, independientemente de la mayor o menor relevancia que éstos pudieran tener para la formulación de la jurisprudencia interamericana. La selección de casos incumbe solamente a quienes han sido investidos de legitimación procesal para proponerlos a la consideración de la Corte, sujetos a sus propios ordenamientos y dotados de autonomía —que la Corte no puede cuestionar— para formular el planteamiento, suscitando así el desempeño jurisdiccional. De ahí que la Corte no se hubiese ocupado de ciertos extremos concernientes a derechos de las mujeres, aunque lo hubiera hecho a propósito de otros grupos de población, también relevantes y vulnerables, de muy diversas características: menores de edad, miembros de comunidades indígenas, trabajadores migrantes, detenidos, desplazados, etcétera.
8. En el caso al que corresponde la Sentencia que acompaño con este *Voto* se ha planteado, por primera vez, la aplicabilidad de la Convención de Belém do Pará, acerca de la cual no existe pronunciamiento anterior de la Corte. Los había, en cambio, en otros casos referentes a la aplicabilidad y aplicación de instrumentos del *corpus juris* americano de los derechos humanos diferentes de la CADH: Protocolo de

San Salvador, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Este camino se hallaba, pues, suficientemente transitado; en cambio, aquél estaba pendiente de planteamiento, análisis y solución. Había sido, hasta hoy, un “tema inexplorado”, sin definición. Ya no lo es, gracias a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Castro Castro*.

9. La materia sugiere por lo menos dos consideraciones. Ante todo, resulta claro —a la luz de los desarrollos del Derecho nacional e internacional de los derechos humanos, pero sobre todo a la sombra de una realidad tenaz y lacerante— la necesidad de afirmar la protección específica que requieren los derechos y libertades de las mujeres, afirmación que constituye una pieza indispensable para la construcción integral del sistema de protección de los derechos humanos y su vigencia eficaz. Militar en esta dirección significa avanzar en un rumbo establecido —aunque siempre sembrado de obstáculos, limitaciones y contradicciones—, de manera consecuente con las mejores tendencias en esta etapa de la extensa y difícil historia de la igualdad de las mujeres y los varones ante la ley (y, más todavía, ante la aplicación de la ley a la realidad estricta).
10. Por supuesto, cuando me refiero a derechos y libertades de las mujeres estoy aludiendo a dos sectores en ese universo de protección jurídica: a) por una parte, aquellos que comparten, sin salvedad ni distinción, con los varones: derechos generales; y b) por otra parte, aquellos que se relacionan en forma directa y exclusiva —o casi exclusiva— con la condición de mujeres que tienen sus titulares. En este último sector se impone la adopción de medidas especiales que reconozcan características propias de las mujeres —ejemplo evidente es la protección previa y posterior al parto— y que restablezcan, introduzcan o favorezcan la igualdad entre varones y mujeres en ámbitos en los que éstas se han encontrado en situación desfavorable frente a aquéllos por consideraciones culturales, económicas, políticas, religiosas, etcétera.
11. En pronunciamientos acerca de la igualdad ante la ley y otros puntos aledaños, la Corte ha dejado claramente establecido que el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarlas en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación. El principio

- de juridicidad —que tiene raíz en el trato igual para todos— no sólo no excluye, sino reclama, la admisión —más todavía: la exigencia— de una especificidad que alimente ese trato igualitario y evite el naufragio al que frecuentemente se halla expuesto.
12. Por todo ello, es perfectamente justificable, además de deseable, que la defensa de los derechos de la mujer que se halla depositada en declaraciones y convenciones específicas sobre esta materia acuda al primer plano en la consideración de los órganos internacionales de protección. Esa admisión relevante contribuye a esclarecer, fortalecer y engrandecer el sistema protector en su conjunto. Resulta consecuente con los fines que este se propone y es pertinente y oportuno si se toma en cuenta cuál es la situación que a menudo prevalece en esta materia. Así, existe una razón de derecho sustantivo que sustenta el interés cifrado en la Convención de Belém do Pará.
 13. Resuelta esa primera cuestión, surge la relativa a la aplicabilidad y, en consecuencia, a la aplicación de aquel instrumento por parte de la Corte Interamericana en un caso concreto, en el desempeño de su jurisdicción contenciosa, de manera tal que la sentencia analice y resuelva sobre la afectación que pudo sufrir la presunta víctima conforme a la Convención de Belém do Pará. ¿Tiene la Corte Interamericana atribuciones para formular la declaración relativa a esa afectación, que formaría parte de la porción declarativa de una sentencia, y para disponer, a partir de ahí, ciertas consecuencias derivadas del hecho ilícito declarado, que sería parte de la porción condenatoria de la sentencia?
 14. Esta interrogante, con los efectos correspondientes, se hallaba resuelta frente a la CADH —soporte de la jurisdicción misma de la Corte, en sus diversas vertientes—, así como ante el Protocolo de San Salvador, la Convención relativa a la Tortura y la Convención referente a Desaparición Forzada. Ahora lo está en lo que respecta a la Convención de Belém do Pará, en torno a la cual han existido diversos puntos de vista. Desde luego, son respetables los diversos pareceres. No me permitiría desecharlos y mucho menos censurarlos en la medida en que no coincidan con el mío, pero debo expresar —con respeto para ellos— la opinión que finalmente he sustentado a la hora de votar la Sentencia.
 15. Las potestades de un órgano jurisdiccional derivan, necesariamente, de la norma que lo instituye, organiza y gobierna. Esta vinculación entre norma jurídica, por una parte, y jurisdicción, por la otra —expresión, en el orden jurisdiccional, del principio de legalidad—, constituye una preciosa garantía para los justiciables y un dato natural y necesario del Estado de Derecho. Sería inadmisibles y extraordinariamente peligroso para las personas que un órgano jurisdiccional

pretendiese “construir”, a partir de su voluntad, la competencia que le parezca pertinente. Este “voluntarismo creador de jurisdicción” pondría en riesgo el conjunto de los derechos y las libertades de las personas y constituiría una forma de tiranía no menos lesiva que la ejercida por otros órganos del poder público. Es posible que resulte aconsejable, conforme a la evolución de los hechos o del derecho, extender el ámbito jurisdiccional de un órgano de esta naturaleza, a fin de que concurra mejor a la satisfacción de necesidades sociales. Pero esa extensión debe operar a partir de la reforma normativa y no apenas de la decisión voluntariosa —y en esencia arbitraria— del órgano jurisdiccional.

16. Consecuentemente, un tribunal —y en el caso concreto, la Corte Interamericana— ha de explorar en el universo normativo al que debe disciplinar su desempeño las disposiciones que le confieren o le niegan atribuciones para conocer de ciertas contiendas. Esta es la primera cuestión que analiza y resuelve el órgano jurisdiccional que recibe una demanda de justicia. El punto no reviste mayor complicación cuando existe una norma clara, enfática, que de manera directa y explícita confiere esas atribuciones. Obviamente, tampoco la hay cuando la norma niega semejante posibilidad o la concede a un órgano diferente de aquel que está analizando y resolviendo sobre su propia competencia.
17. Existe una tercera situación, que se plantea cuando las disposiciones del ordenamiento sobre derechos humanos contienen algún régimen sobre el control de la materia por parte de los órganos internacionales de protección, pero la fórmula que utilizan no es por sí misma, *prima facie*, suficientemente explícita o unívoca, o difiere de la utilizada en otros casos. En esta hipótesis, el tribunal debe interpretar la disposición y hallar su significado. No digo, por supuesto, que debe “integrar” el ordenamiento y crear, a partir de su voluntad o de su imaginación, una competencia que no se encuentra recogida, en lo absoluto, en la norma sobre control de convencionalidad de los actos del Estado. Su poder no llega tan lejos: sólo debe desentrañar el sentido de la disposición oscura o elusiva y establecer, a través de ese proceso lógico-jurídico, su sentido y alcance. Es esto lo que ha hecho la Corte Interamericana a propósito de la Convención de Belém do Pará y su aplicabilidad al presente caso.
18. Es deseable que los instrumentos del *corpus juris* americano contengan mandamientos inequívocos, meridianamente claros, cuya interpretación no requiera mayor esfuerzo para el aplicador de la norma, e inclusive para cualquier lector. Se trata, en fin de cuentas, de la transparencia del significado de la norma, en bien de cuantos se hallan obligados o favorecidos por ella, transparencia conveniente en

todos los planos de la regulación jurídica. Sin embargo, en nuestro *corpus juris* específico hay diversidad de fórmulas para aludir a la responsabilidad internacional de los Estados y al correspondiente control cuando existe incumplimiento de los deberes asumidos. Cada tratado emplea su propio giro; cada uno requiere, por lo tanto, un esfuerzo autónomo de interpretación, que no puede aplicar sencillamente los razonamientos y las conclusiones que sustentaron, en este punto, el entendimiento de otros textos depositados en previos instrumentos.

19. Conviene revisar la forma en que se refieren a nuestro asunto los tratados que contienen disposiciones acerca del control internacional, en la inteligencia de que hay otros que no aluden a éste. De la revisión se desprende una gran diversidad de expresiones para aludir a un mismo punto y regularlo de manera esencialmente coincidente. En este punto es preciso mencionar también la existencia de una distinción adicional, que se detallará adelante: mientras ciertos ordenamientos —así, la CADH, por ejemplo— no incluyen restricciones al conocimiento de la Corte, *ratione materiae*, otros lo acotan a determinadas disposiciones —así, el Protocolo de San Salvador, también por ejemplo.
20. No ignoro la diversidad de circunstancias que pudieran rodear la preparación de cada instrumento internacional, ni pierdo de vista las vicisitudes que regularmente se hallan en la base de cada selección de textos, que entraña una compleja decisión jurídico y política, tras un proceso de reflexión y negociación. Más allá de la evidente variedad de expresiones, lo que importa es el progreso que cada instrumento ha significado en la protección de los derechos humanos —que está lejos de su puerto de arribo— y la necesidad de considerar tanto el conjunto como cada uno de sus componentes en forma tal que concurra a esa protección y exprese, desde cierta perspectiva consecuente con su especialidad, nuevos pasos adelante en el avance hacia un destino compartido.
21. Como es natural, el mandamiento primordial acerca del tema que ahora me interesa se halla en la CADH y en el Estatuto de la Corte Interamericana, que reconocen a la Corte competencia —en el orden contencioso, además de hacerlo en la vertiente consultiva— para resolver cualquier cuestión relativa a la interpretación y aplicación de ese tratado central del *corpus juris* americano (artículos 62 de la CADH y 1 del Estatuto). No hay duda al respecto, aunque se han planteado cuestiones, oportunamente resueltas por la Corte, en torno a la competencia de ésta a propósito de los litigios concernientes a un Estado que resuelve sustraerse a la competencia contenciosa a través de un acto unilateral —que no constituye denuncia de la Con-

- vinción— y acerca de la potestad de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus determinaciones vinculantes.
22. El Protocolo de San Salvador se refiere a este asunto en términos diferentes. Pudo hacerlo en la misma forma que la CADH. Con todo, esos términos no requieren mayor esfuerzo por parte del intérprete. En efecto, el artículo 19.6 manifiesta que la violación de los artículos 8,a) (derecho de asociación sindical), y 13 (derecho a la educación) podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.
 23. No es afortunado el empleo de la expresión “podría dar lugar”, como tampoco lo es la restricción del control a los supuestos considerados en aquellos dos preceptos del Protocolo. Conviene ampliar el alcance de la competencia material de conocimiento por parte de la Corte, aun cuando es preciso observar que no son pocos los casos de violación de normas del Protocolo que pueden ser analizados a través de la aplicación lisa y llana de la CADH, tema en el que no debo ingresar ahora. Como sea, prevalece la convicción de que, no obstante el giro “podría dar lugar”, la Corte es competente para conocer de esas violaciones cuando lo demanda la Comisión conforme al régimen de legitimación ordinaria que contiene la Convención Americana.
 24. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no emplea, al referirse a esta materia, las expresiones acuñadas por la CADH ni las utilizadas por el Protocolo de San Salvador. Opta por otra fórmula —una tercera fórmula, pues—, menos explícita que aquéllas, que reclama cierto esfuerzo de interpretación. Dice, a propósito de los actos de tortura, que “una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado” (artículo 8). Aun cuando no se menciona específicamente ni a la Comisión ni a la Corte, ni se invoca norma alguna —material o procesal— de la CADH, la interpretación general acepta que aquéllas pueden intervenir en tales supuestos y que la Corte cuenta con las atribuciones pertinentes para aplicar la Convención sobre tortura, apreciar las violaciones cometidas y emitir las declaraciones y condenas que correspondan. Así lo ha hecho el Tribunal en varios casos, sin reparo.
 25. De fecha posterior al instrumento citado en el párrafo anterior, la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas adelanta su propia fórmula en este campo; cuarta fórmula en el conjunto. Señala

- que el trámite de las peticiones o comunicaciones sobre desaparición forzada “estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares” (artículo XIII). Se ha entendido que el Tribunal interamericano cuenta con atribuciones para resolver acerca de las violaciones en este ámbito, sin perjuicio de que ya lo hacía en el ejercicio de la competencia general que le confiere la CADH y en los términos de las disposiciones sustantivas de ésta, como lo acreditan las resoluciones germinales de la Corte en materia contenciosa, señaladamente la famosa sentencia dictada en el *Caso Velásquez Rodríguez*, de 26 de junio de 1987.
26. Coincidente en fecha y lugar de suscripción con aquel ordenamiento sobre desaparición forzada, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer eligió una expresión distinta de todas las mencionadas hasta aquí —a su vez, diferentes entre sí— para abordar el tema del control internacional sobre la conducta que transgrede los deberes asumidos por el Estado y genera a cargo de éste, por ende, responsabilidad internacional exigible ante instancias de la misma naturaleza. Nos hallamos, entonces, ante una quinta fórmula.
27. Bajo el rubro “Mecanismos internacionales de protección”, la Convención de Belém do Pará se refiere a la facultad de los Estados partes en ésta y de la Comisión Interamericana para solicitar a la Corte opinión consultiva sobre la interpretación de la propia Convención (artículo 11). Esta norma no resulta indispensable, porque basta con las disposiciones de la CADH en materia consultiva (artículo 64) para sustentar la competencia de la Corte en este extremo. Y por lo que toca a cuestiones que pueden revestir carácter contencioso, a partir de la violación de la Convención de Belém do Pará —específicamente, la transgresión del artículo 7—, ésta abre la vía para la presentación de quejas o denuncias ante la Comisión Interamericana, que “las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (artículo 12).
28. Como se ve, la Convención de Belém pone el acento en el control internacional al que dedica un capítulo específico, que abarca tanto la colaboración informativa y el análisis de ésta (artículo 10), como la atención consultiva (artículo 11) y la consideración litigiosa (artículo 12). En otros términos, no se ha querido detener la normativa inter-

- nacional de la materia en el reconocimiento de los derechos y la determinación de los deberes públicos, sino se ha procurado, además, asegurar que esos reconocimiento y determinación se trasladen a la realidad, y para ello se ha empleado el medio del que se vale, a tal fin, la regulación internacional: supervisión y control a cargo de órganos dotados de atribuciones para ello. En otros términos: la Convención procura asegurar la eficacia de sus normas y el alcance de sus fines.
29. El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, mencionado en el artículo 12 de ésta e invocado en la Sentencia del *Caso Castro Castro*, contiene una enfática condena de todas las formas de violencia contra la mujer y pone a cargo de los Estados partes en esa Convención la asunción de “políticas” orientados a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. En este marco, se obligan a determinadas acciones y abstenciones que atienden a aquellos objetivos. Esas acciones y abstenciones guardan evidente correspondencia con deberes inherentes al reconocimiento, el respeto y la garantía de derechos y libertades acogidos en la CADH —por ejemplo, los previstos en los artículos 5 y 8 de ésta, y otros—, a la adopción de normas que sirvan a esos fines y a la supresión de medidas y prácticas, de diversa naturaleza, que signifiquen violencia contra la mujer —disposición que se vincula con el artículo 2 CADH, entre otros preceptos.
 30. Por lo tanto, resulta natural e incluso obligada la lectura conjunta de la CADH, con su catálogo de derechos y garantías generales, y de la Convención de Belén do Pará, con su enunciado de deberes estatales específicos, a los que corresponden derechos de las mujeres, para la aplicación de ambas. La segunda fija, ilustra o complementa el contenido de la primera en lo que atañe a los derechos de la mujer que derivan de la CADH. Esa lectura conjunta permite integrar el panorama de los derechos y, por ende, el perfil de las violaciones a las que se ha referido la Corte Interamericana en la Sentencia del *Caso Castro Castro*, y apreciar la entidad de aquéllas a la luz de los dos instrumentos, el general y el especial, como lo ha hecho la Corte en esta resolución, primera en su género emitida por el Tribunal interamericano en el desempeño de su función contenciosa. Tal lectura es consecuente con el criterio *pro personae* que rige la interpretación en materia de derechos humanos —como ha reconocido la Corte en todo momento— y se aviene a la estipulación del artículo 29 CADH, especialmente el inciso b), que excluye cualquier interpretación que limite derechos y libertades reconocidos en convenciones diferentes de la CADH y por ende alienta la asunción de aquéllos en el marco de la tutela que deben proveer los órganos de la Convención Americana.
 31. El artículo 12 de la Convención de Belém do Pará atribuye a la Comisión el conocimiento de denuncias o quejas por violación del artículo

lo 7 del propio instrumento. Con ello se abre la puerta para la presentación de peticiones individuales por este concepto, conforme a las disposiciones de la CADH y del Estatuto y el Reglamento de la Comisión. Es razonable —y consecuente con el sistema general de tutela de los derechos humanos— entender que la aplicación de estos ordenamientos rige todos los extremos del procedimiento que se sigue ante la Comisión, que puede agotarse dentro de esta misma instancia o avanzar hacia una segunda etapa de la tutela internacional, que se desarrolla ante la Corte, cuando la Comisión así lo determina, atenta a las disposiciones de la CADH (artículos 51 y 61.1), de su Estatuto (artículo 23) y Reglamento (artículos 26 y siguientes, destacadamente el 44).

32. En suma: la aplicabilidad y aplicación de la Convención de Belém do Pará, con respecto al artículo 7 de ésta y en la forma en que lo ha hecho la Corte Interamericana en la Sentencia del *Caso Castro Castro*, se funda en diversas consideraciones:

- a) el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos opera a partir de un *corpus juris* en expansión, que se propone abarcar la más amplia protección de las personas, tanto a través de normas de alcance ordinario y general, como mediante disposiciones cuyo ámbito de validez subjetiva comprende grupos humanos específicos a los que se destinan declaraciones o medidas de tutela indispensables para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos y libertades;
- b) la atribución de facultades a los órganos de protección internacionales —como a cualesquiera instancias decisorias, de las que depende la definición de derechos y obligaciones— no se sustenta en la simple voluntad de los órganos llamados a ejercerlas, sino en un marco normativo suficiente que constituye sustento de la función pública, garantía de seguridad para los participantes y límite al arbitrio de las autoridades;
- c) para atribuir facultades de conocimiento a los órganos internacionales de control y supervisión, ese *corpus juris* no se ha valido de una sola fórmula, que ciña todos los supuestos practicables, sino ha utilizado textos diferentes —hasta cinco, por ahora, como *supra* se observó—, que deben ser analizados a la luz del conjunto en el que se inscriben y del ordenamiento en el que figuran, tomando en cuenta el objeto y fin de aquél y de éste;
- d) esa interpretación se realiza dentro de las fronteras que fijan la CADH, como ordenamiento rector del conjunto, y los instrumentos específicos que se pretende aplicar; uno y otros pueden limitar el conocimiento de un órgano a determinados extremos o permi-

tir el amplio análisis de posibles violaciones. Para establecer el panorama completo de esta materia, en supuestos específicos, habría que considerar, en sus casos, las reservas o limitaciones a la competencia que hubiesen formulado los Estados;

- e) la interpretación debe atender a las previsiones del artículo 29 CADH, acoger el criterio *pro personae* propio del Derecho internacional de los derechos humanos, favorecer la plena eficacia del tratado en atención a su objeto y fin y contribuir a la afirmación y fortalecimiento del Sistema Interamericano en esta materia.

II. EMPLEO DE LA FUERZA SOBRE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

- 33. La Corte vuelve a ocuparse ahora en un tema recurrente, en el que ha puesto énfasis a lo largo de numerosas resoluciones, e incluso de algunas observaciones ante los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos. Se trata de hechos violatorios ocurridos en una institución penal, cuyos ocupantes se hallan sujetos en forma prácticamente total al control del Estado —de *jure* y de *facto*—, garante de la observancia de los derechos de quienes guardan esa situación de especial dependencia. A esto se asocia, para integrar el panorama de los hechos contemplados en la Sentencia, el empleo de la fuerza por parte de agentes del Estado, como instrumento para llevar adelante ciertas determinaciones y ejercer el control de un conjunto de personas en las excepcionales condiciones que constan en la propia Sentencia. Por lo tanto, la circunstancia de este caso tiene dos componentes: reclusión, por una parte, y empleo de la fuerza, por la otra. Los hechos violatorios se proyectan en esas dos dimensiones.
- 34. Como se ha dicho —y conviene insistir en ello—, lo que caracteriza al Estado de Derecho en el marco de una sociedad democrática y en atención a los valores y principios que caracterizan a ésta, es el reconocimiento o la asignación de funciones y papeles propios, debidamente caracterizados, al Estado, la sociedad y los individuos, y la específica relación, con todas sus expresiones y consecuencias, que existe entre esos tres sujetos. El carácter de aquellas funciones y la naturaleza de esa relación —y su prueba de “fuego”, si se permite la expresión— quedan de manifiesto sobre todo en circunstancias críticas, tales como las que se plantean cuando la autoridad del Estado interviene, con toda su potencia, en la custodia de inculpados, la ejecución de condenas y el control de movimientos colectivos, espontáneos o provocados.
- 35. La Corte ha examinado estos puntos en diversas resoluciones, tanto declarativas como condenatorias, que fijan el alcance de los derechos del individuo y de los deberes y actividades del Estado, y las corres-

- pondientes reparaciones a raíz de hechos violatorios. Nunca se ha negado el deber del Estado —con las facultades consecuentes— para proveer al cumplimiento de las disposiciones legítimamente emitidas y asegurar el orden público. Pero jamás se ha admitido que ese deber se ejerza en forma ilimitada o desbordante, que puede llegar al extremo que ahora tenemos a la vista y que el propio Estado ha reconocido sustancialmente. En la especie resultan aplicables diversos principios que arraigan en un concepto rector: legitimidad y racionalidad de las medidas públicas, como fuente para la admisión de éstas, que de lo contrario resultan excesivas, desproporcionadas, impertinentes, y en definitiva violatorias de los derechos humanos.
36. Para llamar la atención sobre estos temas, que ameritan profunda reflexión y medidas correctivas inmediatas —y no me refiero solamente, por supuesto, al Estado dentro de cuya jurisdicción ocurrieron los hechos objeto de la condena a la que corresponde el presente *Voto*—, vale la pena recordar los casos en los que la Corte ha examinado situaciones de maltrato —desde grave hasta gravísimo: inclusive delitos de lesa humanidad— en agravio de detenidos, sea individual, sea colectivamente. A este grupo corresponden, por ejemplo, total o parcialmente, los casos *Loayza Tamayo* (1997), *Suárez Rosero* (1997), *Castillo Petruzzi* (1999), *Cantoral Benavides* (2000), *Hilaire, Constantine y Benjamin* (2002), *Maritza Urrutia* (2003), *Bulacio* (2003), *Tibi* (2004), *Lori Berenson* (2004), *Caesar* (2005), *Fermín Ramírez* (2005), *Raxcacó Reyes* (2005), *García Asto y Ramírez Rojas* (2005) y *López Alvarez* (2006). El uso desproporcionado de la fuerza en circunstancias de agresión sobre conjuntos de detenidos o control de movimientos colectivos se ha examinado en los casos *Neira Alegria* (1995), *Durand Ugarte* (2000), *Instituto de Reeducación del Menor* (2004) y *Montero Aranguren* (2006). También se debe tomar nota de gravísimos excesos en acciones de control en libertad, como se pudo advertir en el *Caso del Caracazo* (1999).
37. Ha habido, en número creciente y frente a situaciones sumamente preocupantes, medidas provisionales adoptadas por la Corte en situaciones de este mismo carácter: casos de *Penales Peruanos* (1992, 1993), *Cárcel de Urso Branco* (2004), *Niños y adolescentes privados de libertad en el “Complexo do Tatuapé” de FEBEM* (2005, 2006), *Personas privadas de libertad de la Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquare, São Paulo* (2006), *Internado Judicial de Monagas (“La Pica”), Penitenciarías de Mendoza* (2006) y *Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II* (2006).
38. La Sentencia en el *Caso Castro y Castro* —como otras adoptadas en el curso de dos años, o menos— debe atraer la atención de nuestros países, e incluso de la organización que reúne a los Estados America-

nos, hacia la situación que guardan los reclusorios, el estado en que se hallan las personas privadas de libertad, las deficiencias en los medios de que se dispone para la custodia y el “tratamiento” de los detenidos y la generalmente insuficiente preparación de los agentes que tienen a su cargo estas tareas u otras vinculadas con el control de movimientos colectivos, sea en reclusión, sea en libertad. La Sentencia de este caso se refiere una vez más a la necesidad de proveer al personal a cargo de aquéllas —que debiera ser cuidadosamente seleccionado— la preparación que requiere para el cumplimiento de su cometido, que ha desembocado —como se observa en esta Sentencia— en fuente de violaciones masivas, cometidas con extraordinaria violencia. Esta provisión queda integrada en el amplio concepto de las reparaciones o, mejor aún, de las garantías de no repetición, concepto que ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte.

CASO DEL PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO VS. PERÚ,
del 2 de agosto de 2008. Interpretación de la sentencia de fondo,
reparaciones y costas

1. Formulo algunas consideraciones personales en torno a la sentencia de interpretación emitida por la Corte Interamericana con respecto al caso del *Penal Castro Castro*. Dicha sentencia fue adoptada por unanimidad de votos de los integrantes de este tribunal. En ella —objeto de amplia y libre deliberación— no figura ningún voto discrepante. La unanimidad abarca todos los puntos resolutivos.
2. Las presentes consideraciones obedecen a mi propósito de corresponder a inquietudes y planteamientos presentados a la Corte en el contexto de un caso que ha generado debates y suscitado opiniones diversas. Esos planteamientos, de diversas fuentes, merecen atención. Evito, como ha sido mi costumbre, manifestaciones que pudieran resultar desatentas o conflictivas y expresiones retóricas, inadecuadas en el pronunciamiento de un juzgador, que debe cuidar tanto el fondo de sus opiniones como la forma de expresarlas en sede jurisdiccional. El propósito de explicar mi parecer sobre la sentencia de interpretación me ha llevado a extenderme en el examen de algunos puntos y probablemente he incurrido en reiteraciones o en énfasis que pudieran parecer innecesarios. No lo son, sin embargo. Derivan del deseo de analizar con detenimiento las opiniones que se nos han manifestado, reconociendo la importancia que revisten.
3. Presidí la Corte para los efectos de esta interpretación, porque tuve a mi cargo esa función cuando se emitió la sentencia de fondo. Suge-

- rí que se eligiese a otro juez para presidir las sesiones relacionadas con la interpretación. Mi solicitud consta por escrito en el expediente de este caso. Los integrantes de la Corte estimaron pertinente que yo presidiera esas sesiones. Atendí su petición. No sobra decir que quien preside la Corte —en cualquiera de las etapas de un asunto sujeto a juicio— no pretende ni podría pretender “conducir” la opinión de sus colegas, cuya libertad debe ser el primero en respetar y apreciar escrupulosamente. Por lo tanto, no respondo por los puntos de vista coincidentes ni censura los discrepantes. Me limito a exponer el mío.
4. Estoy consciente de la responsabilidad que implica el ejercicio de una función jurisdiccional, que posee especial trascendencia cuando tiene alcance internacional. De ahí la necesidad de actuar con cuidado y prudencia en todos los extremos del enjuiciamiento: tanto la tramitación y las decisiones instrumentales del proceso, como la sentencia y las manifestaciones de los juzgadores en el ejercicio de su función. No sólo se trata de hacer justicia, sino de evitar, en la medida de lo posible, consecuencias indeseadas ajenas al fondo de la sentencia y a su alcance jurídico. Considero que la Corte Interamericana ha procurado sujetarse a esos requerimientos de justicia y pulcritud.
 5. Los integrantes de un tribunal no pueden ignorar las circunstancias en las que se producen los hechos sobre los que se pronuncian, aunque aquéllas sean, en sí mismas, ajenas al litigio sometido al órgano jurisdiccional. Los juzgadores no actúan en una campana al vacío, ajenos a las preocupaciones de la sociedad. Deben ser respetuosos de los sentimientos y razonamientos de quienes intervienen en un proceso, e incluso de quienes no participan formalmente en éste pero se hallan atentos a su origen, a su curso y a sus resultados. La Corte dice en la sentencia de interpretación que “resulta amplia y públicamente conocido el sufrimiento causado a la sociedad peruana”. Ahora bien, esta recepción natural de los datos que informan o circundan las causas judiciales, no podría modificar la competencia del tribunal, restarle o agregarle atribuciones que no le han sido expresamente conferidas ni desviar el rumbo de su encargo institucional. Si lo hiciera comprometería su independencia, imparcialidad y competencia. En suma, faltaría a su obligación.
 6. Estoy consciente de las cuestiones que se hallan en el origen de los hechos analizados en la sentencia de fondo, así como de los que surgen con motivo de la interpretación. Son problemas graves que han conmovido a la sociedad. Sobre ellos hay manifestaciones diversas e incluso encontradas. Merecen consideración profunda y decisiones puntuales, que deben ser adoptadas en el cauce de las facultades y responsabilidades de las instancias llamadas a atenderlas. La jurisdicción internacional de los derechos humanos interviene precisamente en los

- términos de sus facultades y responsabilidades, como lo hace la nacional en el ámbito de su propia competencia. Ninguna de ellas podría actuar de otro modo.
7. Se ha llamado la atención de la Corte sobre las circunstancias que prevalecían cuando ocurrieron los hechos sujetos a juicio en la instancia internacional. Los correspondientes planteamientos destacan las características de la conducta asumida por personas que luego figurarían como víctimas en el enjuiciamiento internacional, y ponen el acento en los sufrimientos de muchos ciudadanos que enfrentaron las graves consecuencias de la violencia. Reclaman para éstos el tratamiento de víctimas, máxime cuando se trataba de personas inocentes que padecieron los efectos del conflicto y merecen solidaridad y aprecio.
 8. Quien sufre los efectos de una conducta injusta, cualquiera que sea su origen, es víctima de un abuso que debe ser sancionado. Hay vías legítimas para ello, en la doble escena nacional e internacional, a través de procesos seguidos con arreglo a las normas correspondientes. Otro tanto cabe decir sobre el empleo de medios adecuados para enfrentar amenazas o actos de violencia, con instrumentos y procedimientos legítimos y dentro del orden jurídico propio de una sociedad democrática.
 9. En varias oportunidades, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la obligación del Estado de proteger a la sociedad frente a la criminalidad. Son muchos los precedentes en opiniones consultivas y sentencias de casos contenciosos. Es obvio que el Estado debe brindar esa protección y que para ello ha de contar con medios idóneos de policía y justicia penal. Proveer seguridad a las personas es una “razón fundacional” del Estado. Concorre a explicar y justificar el establecimiento mismo de la sociedad política.
 10. La Corte Interamericana no ha desconocido esa obligación del poder público ni puesto en duda la pertinencia —más aún: la absoluta necesidad— de que la asuma con eficacia y energía, conforme a la normativa y a los procedimientos característicos del Estado de Derecho. La misma determinación consta en el *corpus juris* interamericano. De ello ofrece testimonio, por ejemplo, la Convención Interamericana contra el Terrorismo.
 11. Establecido lo anterior, que constituye una premisa para el examen y la comprensión de los pronunciamientos de la Corte, corresponde recordar cuál es el alcance de los derechos acogidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la competencia específica que los Estados han conferido a ese tribunal, con exclusión de cualquier otra; competencia que vincula las actuaciones y decisiones de la Corte y de sus integrantes.

12. Los Estados partes en la Convención Americana han proclamado y asumido el deber de reconocer y garantizar esos derechos en favor de todas las personas, sin distinción, independientemente de que sean o no responsables de hechos delictuosos. Este es un principio fundamental del Derecho internacional de los derechos humanos. Los mismos Estados — que integran la garantía colectiva en esta materia— facultaron a la Corte Interamericana única y exclusivamente para conocer y resolver demandas sobre hechos, atribuidos a los Estados, que violen los derechos y libertades protegidos por ese tratado internacional. Esa es su competencia contenciosa. No otra. Al ejercer la tutela judicial de los derechos humanos, la Corte debe atenerse a las disposiciones de la Convención, del mismo modo que los tribunales internos deben observar las normas del orden penal.
13. Dentro de ese marco indispensable y riguroso, cuyo desbordamiento entrañaría una infracción, la Corte Interamericana emite decisiones acerca de los hechos violatorios de la Convención que implican responsabilidad internacional del Estado, no sobre transgresiones de normas diferentes que acarreen responsabilidad de otros sujetos. Esto explica que la Corte que dicta condena por violaciones a derechos humanos, no lo haga también en relación con acciones de terrorismo, que se hallan fuera de su competencia, ni se extienda en el análisis de aquéllas, que significaría un juicio penal extraño a sus atribuciones. No sobra mencionar que el propio Estado reconoció que “no es competencia de la Corte pronunciarse sobre conductas que son ajenas y distintas a la responsabilidad internacional del Estado, como la de SL” (Sendero Luminoso).
14. Por eso mismo, cuando la Corte Interamericana se refiere a “víctimas” de hechos ilícitos, sólo puede aludir a quienes han sido objeto de conductas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Hace las calificaciones que puede y debe hacer, sin incurrir en otras que no puede ni debe hacer y que se hallan a cargo de instancias diferentes, a las que es preciso dirigirse para que tomen las decisiones que les competen. Ciertamente son víctimas, en sentido amplio y general, cualesquiera personas que sufren la pérdida o el menoscabo de un bien jurídico —vida, integridad, libertad, patrimonio— como consecuencia de una conducta ilícita. Si ésta corresponde a una violación de la Convención Americana, la calificación de víctima y la sanción respectiva incumben a la Corte Interamericana. Si se refiere a una violación de la ley penal, la calificación y la sanción competen a otros tribunales.
15. El Estado observa que la Corte alude a determinadas personas como integrantes de “grupos armados”, en tanto que la Comisión de Verdad y Reconciliación los estima miembros de un “movimiento subversivo

- terrorista responsable de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad”. La Corte no ha variado, en modo alguno, los señalamientos de la Comisión de Verdad y Reconciliación. Deja a salvo la calificación formulada por ésta. Los términos que la Corte utiliza —en el ámbito de su propia competencia y para los fines del proceso seguido ante ella— no pretenden “recalificar” lo que aquella Comisión ha apreciado conforme a su encomienda institucional.
16. Una sentencia de la Corte Interamericana debe instalarse sobre la prueba de los hechos violatorios de la Convención, de los que deriva la responsabilidad del Estado. Aun cuando el reconocimiento de los hechos y de su responsabilidad internacional por parte del Estado demandado no determina, por sí solo, el juicio de la Corte, es obvio que constituye un elemento de convicción relevante. En el asunto que ahora nos ocupa, hubo reconocimiento del Estado, explícito y reiterado, con respecto a hechos constitutivos de violaciones a la Convención Americana.
 17. En la solicitud de interpretación de la sentencia de fondo, el Estado reiteró que “reconoce los hechos que motivaron la sanción al Estado peruano por violaciones graves a los derechos humanos por los hechos acaecidos en may de 1992 e inclusive durante los meses que siguieron (...)”. En la contestación a la demanda de la Comisión Interamericana, el Estado ya había mencionado: “Es innegable ocultar los hechos sucedidos y su magnitud”. Entonces manifestó que “las condiciones no sólo de descontrol sino de también los niveles de resistencia que muy probablemente se pudieron haber presentado (en el Penal, provocaron) la respuesta desmedida de los agentes estatales”.
 18. En la audiencia pública sobre este caso, el representante del Estado observó que “en el escrito de contestación de la demanda, el Estado peruano está reconociendo ya esos hechos por la evidencia de los mismos y porque desde el momento mismo de haber acaecido (...) fueron sujetos de una amplia difusión en los medios de comunicación”. En los alegatos finales escritos, el Estado reiteró el reconocimiento de su responsabilidad parcial “en los hechos acaecidos entre el 6 y el 9 de mayo de 1992”. Agregó que “los hechos materia del presente proceso formaron parte de la estrategia del gobierno de turno para afrontar, violando derechos humanos, el conflicto interno”. Esas expresiones, citadas literalmente, son del Estado, no de la Corte.
 19. En todos los casos —que son cada vez más numerosos— en que un Estado admite hechos, se allana a pretensiones y reconoce responsabilidad internacional, la Corte ha destacado que esta actitud, ética y jurídicamente plausible, contribuye al fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos y presta un importante servicio a la administración de justicia internacional. En este sentido, el tribu-

- nal recibió y estimó el reconocimiento formulado por el Estado, en los términos en que éste lo expuso y confirmó.
21. En su demanda de interpretación, el Estado solicita un pronunciamiento de la Corte acerca de la responsabilidad de grupos no estatales por violación de derechos humanos y delitos de lesa humanidad. Para ello, invoca el “carácter sistémico, dinámico y evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos”. Desde luego, este no es un punto de interpretación de la sentencia de fondo, en sentido estricto, que no se ha referido a esta materia porque se halla fuera de la competencia contenciosa que la Corte ejerció para conocer y resolver el caso del *Penal Castro Castro*. Evidentemente, quien incurre en delitos que implican violación de derechos humanos, debe responder por su conducta y recibir las sanciones que procedan. Por lo que toca al caso que nos ocupa, el punto en cuestión no es la responsabilidad penal de personas que infringen la ley penal, sino la definición del órgano llamado a conocer de esas infracciones y aplicar las penas respectivas.
 22. Por otra parte, el propio Estado sugiere el análisis de esta materia por la vía de la opinión consultiva, puesto que invoca expresamente el artículo 64 de la Convención Americana. Este es el marco normativo de las opiniones consultivas, no de los casos contenciosos. Ahora estamos ante un asunto planteado, tramitado y resuelto por la vía contenciosa. La Corte no puede modificar la materia sujeta a su conocimiento, la vía por la que actúa y la naturaleza de sus decisiones. Sería diferente el planteamiento —que no se hizo y que pudieron formular el Estado o la Comisión Interamericana, entre otros sujetos legitimados para ello— en torno a la interpretación, en su caso, de un tratado sobre derechos humanos aplicable a países americanos.
 23. También es preciso tomar en cuenta que la Corte debe atenerse a los hechos invocados en la demanda presentada por la Comisión Interamericana. No está facultada para incorporar, *motu proprio*, otros hechos y emprender el examen de responsabilidades diferentes de las que pudieran corresponder al Estado demandado. Si lo hiciera, variarían el alcance subjetivo y material de su competencia, sin base normativa para ello. Por lo demás, la jurisprudencia del tribunal ha reiterado constantemente que los únicos hechos sobre los que versa una causa contenciosa y de los que ha de ocuparse la sentencia son los que plantea la demanda: la jurisdicción contenciosa tiene este objeto y este límite.
 24. Paso a otro aspecto de la demanda de interpretación, que también suscita diversas opiniones y que debe ser atendido por la Corte Interamericana, como ha ocurrido. Me refiero a la petición de reconsiderar decisiones contenidas en la sentencia cuya interpretación se solicita. El Estado manifestó que desea la modificación de algunos extremos

de la sentencia y que para ello formuló la petición que estamos analizando. En efecto, señaló que “la piedra angular de nuestro argumento (...) busca un cambio en la modalidad de cumplimiento de algunos puntos resolutivos”. Ahora bien, las modalidades de cumplimiento no constituyen acuerdos externos a la sentencia, sino forman parte de ella. En torno a esta materia, es pertinente volver a las atribuciones de la Corte Interamericana, a la naturaleza de la sentencia emitida por ésta, al carácter y alcance de un planteamiento de interpretación y a la jurisprudencia uniforme del tribunal sobre todos y cada uno de estos asuntos.

25. La Corte Interamericana no tiene atribuciones para modificar sus sentencias, atendiendo impugnaciones presentadas por la partes. La Convención no le confiere esta facultad, ni ha creado la posibilidad de que reforme las sentencias a través de un procedimiento que pudiera equipararse a la reconsideración, la apelación o la casación. Si lo hiciera, excedería sus atribuciones.
26. Lo que la Corte puede hacer con respecto a sentencias emitidas y notificadas, es interpretarlas a solicitud de las partes en el proceso. Esta es una cuestión diferente de la impugnación de una sentencia y su eventual modificación. Pero interpretar no es alterar los términos de la sentencia. No es sentenciar de nuevo, sino sólo aclarar o precisar el sentido y alcance de las decisiones adoptadas, que permanecen firmes. El ejercicio de la facultad de interpretación supone oscuridad o imprecisión en el texto de un pronunciamiento, pero no retroceso en el examen de una materia que ya ha sido analizada y resuelta, ni retiro de la firmeza que corresponde a una sentencia de fondo.
27. En el presente caso no es necesario que la Corte desarrolle mayores explicaciones acerca del sentido de las palabras empleadas o del significado de las decisiones adoptadas, que no son oscuras o imprecisas, sino claras y explícitas. Seguramente por eso la solicitud de interpretación ha mencionado el deseo de que la Corte “cambie” —no apenas interprete— ciertos aspectos de la sentencia. En fin de cuentas, la Corte se atuvo —como lo expresó— “al carácter y al alcance del requerimiento de interpretación conforme al ordenamiento interamericano, que no supone nueva presentación de hechos ni consideraciones jurídicas sobre éstos, adicionales a los formulados por las partes en la contienda de fondo y analizados por el Tribunal para los fines de la Sentencia correspondiente”.
28. Se ha pedido que la Corte considere determinadas implicaciones de algunos puntos de la sentencia en lo que toca al reconocimiento público de responsabilidad, la difusión de la sentencia, el pago de indemnizaciones a diversas personas y la inscripción de nombres en el monumento conocido como “El ojo que llora”.

29. En el enjuiciamiento internacional el Estado admitió hechos que se le imputan y aceptó la responsabilidad internacional que le incumbe. Ahora se trata de que ese reconocimiento trascienda al plano interno, como es característico del sistema de protección internacional de los derechos humanos. La Corte no ha individualizado quiénes deben hacer el reconocimiento, ni ha pormenorizado en qué medios específicos, programas y horarios debieran difundirse partes de la sentencia. Los señalamientos generales y especiales en torno a estos puntos deben asociarse a la obtención del objetivo que se persigue con esas medidas, vinculado a la tutela actual y futura de los derechos humanos. Existe, pues, una conexión de aquéllas con el propósito al que pretenden servir y con la forma razonable de alcanzarlo.
30. Otro tanto se puede decir acerca de la inscripción de nombres en una plaza o monumento concebido para ese fin. Cuando la Comisión y la interviniente común solicitaron una medida de ese carácter, el Estado señaló que “ya se ha erigido en un lugar público de la capital un monumento (denominado el Ojo que Llorá) a favor de todas las víctimas del conflicto”; se trata de “un lugar público de la capital de la República y que es materia de continuos actos de recuerdo y conmemoración”. La Corte tomó nota de la sugerencia expresa. Luego se formularon aclaraciones sobre la disponibilidad de ese lugar. Considerando estas circunstancias, la sentencia de interpretación menciona la posibilidad de que los nombres consten en un monumento o en la denominación de una plaza dentro de la circunscripción territorial en que se halla “El ojo que llora”. Esta referencia atañe al sitio de inscripción de los nombres, no a la medida en sí misma.
31. Por lo que hace a la forma de efectuar el pago de indemnizaciones, la Corte ha seguido el criterio adoptado en su jurisprudencia constante cuando se trata de entregar sumas de dinero a adultos. No puede formular anticipaciones, que serían especulaciones o conjeturas, acerca del destino que los destinatarios individuales de la indemnización pudieran dar a las sumas percibidas. Desde luego, estos recursos, como cualesquiera otros, deberán tener un destino lícito. La Corte Interamericana carece de las atribuciones y de los instrumentos para vigilar ese destino e impedir la aplicación de bienes a objetivos ilegítimos. Las funciones supervisoras sobre la legitimidad de movimientos económicos, en general, se hallan en el ámbito de las potestades y posibilidades del Estado, conforme a sus facultades constitucionales y con observancia de las garantías correspondientes.
32. En cuanto a la existencia de adeudos de los destinatarios de las indemnizaciones frente a terceros, sean personas de derecho público o privado, la decisión de la Corte no excluye ni podría excluir la posibilidad, sujeta al derecho interno, de que los acreedores ejerzan las acciones

- que la ley les reconozca, en los términos del debido proceso legal. La sentencia no los priva de este derecho. Lo que la Corte pretende evitar, como se desprende de su jurisprudencia —y de la resolución específica del presente caso—, es que se eluda el cumplimiento de una decisión indemnizatoria a través de gravámenes fiscales que priven de la indemnización al destinatario de ésta.
33. Concluyo mi voto con un comentario sobre la solicitud de audiencia pública en este procedimiento, que la mayoría de los integrantes de la Corte —entre ellos yo mismo— no acogimos. Al respecto, es preciso tomar en cuenta los fundamentos que justifican la celebración de una audiencia para efectos de interpretación de sentencia, no sólo en lo que concierne al presente caso, sino en términos generales, como referencia para el asunto que ahora se analiza.
34. La Corte recibe en audiencia pública, cada vez que es necesario, las pruebas que las partes aporten para el esclarecimiento de una controversia, y escucha a éstas en forma directa. Esta no es la única forma de conocer los extremos del litigio y reunir elementos para resolverlo. Una importante parte del procedimiento jurisdiccional se tramita por escrito. Sólo la segunda etapa se desarrolla con intermediación, publicidad y oralidad, siempre sin perjuicio de que el tribunal reciba peticiones, elementos de prueba y alegaciones por escrito.
35. En el curso de los últimos años, el tribunal ha incrementado considerablemente el número de asuntos atendidos y resueltos, y de audiencias en los períodos ordinarios de sesiones. A ellas se han sumado las celebradas en períodos extraordinarios, fuera de la sede de la Corte, sistema que arraigó en esos mismos años. Además, el tribunal ha establecido una nueva práctica consistente en audiencias especiales sobre el avance en el cumplimiento de sentencias.
36. En suma, la realización de audiencias caracteriza el desempeño de la Corte, aunque no es el único medio del que se vale para el cumplimiento de sus tareas. La opción entre las diversas formas procesales —en lo que se refiere a la sustanciación escrita u oral— deriva de las disposiciones del reglamento, de las necesidades generales del despacho y de las condiciones de cada asunto sujeto a examen. Se observa una doble e ineludible regla: necesidad y pertinencia. De lo contrario, se incurriría en alguno de dos extremos indeseables: supresión o reducción de las audiencias, por una parte, o innecesaria multiplicación de éstas, por la otra. Cabe decir que la gran mayoría —casi la totalidad— de las etapas en que se toma conocimiento del fondo de la controversia y de las posibles reparaciones incluye la celebración de audiencias. No sucede lo mismo con la etapa de interpretación de sentencia. Se han realizado menos de cinco audiencias en los últimos dieciocho años, período en que el tribunal consideró más de veinticinco solicitudes.

- No fue necesario hacerlo porque se disponía de los elementos indispensables —como en el presente caso— para resolver sobre de la interpretación de las correspondientes sentencias.
38. La audiencia pública sirve al propósito de que las partes ofrezcan al tribunal elementos que informen su criterio para los efectos de la resolución que adoptará, cuando ello sea necesario. Se procura facilitar el acceso a la justicia, permitiendo la exposición pública de los agravios infligidos y de la respuesta probatoria y argumental de la contraparte. Por supuesto, existe una gran diferencia entre una deliberación académica, que es debate entre todos los participantes, y una audiencia judicial, en la que el debate ocurre sólo entre las partes, que dialogan para persuadir al tribunal. En esta hipótesis, el tribunal se coloca deliberadamente fuera del debate y conserva, en el fondo y en la forma —ambos importantes—, la actitud de imparcialidad que caracteriza su desempeño y concurre a establecer su ponderación y respetabilidad, sin constituirse en protagonista de una controversia. Sería absolutamente inadecuado que el tribunal o sus integrantes debatieran con las partes en una audiencia.
39. En este caso hubo audiencia pública en un período extraordinario de sesiones realizado en la ciudad de Guatemala. Ahí conoció la Corte lo que las partes desearon aportar y alegar ante el tribunal, constituido en pleno. El tema contencioso fue planteado con libertad y suficiencia en las condiciones de máxima publicidad y visibilidad que suelen caracterizar los períodos extraordinarios de sesiones. Es posible que surjan diferencias entre las partes sobre la manera de expresar las respectivas posiciones, e incluso acerca de la tramitación que debe efectuar la Corte, pero ningún planteamiento evitó, difirió o alteró la celebración de la audiencia, realizada con absoluta normalidad.
40. Dictada y notificada la sentencia, las partes quedaron en posibilidad de solicitar la interpretación de aquélla, conforme a las normas aplicables a esta materia, esto es, pedir al tribunal —como he manifestado *supra*— la aclaración de términos oscuros o ambiguos, el esclarecimiento de frases o palabras, la precisión de conceptos, no así la modificación de la sentencia misma.
41. Hecha la solicitud de interpretación, la Corte pasó a examinar los argumentos y resolver las preguntas recibidas. Para ello consideró la necesidad y pertinencia de convocar a audiencia, tomando en cuenta las características de esta diligencia procesal, que no tiene como objeto abrir un foro para reiterar posiciones ampliamente expresadas en diligencias anteriores del mismo carácter; aportar nuevos elementos para resolver cuestiones de fondo o de reparación ya resueltas; escuchar preguntas y suscitar respuestas, eventualmente muy polémicas, ya desahogadas o innecesarias para los fines del juicio; ni fijar la posición del tribunal o de sus integrantes, en general o en puntos

- concretos, que se establece por escrito en la resolución colegiada o en los votos individuales.
42. Lo que la Corte debía establecer con la formalidad y objetividad características de un tribunal, era la necesidad de convocar a una audiencia en función de la carencia, insuficiencia o extrema complejidad de los elementos de juicio disponibles para el único y exclusivo fin de esta etapa: interpretar la sentencia. Si esto era impracticable con los elementos disponibles, resultaría indispensable realizar la audiencia, que en ningún caso tendría por objeto revisar asuntos de fondo y modificar la sentencia. Si la interpretación era practicable con dichos elementos —tanto la propia sentencia de fondo como los planteamientos de las partes con respecto a la interpretación— no sería necesario realizarla. En este supuesto la Corte podría resolver considerando las aportaciones escritas de aquéllas. Por supuesto, me refiero a aportaciones sobre el sentido del texto sujeto a interpretación, no acerca del fondo de la causa, ya analizado extensamente, debatido pormenorizadamente y resuelto claramente.
43. La Corte adoptó la decisión, por mayoría, de prescindir de la audiencia y resolver las solicitudes de interpretación como lo hace la resolución a la que agregó este voto. Para ello tomó en cuenta —y así lo dijo— “los planteamientos de las partes, que se refieren a puntos de derecho, y las características que aquellos revisten, cuya naturaleza y alcances se desprenden claramente de las demandas formuladas por quienes solicitaron la interpretación”. Es obvio que no se requería una audiencia para reiterar planteamientos expresados por escrito, alentar contiendas en torno a temas contenciosos atendidos o analizar el sentido de palabras bien definidas conforme a su significado ordinario.
44. Como señalé en el inicio de este texto, mi voto se limita a expresar mis propios puntos de vista y de ninguna manera cuestiona otros pareceres y mucho menos el rumbo general de las decisiones de la Corte. Unos y otro merecen el respeto con el que siempre he manifestado, pública y privadamente, mis coincidencias y mis discrepancias. Otra cosa sería impropia de un juzgador y no correspondería a la forma en que invariablemente he expuesto mi parecer.

CASO LA CANTUTA VS. PERÚ,
del 29 de noviembre de 2006

I. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE AUTOAMNISTÍAS

1. La Corte se ha ocupado en diversas oportunidades del problema que representan las llamadas leyes de “autoamnistía”. Por primera vez se

planteó directamente esta cuestión, a propósito de disposiciones expedidas por el mismo Estado al que se refiere la presente resolución, en la Sentencia sobre reparaciones del *Caso Castillo Páez* (27 de noviembre de 1998); asimismo, en la Sentencia acerca de reparaciones del *Caso Loayza Tamayo* (también del 27 de septiembre de 1998); finalmente —en una primera etapa de definiciones y precisiones— se analizó el tema en la Sentencia del *Caso Barrios Altos* (14 de marzo de 2001), ampliamente conocido y citado. Expresé mis puntos de vista en torno a esta materia en sucesivos *Votos* particulares, a partir del correspondiente al mencionado *Caso Castillo Páez*. Me remito a lo que dije entonces.

2. Últimamente, la jurisprudencia de la Corte en torno a esta cuestión se ha expresado en dos sentencias que marchan en la misma dirección y sostienen, en esencia, los postulados que el Tribunal enunció en aquellas resoluciones: *Casos Almonacid Arellano* y otros (Sentencia del 26 de septiembre de 2006) y *La Cantuta*. No ha habido variaciones de fondo; sólo precisiones o caracterizaciones que pudieran derivar de las particularidades de cada caso. Así se ha establecido lo que podemos llamar el “criterio interamericano sobre las autoamnistías”, explícitamente recibido en sentencias de varias cortes nacionales. Con ello se ha consolidado, en los planos internacional e interno, el criterio que aportó, en su hora, un importante signo innovador y que hoy configura una garantía cada vez más conocida, admitida y aplicada dentro del sistema tutelar de los derechos humanos.
3. En síntesis, el criterio de la Corte Interamericana en esta materia plantea:
 - a) la vigencia de los deberes de respeto y garantía establecidos en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no obstante los obstáculos de derecho interno que pudieran desencaminar el debido cumplimiento de esas obligaciones asumidas por el Estado, en ejercicio de su soberanía, al constituirse como parte en la Convención;
 - b) el consecuente destierro de la impunidad por delitos de suma gravedad —violaciones graves a los derechos humanos— que pudiera provenir de esos obstáculos; y
 - c) el deber del Estado de introducir en su orden interno las medidas necesarias para alcanzar la vigencia de aquellos deberes y el destierro de esa impunidad, conforme a lo estipulado en el artículo 2 CADH.
4. En algún momento se ha suscitado una interrogante sobre el medio del que debiera valerse el Estado para suprimir las normas de esta na-

- turalidad que contravienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ¿Derogación? ¿Inaplicación o desaplicación, por obra de orientaciones jurisprudenciales o administrativas? ¿Anulación? No corresponde a la Corte Interamericana, sino al propio Estado, responder a esa pregunta, esto es, analizar y disponer el acto que lleve al fin procurado, que es la supresión de cualquier efecto que pudieran pretender las disposiciones incompatibles con la Convención.
5. Para los efectos de la jurisdicción internacional basta con afirmar esto último, y en todo caso precisar —que no sería indispensable, pero puede ser útil en la práctica, con el objetivo de salir al paso de dudas e interpretaciones encontradas—, que las pretendidas normas de autoamnistía no pueden tener efectos jurídicos ni en el momento en que fueron expedidas, ni en el presente ni en el futuro, en tanto contrarían, desde el instante de su emisión, los compromisos internacionales del Estado estatuidos en la CADH. En suma, la ineficacia de esos mandamientos resulta inmediatamente —y sin necesidad de actos especiales que lo dispongan y que, en todo caso, se limitarían a declararlo— de su colisión con la Convención Americana, conflicto que se presenta en el momento mismo en el que aquéllas aparecen en el ordenamiento jurídico doméstico, es decir, *ab initio*, como ha establecido la Corte.
 6. En el pronunciamiento sobre el *Caso La Cantuta*, la Corte ratifica la decisión sustentada en la interpretación de la Sentencia del *Caso Barrios Altos* (de septiembre de 2001), que ciertamente no constituye un punto de vista o una recomendación, sino una determinación —a título de interpretación auténtica— del alcance que tiene aquella Sentencia de fondo y reparaciones, parte integral de la misma voluntad decisoria. La interpretación no agrega un mandato a las determinaciones contenidas en la sentencia, sino hace luz sobre lo que ésta dispone. La sentencia de *La Cantuta* confirma la aplicación general del criterio adoptado por el Tribunal interamericano en el *Caso Barrios Altos*. En efecto, la fuente de la violación se localiza en una disposición de alcance general. La decisión de la Corte tiene el mismo alcance: general.
 7. No tendría sentido afirmar la “anticonvencionalidad” de la norma en una hipótesis particular y dejar incólume la fuente de violación para los casos que se presenten en el futuro. Lejos de establecer una garantía de no repetición —propósito crucial del sistema tutelar de los derechos humanos—, se estaría abriendo la puerta a la reiteración de la violación. Sería impracticable —y frustrante— requerir nuevos pronunciamientos de la Corte Interamericana que abarquen y resuelvan una serie indefinida de casos de la misma naturaleza, llevados a la

consideración de aquélla, uno a uno, con el propósito de obtener la respectiva declaratoria de “anticonvencionalidad”.

8. La Corte ha avanzado, además, en la aclaración de que los compromisos contraídos a raíz de la constitución de un Estado como parte del convenio internacional sobre derechos humanos vinculan al Estado en su conjunto. Esto se proyecta sobre los órganos ejecutivos, legislativos y jurisdiccionales, así como sobre los entes autónomos externos a esos poderes tradicionales, que forman parte del Estado mismo. Por ende, no resulta admisible que uno de dichos órganos se abstenga de cumplir el compromiso del Estado en el que se halla integrado o lo contravenga directamente sobre la base de que otro órgano no ha hecho su propia parte en el sistema general de recepción y cumplimiento de los deberes internacionales. Esta idea requiere mayor reflexión, que explore sus facetas e implicaciones, y desde luego sugiere la conveniencia de tender, también aquí, el “puente” oportuno y suficiente que enlace el orden internacional con el orden interno y supere las dudas y contradicciones a las que pudiera llevar la indefinición del tema.

II. DEBIDO PROCESO, COSA JUZGADA Y *NE BIS IN IDEM*

9. La Corte Interamericana —al igual que otros tribunales internacionales y nacionales— ha establecido criterios a propósito de la cosa juzgada y del principio *ne bis in idem*, conectado a aquélla. La cosa juzgada y el principio *ne bis in idem* sirven a la seguridad jurídica e implican garantías de importancia superlativa para los ciudadanos y, específicamente, para los justiciables. Ahora bien, la cosa juzgada supone que existe una sentencia a la que se atribuye esa eficacia: definición del derecho, intangibilidad, definitividad. Sobre esa hipótesis se construye la garantía de *ne bis in idem*: prohibición de nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada (material).
10. La sentencia es el resultado del proceso, es decir, constituye la desembocadura de una serie de actuaciones perfectamente reguladas y sujetas a un orden garantista que establece los presupuestos del proceso y las condiciones de validez de los actos centrales que integran éste, y en consecuencia acreditan la legitimidad del proceso mismo como sustento de la sentencia. El desarrollo del sistema procesal bajo el impulso de los derechos humanos preside la noción de debido proceso. En este sentido, pone de manifiesto la sustitución de la cuestionada fórmula “el fin justifica los medios” por otra regla de signo contrario: “la legitimidad de los medios empleados justifica el fin que se logra con ellos”.

11. El debido proceso, en suma, es cimiento de la sentencia. Sucede —si se permite la analogía— lo que ocurriría con una edificación: si se carece de cimiento la edificación se derrumba y habrá que construir de nuevo sobre base firme. Sólo por este medio y con este método se legitima la definición de los derechos y la asignación de los deberes al cabo de la contienda que se desarrolla ante una autoridad dotada de potestades jurisdiccionales. No hay debido proceso —y por lo tanto no hay definición plausible de derechos y deberes— cuando se ausentan las garantías judiciales previstas en el artículo 8 CADH. Y si no hay debido proceso, tampoco hay verdadera sentencia, ni cosa juzgada, ni espacio para la operación del principio *ne bis in idem*.
12. El Derecho internacional de los derechos humanos en la hora actual, así como el Derecho penal internacional, reprueban la simulación de enjuiciamientos cuyo propósito o resultado se distancia de la justicia y pretende un objetivo contrario al fin para el que han sido dispuestos: injusticia, oculta entre los pliegues de un proceso “a modo”, celebrado bajo el signo del prejuicio y comprometido con la impunidad o el atropello. De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite que subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia penal internacional se rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no pueden o no quieren hacer justicia.
13. ¿Implica esto la decadencia de la cosa juzgada —frecuentemente cuestionada en materia penal— y la supresión del *ne bis in idem*, con riesgo general para la seguridad jurídica? La respuesta, que *prima facie* pudiera parecer afirmativa, no lo es necesariamente. No lo es, porque bajo las ideas expuestas no se disputa la eficacia de la *res judicata* ni de la prohibición de segundo juicio cuando aquélla y éste se fincan en las disposiciones aplicables y no entrañan ni fraude ni abuso, sino garantía de un interés legítimo y amparo de un derecho bien establecido. No se combate, pues, la “santidad” de la cosa juzgada ni la firmeza del primer juicio —a título, entonces, de único juicio posible—, sino la ausencia de resolución legítima —esto es, legitimada a través de un debido proceso— a la que se atribuya eficacia de cosa juzgada e idoneidad para sustentar el *ne bis in idem*.

III. COLISIÓN DE DERECHOS

14. En algún momento la Sentencia de *La Cantuta* menciona un posible dilema entre derechos fundamentales integrados en el debido proceso. Me refiero a la garantía de plazo razonable, que con gran frecuencia

- viene a colación en el ámbito del proceso, o más ampliamente —como se ha afirmado— del procedimiento que afecta derechos de particulares y debe culminar en una resolución jurisdiccional sobre éstos; y a la garantía de defensa, que es una expresión central, sustancial, del acceso a la justicia en su doble sentido: formal (posibilidad de convocar el pronunciamiento jurisdiccional, probar, alegar, recurrir) y material (obtención de una sentencia justa).
15. El Tribunal que resuelve sobre derechos humanos debe poner especial cuidado en la solución de supuestos o reales dilemas, con el propósito de alcanzar, en la mayor medida posible, la conciliación entre los derechos en pugna, a fin de garantizar la más amplia protección del titular de éstos. Empero, tampoco se puede rehuir la verificación de que, en ciertos casos, es necesario asignar mayor jerarquía a uno de tales derechos para obtener, con ese reconocimiento, una tutela material más completa y satisfactoria para la persona. Es así que el plazo razonable cede frente a las exigencias de la justicia.
 16. La Corte ha observado que tan irrazonable puede ser un plazo excesivamente largo —precisamente por su condición “excesiva”— como otro excesivamente breve —por el mismo motivo—. Ahora se manifiesta que interesa más, en definitiva, asegurar la sentencia justa, a través de mayores y mejores actos de defensa, que ventilar la causa en breve plazo. Esta preferencia por la justicia material supone, sin embargo, que la reconsideración del plazo se haga bajo criterios adecuados de proporcionalidad, pertinencia, oportunidad, todo ello con atención a las exigencias que realmente proponga la justicia en el caso específico.

IV. EL CONTEXTO O CIRCUNSTANCIA DE LAS VIOLACIONES

17. En la Sentencia de *La Cantuta* —como en las resoluciones correspondientes, por ejemplo, a los casos *Goiburú*, *Almonacid*, *Castro Castro* y otros—, la Corte ha presentado una consideración de “contexto”, que permite analizar los hechos violatorios dentro de su circunstancia. Esta determina la aparición de aquéllos, sus características, significado y arraigo, y contribuye a la solución judicial, tanto en lo que toca a la apreciación de los hechos como en lo que respecta a las reparaciones y garantías de no repetición.
18. Una decisión judicial ordinaria podría prescindir de reflexiones o descripciones acerca de la circunstancia en la que se suscita el litigio, proyectada hacia los contendientes y hacia el estado general de la sociedad o de un grupo social, o de cierto conjunto de relaciones en un lugar y en un tiempo determinados. Pero una resolución en materia de derechos humanos, que pretende hacer luz sobre violaciones y pre-

- venir nuevos atropellos, creando las condiciones que mejoren el reconocimiento y la práctica de los derechos fundamentales, no puede aislarse del medio ni dictarse en el “vacío”. Este sentido “histórico” del litigio y esta pretensión de “trascendencia” de la resolución respectiva explican y justifican el “telón de fondo” que despliega la Corte al examinar un caso, como prefacio para la exposición de los hechos y referencia para la aplicación del derecho.
19. Las características especiales de la justicia sobre derechos humanos concurren a explicar y justificar, asimismo, una práctica de la Corte Interamericana que se observa tanto en el desarrollo de las audiencias públicas como en la estructura de las sentencias, que en ocasiones pudieran parecer desbordantes o redundantes. Cuando existen confesión y allanamiento por parte del Estado —confesión de hechos y allanamiento a pretensiones— cabría prescindir de pruebas sobre los hechos, que fueron aceptados, y de narraciones en torno a ellos en una sentencia que ya no requiere, por parte del tribunal, la verificación de los acontecimientos violatorios, sino sólo la fijación de sus consecuencias (cuando no existe composición entre las partes a propósito de éstas, o dichas consecuencias exceden la facultad compositiva de los litigantes).
 20. Sin embargo, la justicia sobre derechos humanos pretender ser “ejemplar” y “aleccionadora”. Sirve al “conocimiento de la verdad” y a la “rectificación política y social”. En otros términos, no se confina ni satisface con la decisión escueta sobre la controversia —que, por lo demás, ha cesado—, sino busca aleccionar acerca de los factores de vulneración de derechos fundamentales, las prácticas violatorias, el padecimiento de las víctimas, las exigencias de la reparación que va más allá de las indemnizaciones o las compensaciones patrimoniales, el conocimiento general de las faltas cometidas. En este sentido, reviste un carácter más acusadamente social, histórico, moral, pedagógico, que otras expresiones de la justicia pública.
 21. Nos hallamos, en suma, ante una forma *sui generis* de justicia que ingresa en los valores políticos y morales de una sociedad y revisa las relaciones entre el poder político y el ser humano. Por ello las audiencias que preside la Corte Interamericana y las sentencias que dicta abordan puntos que se hallan formalmente fuera de controversia, pero interesan a la sociedad en su conjunto y gravitan sobre los deberes del sistema protector de los derechos humanos, del que forma parte la jurisdicción interamericana. Afortunadamente, estas particularidades de la justicia sobre derechos humanos han sido bien comprendidas por las partes en el proceso, que facilitan el desarrollo del enjuiciamiento dentro de las características que lo singularizan y que

podieran resultar innecesarias o acaso improcedentes en otros órdenes jurisdiccionales.

V. APRECIACIÓN SOBRE LA GRAVEDAD DE LOS HECHOS

22. La existencia de hechos muy graves, dentro de una circunstancia particularmente lesiva para los derechos humanos de un amplio grupo de personas, o de individuos vulnerables que requerirían garantías especiales por parte del Estado, concurre a sustentar el juicio del Tribunal acerca de las reparaciones. Es aquí donde se expresa la apreciación que hace la Corte acerca de la entidad y la gravedad de los hechos violatorios y la naturaleza y cuantía, en su caso, de las reparaciones. A veces se alude a una “responsabilidad agravada” del Estado cuando se tiene a la vista un panorama de violaciones particularmente reprobables. En realidad, no se puede hablar de “responsabilidad agravada”, sino de hechos que determinan la responsabilidad internacional del Estado y que ameritan, por su gravedad, consecuencias más rigurosas.
23. Antes de ahora he mencionado que la responsabilidad —aptitud o deber de responder por determinados hechos, comportamientos, deberes o garantías— es una relación entre el sujeto de derecho y los hechos y la conducta, bajo la perspectiva de cierta calificación jurídica y determinadas consecuencias de la misma naturaleza. Se trata, pues, de un concepto formal que establece el vínculo entre la persona que responde, la conducta por la que responde y las consecuencias que derivan de todo ello. En tal virtud, la responsabilidad no es, por sí misma, ni agravada ni atenuada. La gravedad o levedad corresponden a los hechos y, en consecuencia, influyen en la severidad mayor o menor de la reacción autorizada por el orden jurídico. Sin embargo, el empleo de aquella expresión puede ser ilustrativo del reproche judicial de la conducta ilícita.

VI. REPARACIONES Y RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

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

- conductas violatorias: por ejemplo, reformas constitucionales, adopción de leyes, derogación de disposiciones de alcance general, invalidación de procesos y sentencias, reformas políticas o judiciales, etcétera. Todo esto alcanza al conjunto del aparato público y atañe a toda la sociedad, además de beneficiar a alguna o algunas personas a cuyos intereses legítimos y derechos acreditados se procura corresponder.
25. Entre las medidas de satisfacción que la Corte ha dispuesto en el marco de las reparaciones figura, en forma ya sistemática, el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte del Estado. La sentencia de la Corte certifica que existe esa responsabilidad, como consecuencia de un hecho ilícito atribuible al Estado. En consecuencia, no es necesario, desde una perspectiva estrictamente jurídica —es decir, para la eficacia formal de la sentencia y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en ésta— que el Estado reconozca su responsabilidad, sino que atiende a los deberes que provienen de ella. Sin embargo, ese reconocimiento en el marco de un acto público, con presencia de altas autoridades —la Corte no dispone quiénes sean éstas; la decisión compete al Estado, en forma congruente con la importancia del hecho y la solemnidad del acto—, reviste especial relevancia moral para la satisfacción de las víctimas o de sus allegados y posee trascendencia política para la tutela de los derechos humanos.
26. En el ámbito de estas satisfacciones puede figurar —y ha figurado, con alguna frecuencia, hecho alentador que la Corte ha destacado— alguna expresión pública adicional. En este sentido, se ha pedido disculpa o perdón a las víctimas o sus familiares, se ha deplorado la violación cometida, se ha ofrecido adoptar medidas que beneficien a aquéllas y prevengan nuevas violaciones, etcétera. Es preciso meditar con mayor profundidad sobre la posibilidad, conveniencia y pertinencia de solicitar a la autoridad que pida perdón u ofrezca disculpa a los agraviados, tomando en cuenta la naturaleza del acto de “perdón”, cuyo carácter moral es incuestionable, pero cuya naturaleza jurídica en esta hipótesis merece mayor examen.
27. En términos generales, la petición de perdón a raíz de una falta grave reviste un valor ético específico para quien la formula y para quien la recibe. En estos casos, quien la expresa no es —aunque pudiera ser, en algunas ocasiones— la persona que cometió el agravio. Se trata de una manifestación que posee carácter formal, más bien que sustancial. Es el Estado, a través de un agente suyo, quien pide perdón por la conducta ilícita perpetrada por otro agente del Estado. Este es el sujeto directamente responsable —desde el punto de vista moral, además de jurídico—; en cambio, aquél es extraño a los hechos, se halla vinculado al proceso por la investidura que ostenta, no por la cul-

- pa que tiene, y es ajeno a los profundos sentimientos, al íntimo dolor, a la grave alteración que los hechos provocaron en la víctima.
28. Por lo que toca a la persona que recibe la solicitud, habría que reflexionar en el sentido que tiene el perdón que se pide y otorga: ¿absuelve de una culpa? ¿redime al solicitante? ¿carece de efectos jurídicos, aunque los tenga morales? En fin: ¿cuál es el sentido del perdón por hechos de gravedad extrema (que en ocasiones parecen imperdonables, para decirlo con franqueza) y cuál es su eficacia verdadera en relación con el proceso, la sentencia, el deber de justicia que atañe al Estado, las reclamaciones a las que tiene derecho la víctima? ¿forma parte de la conciliación y de la reconciliación? Y si es así, ¿cuál es su eficacia compositiva desde la perspectiva jurídica que corresponde a la sentencia del Tribunal internacional y trasciende hacia los deberes del Estado?
29. Son cada vez más frecuentes, en la experiencia de la Corte Interamericana, los casos de reconocimiento total o parcial de responsabilidad por parte del Estado, que acepta (confiesa, en tanto Estado) la existencia de las violaciones y la identidad de los afectados, admite que aquéllas implican afectación de determinados preceptos de la CADH e incluso adquiere el compromiso de proveer ciertas reparaciones. Este fenómeno marca una tendencia positiva en la protección de los derechos humanos y la compensación jurídica y moral a las víctimas. La Corte ha reconocido el mérito de esta tendencia y el valor del reconocimiento en cada caso en que se ha formulado.
30. En alguna oportunidad se ha dicho que el reconocimiento pudiera obedecer al propósito de sustraer la expresión de los hechos a la consideración de la Corte y al conocimiento de la sociedad, en perjuicio del derecho a conocer la verdad. No discuto los motivos que existen tras cada acto de reconocimiento. Reitero el aprecio por éste —que da un paso más allá de la negativa de hechos inocultables o la defensa de situaciones indefendibles— y observo que no se traduce en la sustracción de los hechos al conocimiento jurisdiccional y social. No sucede tal cosa si se toma en cuenta la práctica bien establecida de celebrar audiencias públicas en las que se escucha a testigos de los hechos —aun cuando el acento se ponga en las reparaciones— y de narrar en las sentencias los ilícitos cometidos, que son la fuente de las reparaciones, no obstante la confesión, admisión o reconocimiento del Estado, que en otros sistemas de enjuiciamiento pudiera determinar el final anticipado del proceso por sobreseimiento, sin narración de cuestiones que ya no están sujetas a controversia o declaración de personas que rinden testimonio sobre acontecimientos que nadie niega.

CASO DE LA MASACRE DE LA ROCHELA VS. COLOMBIA,
del 11 de mayo de 2007

1. La Corte Interamericana sirve a su competencia sobre violación de derechos humanos desde una perspectiva jurídica que abarca tanto los instrumentos que le confieren aquélla como las normas de carácter internacional que concurren a fijar el alcance de ciertos hechos y disposiciones, entre otros extremos. Así, se coloca en un contexto de regulación y cultura que imprime actualidad y confiere sentido histórico y jurídico a sus reflexiones y determinaciones.
2. Además, la Corte trae a esas reflexiones los datos que suministran otras ramas del sistema jurídico, consciente de que el Derecho que inmediatamente aplica —Derecho internacional de los derechos humanos, en su vertiente interamericana— forma parte del orden jurídico total. No pretende, pues, “rehacer” o “reinventar” conceptos ampliamente transitados, a no ser que éstos posean alcances específicos en el Derecho internacional de los derechos humanos que obliguen a separarse del que poseen en las ramas o disciplinas en las que se originaron o tiene su manifestación ordinaria y natural.
3. Es numerosa y evidente la recepción de conceptos jurídicos de otras ramas o disciplinas en los pronunciamientos de este Tribunal. Para sólo mencionar un ejemplo, recuérdese la elaboración jurisprudencial interamericana a propósito del alcance del derecho a usar y gozar de los propios bienes —instalado en el artículo 21 de la Convención Americana bajo el rubro del derecho a la propiedad privada— a la luz del sistema jurídico de los antiguos pueblos americanos. La Corte no ha rechazado estos conceptos ni se ha privado de la posibilidad —necesidad, mejor dicho— de acoger en sus sentencias nociones y experiencias provenientes de otros espacios jurídicos.
4. En la sentencia a la que acompaño este *Voto*, la Corte ha considerado —invocando precedentes de la Corte Europea: *Makaratzis vs. Greece*, de 2004, y *Acar and Others vs. Turkey*, de 2005— que existe violación del derecho a la vida cuando los agentes de la transgresión realizan todos los actos que debieran producir la privación de la existencia, aun cuando ésta no se consume por causas ajenas a la voluntad de aquéllos, que en la especie ni siquiera tuvieron conciencia de que algunas personas habían sobrevivido a la masacre. Cobran relieve las características de la conducta violatoria y su idoneidad para producir cierto fin lesivo, el empleo de la fuerza y el designio de los agentes. Por todo ello, los hechos entrañan ataque directo y deliberado al derecho a la vida, y en consecuencia es posible y debido catalogarlos en esta categoría de violaciones.

5. La Corte Interamericana ha seguido esa línea de reflexión en el análisis de los hechos de La Rochela, en cuanto manifiesta que “La forma como se ejecutó la masacre mediante un ataque con armas de fuego de la (...) magnitud (referida en la sentencia), encontrándose las víctimas sin ninguna posibilidad de escapar, configur(ó) una amenaza para la vida de todos los 15 miembros de la Comisión Judicial. La circunstancia de que tres de ellos hayan resultado heridos y no muertos es meramente fortuita”. No basta, pues, la mera amenaza, tan severa como haya sido, que por sí misma sería insuficiente para constituir violación del derecho a la vida amparado por el artículo 4. Se requiere que exista un ataque al bien tutelado y que éste revista gravedad suficiente para vulnerarlo.
6. Este criterio del Tribunal implica un paso adelante en la tutela de los derechos humanos, siempre dentro del marco del Pacto de San José —sin exceso ni defecto; lejos del arbitrio caprichoso—, cuya interpretación sustenta las conclusiones a las que llega el Tribunal. La circunstancia de que los agentes hubiesen errado en su apreciación sobre el resultado material de su conducta violatoria no excluye la profunda ilicitud de ésta y, en consecuencia, el ataque que implica a uno de los derechos fundamentales acogidos en la Convención Americana.
7. La reflexión del Tribunal internacional puede verse reforzada o apoyada en elementos provenientes del orden penal. Visto el tema desde otra perspectiva, que concurre a establecer la racionalidad de la sentencia, se trataría de una hipótesis de tentativa de homicidio, es decir, de un estadio en el *iter criminis* con el que se afecta o pone en grave peligro la integridad de un bien jurídico y el derecho que tiene su titular. También en esta hipótesis el título penal aplicable corresponde a la privación ilícita de la vida (intentada), aunque no se haya logrado el fin perseguido por el agresor. *Por supuesto* —lo subrayo, para salir al paso de malentendidos—, *la Corte Interamericana no es un tribunal penal, ni se pronuncia sobre homicidios, ni determina la existencia de una tentativa punible*. De ahí que no hablemos de crímenes o delitos consumados o intentados, sino de violaciones a derechos humanos, reservando las categorías y las denominaciones de cada campo del derecho.
8. Ahora bien, esta exclusión inequívoca de la competencia penal y de las calificaciones inherentes a ella no impide que el Tribunal refleje sobre su análisis y para los fines de la defensa de bienes jurídicos que le es propia la técnica que suministra el Derecho penal. Este cuenta con un extenso desarrollo sobre el tema que ahora me interesa y que determina el pronunciamiento de la Corte en lo que toca a los sobrevivientes de la masacre. De ese desarrollo y de sus conclusiones

- puede beneficiarse, para su propia misión, el Tribunal que conoce de violaciones a derechos humanos.
9. A mi juicio, la apreciación hecha por la Corte en este caso específico, caracterizado por determinados datos precisos, no implica por sí misma, necesariamente, que se haya introducido en nuestra materia la categoría de la tentativa —con esa u otra denominación— como grado de violación de todos los derechos humanos, independientemente de la naturaleza de éstos y de las circunstancias en las que ocurra el ataque. Habrá que volver sobre esta cuestión en otros casos y explorar los alcances y las limitaciones que sea pertinente reconocer en las diversas situaciones que se planteen. Queda abierta, pues, la puerta para un futuro desenvolvimiento de la materia hasta alcanzar un concepto general adecuado.
 10. En el mismo período de sesiones en el que la Corte adoptó la sentencia del *Caso de La Rochela*, fue emitida la sentencia sobre el *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, también del 11 de mayo de 2007. En ésta se abre paso, espero que en definitiva, la reflexión procesal acerca de la naturaleza y el alcance de determinados actos del Estado abarcados por la expresión “reconocimiento de responsabilidad internacional” o calificados, en su conjunto, como “allanamiento”.
 11. Es verdad que el proceso sobre derechos humanos analiza los supuestos de los que deriva la responsabilidad internacional del Estado por determinada conducta ilícita de sus agentes —o de terceros— que es atribuible a aquél, con las respectivas consecuencias jurídicas. Pero también es cierto que cada uno de esos actos posee carácter propio y trae consigo efectos precisos, que es indispensable advertir y valorar, aun cuando ninguno de ellos, como sabemos, acarrea fatalmente la conclusión del proceso y el establecimiento de una versión “oficial” acerca de los hechos y la validez de las pretensiones. Ambas cosas se hallan sujetas a examen y decisión de la Corte, no condicionada por actos dispositivos de una parte.
 12. La recepción en la jurisprudencia de la Corte de las aportaciones provenientes del Derecho procesal, perfectamente justificada e incluso necesaria, permite precisar el alcance de los conceptos conforme a una doctrina bien establecida en aquella disciplina y desde luego aprovechable por la jurisdicción internacional de los derechos humanos. Tal recepción favorece el entendimiento sobre los actos del procedimiento internacional, los efectos que éstos producen naturalmente, la condición de los sujetos procesales (especialmente las partes), el perfil de otros participantes en el procedimiento, la legitimación procesal, etcétera.
 13. En diversos *Votos* que acompañé a sentencias de la Corte me he ocupado en recordar las características de la confesión y el allanamiento,

de cuya eficacia —asociada a otros elementos sujetos a la consideración del Tribunal— puede resultar la declaratoria de violación (porción declarativa del pronunciamiento judicial integral) y la fijación de consecuencias jurídicas (porción condenatoria de ese pronunciamiento), y con ellas la apreciación sobre la responsabilidad internacional del Estado en el caso *sub judice*.

14. He procurado asociar esas reflexiones con la doctrina procesal más acreditada. Así, por ejemplo, en mi *Voto* correspondiente a la sentencia en el *Caso Bulacio vs. Argentina*, del 18 de septiembre de 2003, observé 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 (Niceto) Alcalá-Zamora—, el allanamiento es ‘un acto de disposición, o de renuncia de derechos’: renuncia al derecho de defensa. La ‘confesión se contrae a afirmaciones de hecho y el allanamiento, a la pretensión jurídica’” (*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).
15. En la sentencia del *Caso Bueno Alves*, la Corte ya no se contrae a invocar la responsabilidad internacional —que es, por supuesto, un tema central del proceso— mencionada por el Estado, y mucho menos concentra en el allanamiento tanto esta figura como la confesión, concentración que resulta impropia. Analiza cada concepto en forma separada y con la caracterización y los efectos que le corresponden: uno, como admisión de hechos, que reduce el problema de la prueba sobre éstos; otro, como aceptación de las pretensiones de la contraparte bajo determinados títulos jurídicos, que encauza la composición del litigio.
16. En efecto, se dice: a) “Este Tribunal entiende que el Estado, al haber aceptado las conclusiones del Informe (de la Comisión Interamericana) y al no haber controvertido los hechos que la Comisión planteó en su demanda, *ha confesado éstos*, que constituyen la base fáctica de este proceso” (párr. 26); y b) “Esta Corte considera que la ‘aceptación’ del Estado (con respecto a las conclusiones contenidas en el Informe de la Comisión acerca de la violación de ciertos preceptos convencionales) constituye un *allanamiento a las pretensiones de derecho* de la Comisión” (párr. 30) (énfasis agregado).

CASO ESCUÉ ZAPATA VS. COLOMBIA,
del 4 de julio de 2007

1. En la resolución de este caso y de otros examinados durante el LXXVI Período Ordinario de Sesiones (julio de 2007), como el *Caso Can-*

toral Huamani y García Santa- Cruz vs. Perú (sentencia del 10 de julio de 2007), la Corte Interamericana ha reflejado su criterio sobre algunos extremos interesantes en la conexión que existe entre el deber general de garantizar derechos y libertades que enuncia el artículo 1.1 de la Convención Americana, los artículos de ésta que reconocen ciertos derechos llamados “sustantivos” (p. ej., artículo 4: vida; artículo 5: integridad; artículo 7: libertad, etcétera) y aquellos otros que aluden a derechos denominados “procesales”, o mejor aún, “instrumentales” (p. ej., artículo 8: acceso a la justicia en general; artículo 25: tutela jurisdiccional de derechos fundamentales específicamente, sin perjuicio de otros igualmente “procesales” o “instrumentales” acogidos en artículos destinados al régimen de los “sustantivos”, como ocurre en los artículos 4.6: medios extraordinarios de impugnación, conmutación o gracia a propósito de la pena de muerte; y 7.6: control judicial sobre la legalidad de la detención, correspondiente, en general, al *habeas corpus*). En anteriores oportunidades me he referido a estas cuestiones y otras relacionadas con ellas; así, *cfr.* mi “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, año 12, tomo II, 2006, pp. 1111 y ss.

2. Desde sus primeras sentencias sobre asuntos contenciosos, la Corte ha subrayado que el artículo 1.1 de la Convención Americana estatuye un doble deber de tutela a cargo del Estado —o bien, si se prefiere, una obligación con doble vertiente—, en lo que atañe a los derechos humanos previstos en el Pacto: a) por una parte, respetar estos derechos y libertades; b) por la otra, garantizar su libre y pleno ejercicio. Este segundo deber, ordinariamente mencionado como “obligación de garantizar”, implica, entre otras cosas, que el Estado “haga justicia” en el orden interno. Vale decir que existe un deber previo —naturalmente: por necesidad conceptual— a los dos enunciados: la obligación de “reconocer” los derechos y libertades alojados en la Convención, sea que ese reconocimiento provenga de la incorporación de aquéllos en el ordenamiento interno, sea que resulte de la aplicación directa de éste en el orden doméstico.
3. Lo anterior significa, por lo que atañe a la posible consecuencia penal de las violaciones perpetradas (regularmente las violaciones de derechos humanos se hallan recogidas en tipos penales, tomando en cuenta que implican la intensa afectación de bienes jurídicos de la mayor jerarquía), que el Estado investigue éstas y proceda en contra de los responsables (obligación de medios). Esta investigación sirve a los fines vinculados inmediatamente con la víctima, como cauce de la reparación (asimismo, brindan satisfacción a sus familiares), y al propósito

- de prevención de futuros hechos violatorios, que pudieran multiplicarse al abrigo de la impunidad: no repetición de violaciones. El cumplimiento del deber de garantía corresponde, por lo tanto y en determinada medida, a lo que en otro orden se denomina “prevención general”.
4. Hasta hoy, la Corte no ha declarado, generalmente, la existencia de violación al artículo 1.1 de la Convención, en forma aislada de otras violaciones e inconexa con éstas. Ha entendido que el quebranto de las obligaciones de respeto y garantía se analiza en conexión con la transgresión de algún derecho contemplado en la Parte I del Pacto. Cuando se viola un derecho convencionalmente previsto, queda de manifiesto la desatención a los deberes (o a uno de ellos) establecidos en el artículo 1.1. Hay, por lo tanto, una doble infracción simultánea: al artículo 1.1 y al precepto que recoge el derecho violado. En cambio, el Tribunal ha estimado que puede existir violación de los artículos 8 y 25 —también relacionados, por supuesto, con el artículo 1.1—, sin invocar necesariamente, para declararla, una violación de derechos “materiales”.
 5. Ahora bien, la obligación estatal de garantizar un derecho o libertad, establecida en el artículo 1.1, se satisface a la luz de los citados artículos 8 y 25, entre otros, “leídos” —es decir, comprendidos o aplicados— conjuntamente— con el artículo que se refiere al derecho “sustantivo” cuya violación procede investigar. Se hallan lógicamente vinculados, pues, los artículos 1.1, 8 y 25, y el precepto o los preceptos que aluden a los derechos “materiales” violados. Esta explicación no es ajena, por supuesto, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aunque no siempre se hubiese formulado expresamente o reflejado en los términos empleados por el Tribunal cuando declara la existencia de violaciones y fija las reparaciones consecuentes (que son, en rigor, “consecuencias jurídicas”, no estricta y solamente reparaciones en sentido estricto, del supuesto normativo de violación actualizado en los hechos sujetos a juicio).
 6. Con respecto a la mencionada conexión entre preceptos del Pacto, existe un detallado *Voto concurrente* de la Jueza Cecilia Medina Quiroga, correspondiente a la sentencia dictada en el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, del 15 de junio de 2005. En ese voto —al que me adherí—, su autora manifiesta que la Corte “debió haber declarado violados (los) artículos 4 y 5, en relación con la falta de cumplimiento de la obligación de investigar, porque ella era parte de la obligación de garantizar las privaciones de vida y las afectaciones de la integridad personal alegadas en el caso” (párr. 5 del *Voto*).
 7. El artículo 8 de la Convención Americana reconoce, bajo el rubro de “Garantías judiciales” —que no agota o describe suficientemente el con-

tenido de ese precepto— el derecho de acceder a la justicia, requerir la tutela judicial, reclamar derechos y libertades, al que también se ha mencionado en la jurisprudencia de la Corte como debido proceso. Nuestra jurisprudencia no ofrece, todavía, una connotación precisa de ese acceso, frecuentemente invocado, ni un deslinde riguroso entre el derecho de acceso y el derecho al debido proceso (más allá o más acá de reconocer y enumerar una serie de derechos abarcados por éste). Sin embargo, se entiende que:

- a) cualquier persona puede acudir a las instancias estatales previstas para procurar e impartir justicia en los términos del propio artículo 8.1, si pretende acreditar, reclamar o recuperar un derecho, y el Estado se halla obligado a establecer instancias suficientes, adecuadas y eficientes para ese efecto y proveer a su buen funcionamiento. Este derecho (petición y, en su caso, acción o coadyuvancia con la acción, es independiente del derecho sustantivo que se invoca, como lo ha establecido, desde hace mucho tiempo, la doctrina procesal); y
 - b) el Estado ha de satisfacer la obligación de garantía que le concierne, conforme a lo mencionado *supra*, con observancia de la obligación que le asignan el artículo 8 y, en su caso, el artículo 25. Si no investiga hechos violatorios y otorga al individuo la protección debida, infringe estos preceptos. Así lo declarará la Corte.
8. Por lo tanto, es razonable que al declarar la infracción a los artículos 8 y 25 se mencione igualmente la infracción de la que deriva el deber de investigar, aspecto de la obligación de garantizar estatuida en el artículo 1.1 (se podría hacer otro tanto al resolver que hubo infracción del derecho “material” y acreditar que, en ausencia de investigación adecuada, también se infringió el artículo 8). Si la Corte carece de competencia en función del tiempo para declarar la violación al derecho “material”, puede, sin embargo, referirse a la infracción del derecho “instrumental” en la medida en que la obligación de investigar surgida del hecho ilícito (no sujeto, en sí mismo, a la competencia de la Corte) emane de un ordenamiento diferente de la CADH y dicha obligación se mantenga vigente, por hallarse todavía incumplida en la etapa sobre la que se ha reconocido competencia al Tribunal.
9. Existe la posibilidad, empero, de que haya violación directa del artículo 8.1 sin que se presente o se declare por la Corte la existencia de transgresión de derechos “materiales” previstos en la Convención. Esta situación se plantea cuando:
- a) el sujeto reclamante de justicia acude al Estado para sostener un derecho diferente de los que prevé la Convención, y el Estado des-

atiende la petición de justicia. En la especie, la negativa de acceso constituye, *per se*, una violación al artículo 8.1, y la Corte debe declararla como tal, en conexión, desde luego, con el artículo 1.1 (el derecho de acceso a la justicia se halla resguardado, como cualesquiera derechos convencionales, por los deberes estatales de respetar y garantizar), y sin alusión a otros derechos o libertades enunciados en el Pacto.

- b) se ha argüido la violación de un derecho “material” convencional, pero la Corte no dispone de elementos para declarar que efectivamente existió dicha transgresión, aunque los hay para establecer que, habiéndose invocado un hecho ilícito atribuible (en hipótesis) al Estado, éste se abstuvo de cumplir el deber de investigación que le incumbe.

Por lo tanto, la Corte no podría referirse en su sentencia a la infracción del artículo 8 en relación con la “violación” de cierto artículo “material”, sino solamente, en los casos respectivos, a la transgresión de aquél con motivo de: i) la reclamación de derechos extraconvencionales formulada por el quejoso, o de ii) la “supuesta” violación (no comprobada ante la Corte) de un derecho convencional.

- 10. En el *Caso Ezcué Zapata* no se planteó la posibilidad o pertinencia de aplicar separadamente los artículos 8 y 25, señalando la existencia de violaciones diferentes bajo cada uno de éstos, o sosteniendo que sólo uno de ellos fue infringido. Sin embargo, en diversas ocasiones se ha observado la existencia de dos puntos de vista diferentes en torno a esta materia: una, que sostiene la transgresión a los artículos 8 y 25; la otra, que considera la presencia de violación al artículo 8, no al 25. Al respecto, me permito comentar:

- a) el artículo 8, de más amplio espectro, consagra el acceso ordinario a la justicia y detalla sus términos, tanto en general (8.1) como en lo que atañe al enjuiciamiento (en sentido amplio) penal (8.2), cuyas garantías han sido proyectadas por la jurisprudencia de la Corte a otras vías de tutela judicial o parajudicial, en lo que sea aplicable a éstas. Esta ampliación, que estimo razonable, contribuye a perfilar y mejorar la tutela del justiciable.
- b) el artículo 25, con un ámbito menos extenso, aborda un aspecto crucial del acceso a la justicia: el recurso a medios expeditos y eficaces para la protección de derechos fundamentales (no de cualesquiera derechos, pues, como en el supuesto del artículo 8), que en la tradición mexicana (reflejada en la redacción del artículo 25 del

- Pacto) corresponde al juicio de amparo. Se entiende que el procedimiento relativo a esta defensa de derechos fundamentales debe observar las garantías fijadas en el artículo 8.
- c) además, la Convención previene otros recursos para la protección de derechos, a los que ejemplificativamente me referí *supra* 1, que proveen tutelas procesales más acotadas y específicas. Cada uno de estos medios “instrumentales” de protección tiene entidad propia, naturaleza característica y posible aplicación separada.
11. Puesto que existe esa posibilidad de deslinde conceptual entre la amplia garantía de acceso a la justicia que brinda el artículo 8.1 y la específica garantía que ofrece el 25 a los derechos fundamentales a través de un medio procesal también específico, habrá que observar en cada caso, conforme a los hechos sujetos al conocimiento de la Corte, cuál es el artículo convencional vulnerado. Podrían venir al caso el 8 y el 25, pero podría suceder que la violación se contrajera al 8. En todo caso, la tutela de la Convención se desplegará sobre el individuo y en tal medida se brindará protección a éste y se atenderá al objeto y fin del tratado.

CASO GARCÍA PRIETO Y OTRO VS. EL SALVADOR,
del 20 de noviembre de 2007

I. DEBER DE INVESTIGAR

1. En la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso García Prieto* (El Salvador), del 20 de noviembre de 2007, a la que acompaño este *Voto*, se ha examinado la necesidad de llevar adelante ciertas investigaciones, que se considera inconclusas y necesarias, para establecer la verdad sobre determinados hechos que pudieran interesar a los efectos de la justicia penal.
2. El deber de realizar estas investigaciones tiene una doble y sucesiva fuente, admitida por el Estado que se constituye en parte del tratado sobre derechos humanos y reconoce la competencia del tribunal internacional en asuntos contenciosos: ante todo, el tratado mismo —la Convención Americana—; y como consecuencia de éste y del reconocimiento de competencia, la resolución pronunciada por la Corte, llamada a interpretar y aplicar la Convención, en los términos de ésta y del Estatuto que deriva de ella.

II. ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES: EL PROCESO DE RECEPCIÓN NACIONAL

3. Es posible que el cumplimiento de este deber de investigación (dejo para otra oportunidad el alcance de la investigación y su trascendencia como capítulo para el acceso al enjuiciamiento y la sanción, cuestión a la que se refiere la Corte en un párrafo que invita a la reflexión) enfrente cuestiones suscitadas por el orden interno: obstáculos francos o vacíos normativos. El Tribunal interamericano se ha pronunciado a menudo, siguiendo las orientaciones del Derecho de los tratados y las reglas en materia de responsabilidad internacional, sobre el cumplimiento —ofrecido por los Estados partes— de las disposiciones generales (normativas) o particulares (jurisdiccionales, con doble impacto: en el caso concreto y en el conjunto del sistema) del orden internacional. No insistiré en este asunto.
4. No hay duda sobre la obligación que tiene el Estado de adoptar las medidas legislativas y de otra naturaleza (artículo 2 de la Convención Americana) necesarias para la observancia y protección de los derechos y libertades recogidos por ese instrumento. De ahí que la propia sentencia, consciente de las circunstancias existentes y de los alegatos que pudieran formularse a partir de éstos, haya dispuesto en un párrafo enfático: “Corresponde a los Estados expedir las normas y ajustar las prácticas para cumplir lo ordenado en las decisiones de la Corte Interamericana, si no cuentan con dichas disposiciones”. El mandamiento se halla, pues, en el orden internacional que los Estados aceptan; la solución, con sus particularidades, se encuentra en las manos (y en los deberes) de éstos.
- 5 Esa expresión acentúa, una vez más, la necesidad de que los Estados dispongan lo que resulte necesario, en su propio ordenamiento interno, para la atención puntual de los compromisos contraídos al amparo del ordenamiento internacional, adoptado con carácter vinculante por los mismos Estados a través de sus propias decisiones soberanas. Me ha parecido interesante referirme ahora a esta adopción de medidas, que constituye un deber ampliamente examinado y aceptado —y que no se contrae, evidentemente, a este caso—, en tanto se relaciona con la cuestión más relevante y activa, hoy día, en el enlace entre los órdenes nacionales e internacional y en la consolidación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: la recepción nacional de las decisiones internacionales.
6. El tema tiene, por supuesto, múltiples facetas e implicaciones, que no pretendo examinar ahora, ni podría hacerlo. Corresponde subrayar, sin embargo, que esa recepción —el dato más relevante y decisivo del momento actual, y uno de los más frecuentemente examinados

ahora por la doctrina⁵⁵— debe ser motivo del esfuerzo más enérgico y sostenido, y proyectarse hacia los diversos frentes en los que debiera instalarse y arraigar.

III. RECEPCIÓN EN LA CULTURA

7. En otras oportunidades me he ocupado de los diferentes ámbitos en que los que debe operar la recepción y de las actuaciones que es preciso desarrollar para que efectivamente se proyecte en ellos. He mencionado la necesidad de fortalecer la recepción en la cultura americana sobre los derechos humanos, siempre asediada, sobre todo cuando hay signos de inseguridad pública que nutren el discurso desfavorable a los derechos humanos (que es, en esencia, un discurso desfavorable al Derecho mismo). Esa cultura es el “ambiente natural” para la observancia de los derechos. De la convicción generalizada dependen la vigencia efectiva, la exigencia imperiosa (que impide desandar caminos y favorece el avance sobre nuevos territorios) y la eficacia real de los instrumentos previstos para la protección de los derechos, tanto en el orden nacional como en el internacional.

IV. RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL

8. También se requiere la recepción constitucional, que ha prosperado bajo diversas fórmulas —cuyo conjunto aporta un panorama de progreso, aunque con heterogéneas expresiones normativas— y que paulatinamente pudiera consolidar la idea de que más allá de la siempre ardua cuestión de jerarquía entre los órdenes nacional e internacional, se halla la suprema jerarquía del ser humano —común a las decisiones fundamentales de ambos, en su versión más desarrollada y contemporánea—, que vincula todas las decisiones y las actuaciones.

⁵⁵ Como ejemplos, de muy reciente fecha, sobre este acento de la doctrina, procede mencionar dos obras aparecidas en 2007, la primera de ellas, con antecedente en otra publicación similar, que le sirve como punto de referencia, editada hace una década en Argentina, y la segunda con alcance a varios países del área, a saber: Varios, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto, y Courtis, Christian (comps.), Editores del Puerto/Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)/Canadian International Development Agency, Buenos Aires, 2007, 1005 pp.; y Varios, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales, Krsticevic, Viviana, y Rojo, Liliana (coords.), CEJIL, Buenos Aires, 2007, 432 pp.

V. RECEPCIÓN POLÍTICA

9. La admisión de las relaciones internacionales y sus consecuencias declarativas, normativas y jurisdiccionales en las leyes básicas de los Estados, prohíba la adopción de políticas públicas favorables a la tutela y expansión de los derechos humanos. Este ámbito de recepción puede atenderse, sin embargo, aun en ausencia de disposiciones constitucionales explícitas—como ha ocurrido en varios casos—, con sustento en las normas internas a propósito de libertades y derechos fundamentales y en el “espíritu antropocéntrico” que anima las decisiones radicales de las sociedades políticas modernas.

VI. RECEPCIÓN JURISDICCIONAL

10. Es indispensable la recepción jurisdiccional interna de los criterios jurisprudenciales internacionales, que a su vez deben asumir las reflexiones y aportaciones que provienen de la justicia nacional. La armonización del ordenamiento continental de los derechos humanos debe ser el producto de un diálogo persistente y profundo: el diálogo jurisprudencial, que avanza. Este ámbito de la recepción constituye—como he tenido ocasión de afirmar en distintos foros, particularmente ante los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos— uno de los signos más alentadores en la hora actual del Sistema Interamericano.

VII. RECEPCIÓN LEGAL (INSTRUMENTAL)

11. Asimismo, es absolutamente necesaria la recepción a través de las normas internas de cumplimiento (que se podría denominar legal instrumental), que constituyen el puente para que las resoluciones internacionales transiten con naturalidad y sin tardanza ni tropiezo hacia la aplicación interna, que implica medidas ejecutivas inmediatas y adecuadamente facilitadas. No digo que esa normativa sea condición para la validez de las disposiciones internacionales; sólo recuerdo que es medio natural para su eficacia.
12. Esta vertiente de la recepción se ha rezagado. En general, no se dispone de fórmulas nacionales—aunque haya buenas voluntades en ejercicio, que contribuyen poderosamente al cumplimiento, a través de convenientes interpretaciones— que provean con detalle la admisión interna de las recomendaciones y resoluciones internacionales. Las reparaciones indemnizatorias constan en algunos ordenamientos, pero no ocurre lo mismo con otras especies de reparación, cuya complejidad requeriría normas claras que aporten soluciones expe-

ditas. Estas otras formas constituyen, por cierto, una de las aportaciones más relevante, características y evolutivas de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos y de la garantía de reparación adecuada que aquélla entraña.

VIII. INICIATIVAS DE REGULACIÓN

13. Son plausibles las iniciativas, que han surgido en algunos Estados y que pudieran verse apoyadas, complementadas o enriquecidas por la contribución profesional y académica, en el sentido de elaborar anteproyectos de ordenamientos legales secundarios, preferentemente con raíz constitucional, llamados a encauzar el cumplimiento de recomendaciones y resoluciones internacionales en materia de derechos humanos. Por supuesto, cada Estado debiera contar con normas que reconozcan y desarrollen sus propias circunstancias, pero no parece impracticable la preparación de un instrumento de bases que recoja normas generales sobre la introducción nacional de las decisiones internacionales, reglas amplias a propósito de reparaciones y orientaciones especiales en relación son las diversas categorías de reparación que ha acuñado la jurisprudencia interamericana.

IX. RATIFICACIÓN SOBRE EL PAPEL DE LA CORTE, A TRAVÉS DEL PROCESO, EN LA TUTELA SUBJETIVA Y OBJETIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

14. En otro lugar de la sentencia dictada en el *Caso García Prieto*, la Corte Interamericana examina de nueva cuenta, en forma breve y pertinente, las consecuencias de un acuerdo de solución amistosa propalado entre el Estado y una de las personas que intervinieron en una etapa anterior del litigio, por sí misma y por su hijo menor de edad. Visto el tema desde la perspectiva del sujeto particular, se trata de una composición instalada en la renuncia a ciertas pretensiones que la interesada estima atendidas por el Estado.
15. Una vez más interesa, sin perjuicio de las consideraciones de carácter sustantivo y adjetivo conexas al caso particular, destacar la función de la Corte Interamericana y la forma en que ésta se proyecta sobre una contienda que, en otras condiciones, cesaría una vez conseguido el acuerdo compositivo entre las partes (materiales) del litigio. El Tribunal ha dejado en claro que: a) le incumbe el deber de proteger officiosamente —una vez promovido el proceso a través de la acción internacional— los derechos humanos de los interesados (tutela subjetiva que desencadena la tutela objetiva del orden jurídico); b) esta protección atañe al caso *sub judice* y a sus protagonistas, pero no interesa

menos (por la naturaleza y las características en que se ejerce, en el marco de un “Sistema internacional” de protección de derechos) al conjunto de los Estados comprometidos en el Sistema y de los individuos sujetos a la jurisdicción de esos Estados, y por lo tanto receptores de una expectativa de respeto y garantía de los derechos y libertades convencionales, interpretados por la Corte; y c) al amparo de estos conceptos puede disponer que siga adelante el enjuiciamiento, no obstante la composición alcanzada (e independientemente, hasta cierto punto, de los actos de confesión, allanamiento y transacción relacionados con aquélla), lo cual conduce a una tramitación más o menos completa del juicio, a una sentencia integral sobre la controversia planteada en la demanda y a un desempeño “pedagógico”, “preventivo”, digamos, de la jurisdicción que opera a pesar de la composición. En estos términos ha conducido la Corte los procesos tramitados en años recientes, en los que abundan los actos de composición *inter partes*. Esta orientación queda firme en el presente caso, sin perjuicio de las características específicas que aquí concurren y que no es necesario examinar ahora.

CASO CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ VS. ECUADOR,
del 21 de noviembre de 2007

I. TEMAS DEL ENJUICIAMIENTO PENAL
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTEIDH

1. En la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* (Ecuador), del 21 de noviembre de 2007, el tribunal analiza, entre otras cuestiones, diversos extremos del enjuiciamiento —término que utilizo en sentido amplio— o debido proceso, garantías judiciales, tutela judicial efectiva, amplia y adecuada defensa, conceptos que en ocasiones se emplean como sinónimos, aunque en rigor no lo sean, y que en todo caso abarcan algunos de los temas más transitados por la jurisdicción interamericana y por su correspondiente europea. La extraordinaria relevancia y el frecuente abordaje de estos temas derivan de su papel crucial para la preservación del conjunto de los derechos fundamentales y de la constante presencia de problemas de mayor o menor calado a este respecto, que debe atender la jurisdicción interamericana.
2. De ahí la importancia que reviste el debido proceso y la necesidad de insistir en la definición y el análisis de sus diversos componentes, pie-

dra de toque para el acceso a la justicia —formal, material y cautelar—, asunto que interesa profundamente a la preservación del sistema democrático, sobre todo cuando se proyecta sobre la relación entre el poder público y el ciudadano en un ámbito crítico para la vigencia de los derechos, como es el procedimiento penal, donde entran en riesgo los bienes más relevantes —vida, integridad, libertad— y se elevan los más severos alegatos del autoritarismo para la reducción, la relativización o la supresión de los derechos y las libertades.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA PENAL. TENSIONES CARACTERÍSTICAS

3. En la sentencia a la que acompaño este *Voto*, la Corte examina, entre otros temas del procedimiento, algunas medidas precautorias o cautelares utilizadas corrientemente en la persecución penal de los delitos, tanto de carácter personal (detención, prisión preventiva) como real (aseguramiento de bienes). Aquéllas suelen ser características del proceso penal —aunque, por supuesto, no exclusivas de éste—, en tanto las segundas se asocian sobre todo con el civil —pero han irrumpido con creciente fuerza en el penal como medios indirectos de lucha contra el delito y directos de preservación de la materia del proceso y de la posibilidad de ejecutar, en su hora, la sentencia de condena.
4. En el marco del procedimiento penal ha cobrado especial presencia el régimen cautelar, al lado de los capítulos de conocimiento (al que sirve) y de ejecución. Corre en paralelo a la investigación de los hechos y de sus autores. Se vale de medios cada vez más incisivos y complejos. Por supuesto, entraña siempre una afectación de los derechos del imputado, más o menos intensa, que por definición ocurre antes de que exista título jurídico —la sentencia— que resuelva sobre la existencia de un delito, sus características y la responsabilidad de cierta persona, a la que se han dirigido —en ocasiones durante mucho tiempo— las providencias cautelares adoptadas por diversas autoridades: ora jurisdiccionales, que debiera ser la regla en atención a la necesidad de garantizar la legalidad y legitimidad de la medida, ora administrativas, situación cada vez más frecuente —en aras de la lucha contra la criminalidad, que se instala en argumentos de urgencia y seguridad pública— y ciertamente inquietante y peligrosa.
5. El hecho de que las restricciones al ejercicio de los derechos del individuo, que entraña, si se analiza con realismo, una verdadera privación temporal de esos derechos (así, la prisión preventiva), se produzcan antes de que exista sentencia —y a menudo antes, inclusive, de que inicie el proceso— crea una evidente tensión entre tales medidas, ampliamente

- te recogidas por la legislación y aplicadas en la práctica, por una parte, y el principio o presunción de inocencia, por la otra, que es una preciosa garantía general del individuo, previamente al momento en que enfrenta la persecución penal o mientras ésta se desarrolla, a la que la jurisprudencia de la Corte Interamericana reconoce como fundamento o cimiento de los derechos integrados en la noción de debido proceso. Difícilmente se podría conciliar la presunción de que cierta persona es inocente de la conducta ilícita que se le atribuye o que se indaga para atribuirle, con la afectación de los derechos de aquélla como medio o instrumento —paradójicamente— para definir si existe la supuesta conducta y se acredita la hipotética responsabilidad.
6. Así las cosas, queda de manifiesto una vena de injusticia en las medidas cautelares penales restrictivas de derechos, invasoras de la intimidad, condicionantes de la libertad. Empero, no parece haber duda sobre la necesidad o inevitabilidad de adoptar medidas de ese carácter en beneficio de la justicia penal en su conjunto, de los probables derechos de las víctimas, de la paz pública, etcétera, datos que concurren a aliviar las tensiones a las que me referí y a “serenar la conciencia de la justicia” con persuasivos argumentos fincados, sobre todo, en razones de seguridad. No hemos podido prescindir —ni podremos hacerlo en mucho tiempo, o acaso en todo el tiempo— de medidas cautelares más o menos rigurosas. Lo más que podemos —y debemos, obviamente— es reducirlas a su expresión indispensable y sustituirlas, cada vez que ello sea posible, por instrumentos menos gravosos para los derechos y suficientemente eficaces para el buen despacho de la justicia penal.
 7. En fin de cuentas, pues, las medidas cautelares penales, como cualesquiera restricciones de derechos fundamentales, debieran ser: a) excepcionales y no ordinarias, rutinarias, sistemáticas; b) justificadas dentro de un marco preciso de razones y condiciones que les confieran legitimidad y racionalidad; c) acordadas por autoridad jurisdiccional independiente, imparcial y competente, que las resuelva con formalidad y exprese los motivos y los fundamentos en que apoya el mandamiento; d) indispensables para alcanzar el fin legítimo que con ellas se pretende; e) proporcionales a éste y a las circunstancias en que se emiten; f) limitadas, tanto como sea factible, en intensidad y duración; g) revisables periódicamente: por mandato de la ley y por instancia de las partes, revisión que debe contar con las garantías inherentes a un verdadero régimen impugnativo (independencia, eficacia y celeridad); h) revocables o sustituibles cuando se ha rebasado el tiempo razonable de vigencia, tomando en cuenta sus características. Todo esto, que es aplicable al sistema general de medidas cautelares penales, tiene espe-

cial acento si se piensa en la más severa de aquéllas: la privación cautelar de la libertad.

III. PRIVACIÓN CAUTELAR DE LA LIBERTAD

A. Condiciones

8. Se dice, con razón y frecuencia, que el sistema penal —sobre todo el correspondiente a los países abarcados por el Sistema Interamericano— echa mano con exceso de la detención y la prisión preventiva. Abundan los datos que ilustran esta afirmación. Son muchos los supuestos delitos a cuyos presuntos autores se somete a privación cautelar de la libertad, mientras se instruye una averiguación y se resuelve en juicio si hubo delito y responsabilidad penal, consumando así, para evocar a Beccaria, una pena que se anticipa a la sentencia.
9. Numerosas leyes disponen que se imponga inexorablemente prisión preventiva a los inculcados por delitos correspondientes a determinadas categorías, disposición que priva al juzgador de la posibilidad de ponderar individualmente, como debiera, la pertinencia o impertinencia de ordenar la prisión cautelar en el caso que tiene a la vista, no apenas en una categoría abstracta y general. Esta orden de prisión, extendida sobre una heterogénea variedad de individuos y procesos, linda con la arbitrariedad: no judicial, sino legislativa, pero en todo caso estatal. Sugiere —*mutatis mutandis*— reflexiones similares a las que ha hecho la Corte al pronunciarse sobre sanciones “automáticas”, como la pena de muerte obligatoria (*mandatory*) que algunas legislaciones conservan.
10. Ya señalé que parece inevitable la adopción de medidas cautelares en el ramo penal, entre ellas la privación de libertad, pero también es indispensable revisar las hipótesis que pudieran justificarlas, previstas en la ley y valoradas por el juzgador, bajo su estricta responsabilidad. Lo que se pretende alcanzar con esa medida, confesadamente, es la marcha del proceso, con sus implicaciones en orden a la preservación de la prueba, la integridad de los participantes y la ejecutabilidad, en su caso, de la sentencia. Si esto es así —y difícilmente se podría ir más allá—, corresponde al legislador ceñir el espacio de la prisión cautelar, señalando los elementos que pudieran legitimarla, y al juzgador apreciar la efectiva concurrencia de esos elementos en el caso sometido a su competencia. Nada de esto justificaría, por supuesto, la reclusión de grupos enteros de inculcados, de manera indiscriminada, por pertenecer a determinada “categoría general”, es decir, bajo un membrete común y con apoyo en un *pre-judicio legislativo*, no en un *juicio judicial*. En resumen, no se pretende abolir la prisión preventiva, sino racionalizarla. No podría ser irracional instalar, también aquí, la racionalidad penal.

B. Control y decisión de legalidad

11. La Corte expone consideraciones acerca del órgano llamado a controlar la actuación de otras autoridades y resolver sobre la legalidad de la privación de libertad, tema previsto en el artículo 7 de la Convención Americana. Al respecto, examina, en los términos del *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* y de la legislación nacional aplicable a éste, la naturaleza de dicha autoridad y del procedimiento que se sigue ante ella. La Convención previene que el control de legalidad—que pone en la escena el *habeas corpus*— quede a cargo de una autoridad judicial. Convengo en que así es y en que así debe ser: la autoridad judicial, no cualquier otra, tiene atribuciones—conforme al instrumento internacional de derechos humanos que compromete a los Estados y aplica la Corte— para resolver sobre la pertinencia de la libertad o acordar la excarcelación.
12. Creo procedente, sin embargo, ampliar el espacio de los derechos y las garantías del inculpado, si ello es posible e incluso necesario, tomando en cuenta las circunstancias en que se ha practicado la detención y en las que pudiera plantearse la rectificación. Al abordar este punto, me atengo al principio de que la ley interna puede ampliar—no restringir— los derechos del sujeto y mejorar—no enrarecer— las garantías de las que éste dispone para ampararlos. Por ello considero que cabe la posibilidad de que una autoridad no judicial, actuando en forma inmediata—*inmediatísima*, si se quiere ponerlo así— haga cesar la detención irregular que se ha impuesto a un individuo. Subrayo: esta intervención no debiera entrañar condición o requisito, estorbo o dilación para la injerencia judicial estatuida en el artículo 7 de la CADH, sino beneficio adicional, garantía pronta u oportuna.
13. Al expresarme así no difiero, ni remotamente, de la sentencia que he suscrito. No estoy convalidando la entrega del *habeas corpus* a la autoridad política y administrativa (los alcaldes, por ejemplo), sino afirmando que la infracción o el error cometidos por el captor pueden ser corregidos sin demora por esa autoridad, no en uso del *habeas corpus* y en sustitución de la autoridad judicial o como instancia previa a ésta, sino en procuración de justicia inmediata, que fulmine la violación y restituya la libertad. Pienso, además, en la situación que pudiera plantearse cuando la autoridad administrativa está en condiciones de actuar sin demora, por su contigüidad al capturado y al captor, y la judicial se halla, en cambio, a cierta distancia que será preciso recorrer—sin dilación, por supuesto— para requerir la libertad.

C. Formalidad

14. También estudió la Corte en este caso —e invocó el precedente establecido en otros— las características del acto de control judicial, es decir, de la presencia, actividad y diligencia del juzgador que controla la detención: forma y tiempo. Evidentemente, lo que quiere la normativa garantista de la Convención y de los ordenamientos propios de la sociedad democrática, que cuida los derechos y establece sus garantías, no es la apariencia de control, que pudiera derivar de la mera presencia de una autoridad judicial en determinada actuación, de manera más o menos distante y hasta sigilosa. Lo que se demanda es una efectiva comparecencia —consciente, explicativa, requirente, asistida— del sujeto ante el juez y una verdadera toma de conocimiento por parte de éste, como requisito para un control genuino a través de una resolución motivada y fundada.

D. Diligencia

15. En cuanto a la diligencia en la actuación de las autoridades, reclamada por diversos preceptos en distintas hipótesis (la decisión sobre la detención, conforme al artículo 7 de la CADH; el desarrollo y la conclusión del proceso, según el artículo 8, las expresiones utilizadas por los preceptos aplicables, por la jurisprudencia y la doctrina, por la *vox populi* por el sentido común y la experiencia depositados en el discurso de los justiciables, apuntan en todo caso a la actividad pronta y expedita de la autoridad llamada a resolver (tan rápidamente como esa autoridad quisiera alcanzar una decisión, si ella misma estuviese sujeta al enjuiciamiento, tomando por un momento el lugar del inculpado en el banquillo de los justiciables), a la razonable prontitud de la resolución, a la remoción de obstáculos y la exclusión de moras que difieren el control de la legalidad o legitimidad de un acto, la resolución de una controversia, la adopción de una medida apremiante (sobre todo para quien se halla sujeto a la acción de la justicia, transeúnte en los laberintos de cualquier etapa del enjuiciamiento).
16. Puede haber —y hay— criterios generales para apreciar el plazo razonable, proyectado hacia las diversas hipótesis planteadas y acogido en la intención de distintas expresiones. La Corte, que acoge en este punto desarrollos de la jurisprudencia europea, se ha referido a la complejidad de los temas, la conducta de las autoridades (judiciales o de otro carácter, que intervienen en el enjuiciamiento e influyen, con su comportamiento procesal, en el desarrollo de éste, sus “tiempos y movimientos”), el desempeño del inculpado (más todavía, de su asistente legal, que conduce la “estrategia y la táctica” de la defensa). Esto úl-

timo —destaquémoslo— no desemboca en el traslado al individuo de la “responsabilidad” sobre la duración del trámite. En la intención de la Corte no ha existido ni existe semejante transferencia de responsabilidad y asignación de perjuicio.

17. Creo, como lo he manifestado en otra ocasión, que a esos socorridos elementos para apreciar la razonabilidad del plazo conviene añadir otro, instalado en el derecho y en la práctica, atendiendo a las circunstancias del caso concreto: incidencia que pudiera tener el transcurso del tiempo sobre los legítimos intereses y derechos del sujeto, extremo que hasta ahora no hemos explorado. Al lado de estas referencias, generales y razonables, considero que siempre será preciso valorar el tema en forma casuística. Lo razonable en la especie puede no serlo en otra. Difícilmente se podría fijar un “plazo tipo” al que se acomoden, en lecho de Procusto, todos los procedimientos. Empero, no es insólito que, aun sin contar con ese “plazo tipo” cuyo desbordamiento permita reprobar la actuación de la autoridad —bajo los artículos 7 u 8, en sus respectivos supuestos—, tengamos a la vista duraciones cuyo exceso resulte evidente: semanas para resolver la regularidad de una detención; lustros para concluir un proceso.

E. Medidas cautelares reales

18. En la sentencia del *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, la Corte Interamericana se ha referido, asimismo, a las medidas cautelares penales de carácter real, aquellas que afectan bienes y con ello restringen derechos vinculados en forma directa con éstos: particularmente el derecho de propiedad. A este género de medidas también son aplicables muchas de las consideraciones, si no todas, que he formulado en torno a los expedientes cautelares personales. Entre ellas, desde luego, la racionalidad de la medida, sustentada en elementos que la justifiquen.
19. Habrá que estar en guardia frente a medidas cautelares reales que constituyen, en el fondo, atajos para extinguir un derecho, sin que exista prueba sobre el ilícito cometido, ni acreditación de responsabilidad penal, ni sentencia que declare ambas cosas, condiciones, todas ellas, para restringir o extinguir cualquier derecho. La resolución del caso que promueve estos comentarios pone sobre la pista de los excesos que pudieran sobrevenir en la afectación de bienes, tema delicado cuya importancia crece en la medida en que se echa mano de instrumentos sumarios, desvinculados de la declaración de ilicitud y responsabilidad, erigidos sobre conjeturas y asociados a la inversión de la carga de la prueba.
19. Volvemos, pues, al dilema que ha poblado muchos debates y decisiones clave en el ámbito penal: ¿el fin justifica los medios? Hemos sos-

tenido la proposición inversa, fincada en los principios del orden penal de una sociedad democrática: la legitimidad de los medios concurre a legitimar el fin. Esto tiene importantes repercusiones en todo el horizonte: las medidas precautorias —que ahora examinamos—, pero también en la tipificación penal, la selección de consecuencias jurídicas del delito, la organización del proceso, la admisión y valoración de las pruebas, la ejecución de penas y medidas, etcétera.

CASO ALBÁN CORNEJO Y OTROS VS. ECUADOR,
del 22 de noviembre de 2007

I. PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DERECHO
A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD Y A LA JUSTICIA

1. En el examen y la resolución final del *Caso Albán Cornejo y otros* (Ecuador), en la sentencia del 22 de noviembre de 2007, la Corte Interamericana avanza nuevamente en las reflexiones sobre la protección de vida y la integridad, que se proyectan en la atención de la salud, derecho de los individuos, y el deber de proveer a ésta por diversos medios, obligación del Estado. Inicialmente, el Tribunal abordó esta materia en el *Caso Ximenes Lopes* (Brasil), a cuya sentencia también agregué un *Voto* razonado personal.
2. La protección de la salud no constituye, por ahora, un derecho inmediatamente justiciable, al amparo del Protocolo de San Salvador. Empero, es posible —y debido— examinar el tema, como lo ha hecho la Corte en el presente caso, desde la perspectiva de la preservación de los derechos a la vida y a la integridad, e incluso desde el ángulo del acceso a la justicia cuando la vulneración de aquellos bienes jurídicos —entraña de los correspondientes derechos— traiga consigo una reclamación de justicia.
3. En estos supuestos, como en otros, el deber estatal no se reduce a las hipótesis en que el Estado mismo, a través de sus propias unidades, órganos o funcionarios, provee servicios de salud —esto es, atiende en forma inmediata la protección de la vida y de la integridad personal—, como ha sido característico del Estado social e incluso del régimen de prestaciones, germen de un derecho social, establecido por el antiguo Estado asistencial en el campo de la salud pública. Aquella obligación de respeto y garantía comprende —así lo estableció la Corte en el *Caso Ximenes Lopes* y lo reitera en la sentencia a la que acompaño este *Voto*— tanto las situaciones en que se ha delegado un servicio, que los particulares brindan por encargo y cuenta del Estado, como la in-

dispensable supervisión de servicios privados relativos a bienes del más alto interés social, que es el caso de la salud, cuya vigilancia compete inexcusablemente al poder público. A la hora de resolver sobre violación de derechos humanos y responsabilidades del Estado no se puede perder de vista la naturaleza privada de la institución y de los empleados, funcionarios o profesionales que actúan en ella; pero tampoco la relevancia pública y/o social de la función que aquéllos y ésta han asumido, a la que no pueden ser ajenos el interés, el deber y la supervisión del Estado.

II. DERECHOS Y DEBERES EN LA ATENCIÓN DE LA SALUD

4. En el presente caso viene a cuentas un tema relevante, cuya visibilidad y atención han sido crecientes en el curso de las últimas décadas, a medida que se modifica la relación médico-paciente —con profunda revisión de los principios de beneficencia y autonomía—, aumenta y se diversifica la demanda de servicios de salud, cambian los patrones de enfermedad y supervivencia, aparecen prestadores institucionales o empresariales de servicios de salud, etcétera. Es así que han cobrado nueva presencia los derechos del paciente —y también los derechos del profesional de la salud—, inscritos en el marco de los derechos básicos del individuo.
5. Los bienes jurídicos en juego y los derechos del paciente se hallan en la base de la responsabilidad profesional médica, a la que concurren, como elementos primordiales, tanto los principios y las normas de la ética profesional que gobierna el ejercicio de la medicina, como las reglas técnicas que deben observar quienes la practican. Estas devienen cada vez más desarrolladas y exigentes, al paso en que prosperan la ciencia y la técnica. Sobre ambos cimientos se eleva la responsabilidad del profesional de la salud.
6. Por otra parte, la prestación del servicio de protección a la vida y a la integridad en el sector de los cuidados de la salud —con la consiguiente atribución de deberes y reclamación de derechos— se ha difundido notablemente en la sociedad contemporánea, mediante la construcción y el funcionamiento de “sistemas nacionales de salud”. En éstos figuran múltiples agentes del servicio y de las correspondientes obligaciones: prestadores privados y públicos, empresas y médicos, auxiliares de la salud, proveedores de insumos, y así sucesivamente. Nos hallamos, pues, ante una red amplísima de derechos y deberes cuya administración compete al Estado moderno, incluso en el supuesto de que éste se haya retraído de la prestación directa del servicio, y de la que derivan deberes específicos cada vez más complejos y numerosos, conectados con las obligaciones de respeto y garantía de los de-

rechos fundamentales que se actualizan en este escenario: vida e integridad.

III. NORMATIVA DE LA MATERIA. HISTORIA CLÍNICA

7. Tanto para la buena marcha del servicio de salud como para la apreciación de responsabilidades de diverso género —civil, administrativa, penal, laboral— que pudieran derivar de la atención médica, reviste enorme importancia contar con una regulación comprensiva, suficiente y a la altura de las actuales circunstancias, que permita prevenir problemas y resolver con oportunidad y plenitud los que se suscitan en este campo.
8. Ya es copiosa la normativa nacional, como comienza a serlo la internacional —vinculante o indicativa— acerca de la protección de la salud, en las diversas vertientes a las que me referí. Esta se desenvuelve generalmente a partir de disposiciones constitucionales de doble dimensión: por un lado, las que consagran el derecho a la protección de la salud, considerado como derecho individual fundamental; por la otra, las que distribuyen, en el seno del Estado, las competencias conducentes a esa protección, concebida como materia de interés público y protección estatal.
9. En el caso que ahora nos ocupa se suscitó cuestión a propósito del acceso a la hoja clínica o historia médica del paciente. No sobra destacar la importancia que reviste, para múltiples efectos, este registro amplio y evolutivo de las condiciones en que se halla y la atención que recibe un paciente, registro del que a menudo se carece o que no basta para satisfacer las necesidades para las que ha sido concebido. De ahí las numerosas disposiciones y recomendaciones en torno a la historia clínica: existencia, características, implicaciones, conservación.
10. También es preciso insistir —como se desprende del análisis de este caso— en la necesidad de que el ordenamiento interno contenga puntuales disposiciones, que despejen dudas perturbadoras o alejen soluciones inaceptables, acerca de la comunicación de los datos que contiene el expediente médico, tanto en vida del paciente —cuya capacidad de conocimiento y decisión pudiera hallarse disminuida o suprimida—, como una vez que éste ha fallecido.
11. Por supuesto, es preciso respetar con escrúpulo la intimidad del sujeto, pero también lo es remover obstáculos, con intervención de las autoridades que provean garantías de buen manejo, para los supuestos en que sea legítimo e indispensable (en función de la calidad de los solicitantes, las circunstancias prevalecientes y los fines que se pretende servir) acceder a datos que permiten adoptar decisiones urgentes o precisar responsabilidades insoslayables.

IV. NORMATIVA DE LA MATERIA. RESPONSABILIDAD. TIPO PENAL

12. Otra cuestión que ha interesado aquí es la referente a las disposiciones sobre responsabilidad (de diverso orden, como dije, aunque a menudo pudiera ser penal) en caso de atención deficiente o desafortunada. El tema de la mala práctica —que de nuevo se conecta con cuestiones éticas y técnicas— surge con intensidad y frecuencia. Para enfrentarlo es preciso contar con disposiciones que cubran tanto la prevención como la verificación y la reclamación, que pudieran desembocar en punición. Expedir ese aparato normativo, también constituye un deber específico del Estado, arraigado en la obligación de respeto y garantía que establecen los tratados internacionales de derechos humanos, cuya observancia le incumbe.
13. Hay diversos planteamientos a este respecto. Entre ellos figura la propuesta de elaborar tipos penales que contemplen la mala práctica punible: descripciones típicas con elementos propios en función de los bienes jurídicos tutelados, el sujeto activo (prestador del servicio de salud), el pasivo (paciente del servicio) y la relación entre ambos (atención de la salud), además de otras especificaciones instrumentales o circunstanciales.
14. La sentencia del presente caso ha resuelto, a mi juicio acertadamente, que no es indispensable incorporar a la normativa penal un tipo específico de mala práctica, que sería una figura generalmente culposa. Pudiera resultar suficiente con las normas generales (sin perjuicio de incluir calificativas: tipos calificados) acerca del homicidio o las lesiones —y acaso otros resultados que configuren conductas punibles—, a condición de que basten para atender con oportunidad, suficiencia y proporcionalidad todas las conductas ilícitas que pudieran presentarse, excluyendo espacios de completa impunidad o benevolencia inadmisibles, que acaba por ser impunidad.
15. Esta situación, que permite al Estado opciones de técnica legislativa, difiere de la que se presenta cuando un instrumento internacional, vinculante para aquél, contiene una descripción del hecho criminal, producto de una larga elaboración a la que concurren la preocupación y la decisión de la comunidad internacional. Tales son los casos, mencionados por la Corte en otras oportunidades —y en la propia sentencia a la que ahora me refiero—, del genocidio, la tortura y la desaparición forzada, por ejemplo. En éstos, la decisión legislativa del Estado se halla condicionada por una decisión normativa precedente, en la que también participó el Estado cuando ratificó el tratado internacional respectivo o adhirió a él, y en la que se hallan los elementos que “debe” contener la descripción típica interna.

16. Es cierto que el Estado puede reconstruir la descripción típica que hace la norma internacional, reformulando algún elemento o trayendo otros, pero también lo es que esa reconstrucción no debiera significar la reducción del trato penal de los hechos, que es de obligatoria observancia para el legislador interno, sin perjuicio de que éste amplíe la protección penal del bien jurídico tutelado. Aquello plantearía una discontinuidad entre el deber estatal de cumplir la norma internacional de protección penal del bien o el derecho, y la decisión del legislador penal interno que fija el tipo. La discontinuidad pudiera significar incompatibilidad y generar, en su caso, responsabilidad internacional.

V. CUERPOS DICTAMINADORES

17. En este caso se ha tenido a la vista la argumentación que las partes formulan a propósito de la intervención que tuvo un órgano colegial (Tribunal de Honor), convocado a pronunciarse sobre determinados aspectos del tratamiento médico que recibió la paciente. Esto atrae el interés sobre el papel de los cuerpos colegiales que tienen a su cargo pronunciamientos sobre cuestiones éticas o técnicas. Tómese en cuenta que aquéllos pudieran ser jurídicamente relevantes para los miembros del colegio respectivo, para terceros que invocan una responsabilidad profesional o un derecho al conocimiento (certificado profesionalmente) acerca de determinados hechos, y en definitiva para la formación de criterios más o menos decisivos acerca de la prestación de servicios de gran importancia (como la protección de la vida y la integridad, a través de la atención de la salud) y las expectativas que al respecto puede abrigar una sociedad.
18. Ciertamente hay que distinguir entre los pronunciamientos de una agrupación privada, que existe y actúa por la sola voluntad de sus integrantes (aunque bajo las normas que rigen este género de personas colectivas: regularmente, mandamientos civiles) y cuyas decisiones poseen reducida trascendencia, y los de las entidades o instituciones creadas por un acto del Estado (una ley, por ejemplo) que les atribuye determinadas facultades con fuerza sobre la conducta y los derechos de sus miembros.
19. Asimismo, corresponde examinar el impacto o la trascendencia que esos pronunciamientos pudieran tener o pretender con respecto a terceros, ajenos a la corporación respectiva, tomando en cuenta si éstos disponen de ciertos derechos efectivos o son apenas testigos y, en cierto modo, destinatarios “impotentes” de las decisiones de la entidad. Y también es preciso deslindar si los acuerdos que ésta adopta condicionan, subordinan o mediatizan el ejercicio de obligaciones o

- potestades conferidas a órganos formales del Estado para el ejercicio de atribuciones naturalmente públicas, como la impartición de justicia o el control de los prestadores del servicio de salud.
20. Cuando no existe ese condicionamiento —como la Corte advirtió en el *Caso Albán Cornejo y otros*—, el Estado debe actuar conforme a sus atribuciones, sin más requisito o demora. Cuando existe, habrá que considerar la condición (que puede constituir requisito de procedibilidad, obstáculo procesal o cuestión prejudicial), y será preciso analizar, de *legeferenda*, la pertinencia de mantener un condicionamiento que perturba el derecho de un tercero.
 21. Las reflexiones que pudieran hacerse en este caso no sólo abarcarían, con las especificidades correspondientes, a los colegios de profesionales —en la hipótesis, un colegio médico—, que son cuerpos tradicionales de defensa y vigilancia gremial, *lato sensu*, sino también a otras figuras que hoy operan en la materia que nos atañe, y que están llamadas a actuar en forma cada vez más relevante y decisiva. Tal es el caso de los comités o las comisiones de ética y bioética, ampliamente invocados y prohijados por instrumentos nacionales e internacionales e instituidos en centros de salud e investigación.
 22. En todos estos supuestos, el quehacer de los cuerpos dictaminadores —cuyos acuerdos poseen diversa incidencia sobre la marcha de las instituciones a las que pertenecen y la conducta de las autoridades públicas— se halla inmerso en una normativa nacional e internacional, general y sectorial, ética y jurídica, además de científica y técnica, que debieran conocer y aplicar adecuadamente. Es indispensable tomar en cuenta que sus decisiones, sugerencias y orientaciones ejercerán notable influencia sobre la definición y el ejercicio de los derechos y la comprensión y el cumplimiento de las obligaciones de quienes participan, bajo diversos conceptos, en la cotidiana relación entre los prestadores y los demandantes de servicios que comprometen la vida y la integridad de las personas.

VI. DERECHOS HUMANOS Y BIOÉTICA

23. Diré, a propósito de las cuestiones que estoy mencionando en este *Voto*, que en el desarrollo del *corpus juris* interamericano sobre derechos humanos —pendiente de que se resuelva el amplio déficit que aún existe en lo que respecta a suscriptores y ratificadores de la Convención Americana, sus protocolos y los convenios específicos relacionados con derechos humanos— deben contemplarse ciertos temas de suma trascendencia y actualidad (o de antigua vigencia) sobre los que aún no existen declaraciones regionales y mucho menos trata-

dos vinculantes. Entre ellos figuran las conexiones entre la bioética y los derechos humanos, que han sido materia de abundante trabajo a escala mundial, sobre todo en el marco de la UNESCO y de la profesión médica. Considérese también, en el plano regional europeo, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, de Oviedo (4 de abril de 1997). En éste se prevé, por cierto, una ampliada legitimación para requerir dictámenes consultivos de la Corte Europea de Derechos Humanos.

24. Son plausibles, en mi concepto, las iniciativas de avanzar en el examen y la emisión de una declaración y, en su hora, de un tratado que examine y oriente en América —o por lo menos en Latinoamérica— la atención de esta materia, sembrada de interrogantes y claroscuros. La presencia de un instrumento regional, asociado a los internacionales generales y especiales, tiene sentido en la medida en que puede cargar el acento sobre problemas que revisten particularidades en los países del área, habida cuenta de condiciones de pobreza, falta de información, insuficiencia tecnológica, existencia de grupos vulnerables, cobertura de los servicios de salud, etcétera.

VII. PRESCRIPCIÓN DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA

25. Hay un punto de la sentencia sobre el que conviene llamar la atención. Me refiero a la prescripción de la acción penal para perseguir cierto hecho que implica responsabilidad penal médica (en rigor, prescripción de la pretensión punitiva). Al reflexionar sobre esta materia es preciso traer a cuentas lo que la prescripción significa en el espacio de las defensas del inculpado, y por lo tanto de sus derechos sustantivos y/o procesales, y las reflexiones que a este respecto ha adelantado, de manera sugerente y constructiva, la meditación jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina.
26. La armonización del ordenamiento continental sobre derechos humanos, en defensa de éstos, debiera ser el fruto de un diálogo con signo tutelar hacia el que fluyan las aportaciones de la jurisdicción internacional y de la jurisdicción nacional. La construcción del *corpus juris* y sus aplicaciones es el producto del pensamiento colectivo, expresión, a su vez, de convicciones, valores, principios y trabajos compartidos. Todos concurren a definir y consolidar las definiciones de la cultura común en materia de derechos humanos. De ahí que sean altamente bienvenidas, por parte de un tribunal internacional, las reflexiones de un tribunal interno.
27. El Derecho internacional de los derechos humanos ha traído consigo una relectura de ciertos derechos, a veces asociados a los grandes dog-

- mas del liberalismo que introdujo preciosas reformas en la vieja regulación penal, sobre todo a partir del siglo XVIII. No diré que la garantía de prescripción (que sustrae al autor de un delito de la exigencia de responsabilidad penal) sea necesariamente uno de esos “nuevos derechos releídos”. La regla de prescripción —en la que juega el dilema entre justicia y seguridad— proviene de mucho tiempo atrás. Sea lo que fuere, ha constituido y constituye, conforme a la regulación penal más constante, una defensa del inculpado, y figura bajo ese título en el catálogo de los derechos de los que éste puede echar mano para oponerse a la persecución penal del Estado.
29. La tutela de los derechos humanos frente a violaciones especialmente graves e insoportables, que pudieran quedar a salvo de sanción —diluyendo el deber de justicia penal derivado de la obligación de garantía que incumbe al Estado—, ha llevado a excluir ciertos hechos del régimen ordinario de prescripción, e incluso de un trato prescriptivo más riguroso instalado sobre determinadas condiciones y plazos más prolongados, que tienden a mantener viva la potestad persecutoria del Estado.
30. Ahora bien, esa imprescriptibilidad de la pretensión (y, en su caso, de la potestad de ejecución) no debiera extenderse a cualquier hipótesis delictuosa. La reducción o exclusión de derechos y garantías tiene carácter extremo en el examen sobre la pertinencia de mantener ciertos derechos tradicionales, cuando se quiere proveer, por aquel medio riguroso, a la mejor protección de otros derechos y libertades. La supresión de derechos acostumbrados debe ser, por lo tanto, excepcional, no regular o rutinaria, y vincularse precisamente con las más graves violaciones a los derechos humanos (habida cuenta de la evolución contemporánea del orden jurídico internacional: Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional humanitario, Derecho internacional penal, con amplio desarrollo normativo y examen jurisprudencial y doctrinal).
31. Es así que se considera la entidad o magnitud de esas muy graves violaciones para justificar la reducción de derechos y garantías ordinariamente aplicables, como sucede en el supuesto de la prescripción. Esto no conduce a desestimar o soslayar la importancia de un hecho específico, como el que se ha puesto *sub judice* del orden nacional en el presente caso, sino a razonar la pertinencia de que la prescripción opere en ese extremo. En mi concepto, la Corte Interamericana avanza en la precisión de su jurisprudencia sobre la materia. No modifica su criterio. Lo precisa o perfila mejor, alentada por una preocupación que recibe de la jurisprudencia interna.

CASO KIMEL VS. ARGENTINA,
del 2 de mayo de 2008

1. He sumado mi voto al de mis colegas porque comparto las decisiones de fondo adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Kimel*, que constan en los puntos resolutivos de la Sentencia dictada el 2 de mayo de 2008. Por otra parte, difiero en lo que respecta a algunas consideraciones formuladas en ese documento (que no figuran en aquellos puntos ni afectan las decisiones que comparto) en torno a posibles restricciones a la libertad de expresión y a responsabilidades ulteriores —como las denomina el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— que derivan de la inobservancia de dichas restricciones o el desbordamiento de los límites que constituyen el marco para el ejercicio de aquella libertad.
2. Las salvedades a las que me refiero, en las que retomo una posición anteriormente sostenida a propósito de la libertad de expresión y las responsabilidades que trae consigo la inobservancia de sus límites legítimos, explican este voto concurrente. Lo emito, como lo he hecho siempre, con el mayor respeto y consideración hacia quienes sustentan un punto de vista diferente, sin incurrir en generalizaciones imprecisas ni cuestionar el sentido evolutivo —ampliamente reconocido— de la jurisprudencia de la Corte.
3. En este voto reitero la posición que adopté y los argumentos que expresé en mi parecer concurrente a la Sentencia dictada por la Corte el 2 de julio de 2004 en el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. En esa resolución, el Tribunal abordó el derecho a la expresión del periodista que publica noticias o manifiesta opiniones acerca de la conducta de funcionarios públicos, naturalmente sujeta a un umbral de protección menos exigente que el que prevalece cuando se trata de particulares cuya conducta no afecta el interés público. Los casos *Herrera Ulloa* y *Kimel* no son idénticos entre sí, pero ambos suscitan reflexiones semejantes, que guardan relación con criterios expuestos por la Corte en la *Opinión Consultiva OC-5/85*, acerca de *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) del 13 de noviembre de 1985.
4. En la Sentencia correspondiente al *Caso Kimel*, la Corte deja a salvo la alta jerarquía de la libertad de expresión como piedra angular para el establecimiento y la preservación del orden democrático. Al respecto, estimo —como señalé en mi voto sobre el *Caso Herrera Ulloa*— que esa libertad, que abarca a todas las personas y no se agota en el espacio de un grupo profesional, posee “características específicas [...] cuando se ejerce a través de medios de comunicación social que permiten la transmisión de mensajes a un gran número de personas”

- (párr. 2). Lo que se dice de la comunicación periodística se puede afirmar, con las mismas razones, de la recepción y difusión de mensajes a través de obras con pretensión informativa o histórica, que refieren y valoran acontecimientos relevantes para la sociedad.
5. En la Sentencia correspondiente al *Caso Kimel*, la Corte se plantea la posible colisión entre derechos fundamentales previstos y protegidos por la Convención Americana: por una parte, la libertad de expresión, conforme al artículo 13 de ese instrumento, y por la otra, el derecho a la honra y la dignidad, recogido en el artículo 11. Uno y otro tienen conexión —aunque no es éste el tema de la sentencia y de mi voto— con el derecho de rectificación o respuesta al que alude el artículo 14.1, a propósito de “informaciones inexactas o agraviantes”. La mencionada colisión posee especial importancia en la época actual, caracterizada por el intenso despliegue de poderosos medios de comunicación social. Suscita distintas y a menudo encontradas opiniones, que desembocan en soluciones jurídicas diversas.
 6. En el debate sobre estas cuestiones —que suele plantear dilemas de solución difícil, y en todo caso controvertida— surgen apreciaciones relevantes acerca del papel que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática, tema sobre el que la Corte se ha pronunciado con firmeza y constancia —como dije *supra* párr. 3—, y del respeto que merece el derecho a la intimidad, al buen nombre, al prestigio, también concebidos como derecho al honor, a la honra o a la dignidad —conceptos que deben analizarse al amparo de la cultura que los define y tutela— y que puede verse mellado por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Las conexiones que existen entre los temas de aquellos casos contenciosos y la permanencia de mis puntos de vista sobre esos temas explican que en el presente texto invoque con frecuencia mi voto en el caso citado en primer término.
 7. Nos hallamos en un punto de encuentro entre dos derechos que es preciso salvaguardar y armonizar. Ambos tienen la elevada condición de derechos humanos y se hallan sujetos a exigencias y garantías que figuran en el “estatuto contemporáneo de los derechos y libertades” de las personas. Jamás pretenderíamos abolir la observancia de uno, aduciendo —como se hace con argumentación autoritaria— que el ejercicio de algunos derechos reclama la desaparición o el menosprecio de otros. Así avanzaríamos hacia un destino tan oscuro como predecible.
 8. Ahora bien, los hechos del presente caso contencioso (es decir, las expresiones proferidas por el autor de un libro, la repercusión de éstas sobre la honra de un magistrado y la reacción legal penal que éste promovió), analizados en sus propios términos y en relación con el reconocimiento formulado por el Estado, no poseen las característi-

- cas que podrían determinar un debate a fondo sobre la colisión de derechos.
9. Aun así, la Corte se ha ocupado en establecer, a través de un metódico examen sobre la validez y operación de restricciones a la libertad de expresión, los elementos que pudieran justificar esas restricciones a la luz de principios generales prevalecientes en el Derecho internacional de los derechos humanos. Esto contribuye a la apreciación y caracterización de algunos extremos acogidos en el artículo 13 —así, legalidad, necesidad e idoneidad en función de ciertos fines lícitos—, que gobiernan el tema de las restricciones y pueden ser aplicados, asimismo, al examen de los artículos 31 y 32.2 de la Convención. Esta pauta para el examen de restricciones —y la legitimación de reacciones jurídicas— constituye una útil aportación metodológica de la Sentencia en el *Caso Kimel* al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y a la argumentación que explica y justifica las decisiones del Tribunal.
 10. La reflexión de la Corte Interamericana toma en cuenta, desde luego, que los derechos consagrados en la Convención no son absolutos, en el sentido de que su ejercicio se halle exento de límites y controles legítimos. Semejante concepción privaría a la generalidad de los ciudadanos del amparo de la ley y dejaría el orden social en manos del poder y del arbitrio. Hay fronteras para el ejercicio de los derechos. Más allá de éstas aparece la ilicitud, que debe ser evitada y sancionada con los medios justos de que dispone el Estado democrático, custodio de valores y principios cuya tutela interesa al individuo y a la sociedad y compromete las acciones del propio Estado. Democracia no implica tolerancia o lenidad frente a conductas ilícitas, pero demanda racionalidad. A esto se refieren, en esencia, las restricciones generales y especiales previstas por la Convención Americana: aquéllas, en los artículos 30 y 32.2; éstas, en preceptos referentes a ciertos derechos y libertades, entre los que figura el artículo 13.
 11. No es posible ignorar que en el mundo moderno han aparecido y crecido —al lado de los poderes formales, e incluso por encima de éstos— determinados poderes fácticos que pueden tener o tienen efectos tan devastadores sobre los bienes y derechos de los individuos como los que alcanzaría la acción directa del poder público en el sentido tradicional de la expresión. De ahí el giro que ha tomado el análisis de los sujetos obligados por los valores y principios constitucionales, también trasladados, con formas propias, a la escena internacional: vinculan a todas las personas, públicas o privadas, porque son condiciones para la vida misma y la calidad de la vida de todos los ciudadanos, que deben quedar a salvo, por igual, de poderes formales o informales, individuales o colectivos.

12. A propósito del punto que mencioné en el párrafo anterior, cabe observar que el tema del amparo internacional horizontal se halla pendiente de mayor examen por parte de la Corte Interamericana, pero ésta ya ha establecido, con entera claridad, que concierne al Estado velar por el imperio de los derechos humanos en el desarrollo de las relaciones sociales entre particulares, y que no hacerlo entraña inobservancia de derechos individuales, violación de deberes públicos y responsabilidad internacional del Estado por la omisión en que incurre con respecto a su función de garante frente a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana.
13. Resulta atractivo avanzar en el análisis de estas cuestiones, tan destacadas en nuestros días, frente al repliegue del poder político, que se quiere justificar bajo la idea de retirar al Estado poderes excesivos, que debieran hallarse en manos de la sociedad, pero entraña el gravísimo peligro —cuyas aplicaciones están a la vista— de restar al mismo tiempo deberes estatales, con la consecuente mengua de derechos (efectivos) de quienes no pueden resistir por sí mismos la fuerza del mercado y el vigor de los poderes fácticos. Ahora bien, considero que el *Caso Kimel* no constituye el espacio natural para el tratamiento de este tema —cuya importancia reconozco—, porque en aquél no se plantea el ejercicio de poderes fácticos imperiosos sobre los derechos e intereses de un ser humano, sino el despliegue de acciones públicas formales del Estado a través de las potestades persecutorias y jurisdiccionales.
14. En el *Caso Kimel*, el propio Estado ha admitido que fue excesivo o inmoderado el uso de la vía penal para sancionar al autor de la obra en la que figuran determinadas apreciaciones sobre el desempeño de un funcionario judicial. En efecto, manifestó que “la aplicación de una sanción penal al señor Eduardo Gabriel Kimel constituyó una violación de su derecho a la libertad de expresión consagrado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (párr. 18 de la Sentencia en el *Caso Kimel*). Esa admisión por parte del Estado (que no excluye el análisis y la apreciación a cargo de la Corte en torno a los hechos que se le presentan, como procede hacerlo conforme a las características y objetivos del enjuiciamiento internacional sobre derechos humanos, donde el principio de dispositividad sustantivo o procesal no frena la función jurisdiccional, cuyo impulso obedece a razones de interés público), favorece la decisión judicial internacional, tanto en lo que respecta a la existencia de una violación de derechos individuales como en lo que toca a la necesidad de modificar el ordenamiento interno aplicado, cuyas deficiencias reconoció el Estado.

15. Aquí se plantea de nuevo, a propósito de los sucesos del caso particular y a partir de ellos, la necesidad de examinar una vez más cuál es el medio legítimo, compatible con los valores y principios que asegura la Convención Americana, para salir al paso de conductas indebidas, lesivas de ciertos bienes jurídicos y de los derechos de sus titulares. Ya dije que no se trata de cancelar el rechazo —y la consecuente reacción— frente a conductas ilícitas, sino de encauzarlo con estricta racionalidad conforme a esos valores y principios. También existe una frontera para la reacción pública contra la conducta ilícita: ese lindero, que es garantía para todos, no significa indiferencia, abandono o impunidad, sino ejercicio legítimo y puntual del poder. Obviamente, no se pretende autorizar la lesión del derecho bajo el argumento de que existe derecho a dañar. La libertad no es salvoconducto para la injuria, la difamación o la calumnia, ni absolución automática de quien causa, con una conducta injusta, un daño moral.
16. Establecido lo anterior, es preciso indagar la forma racional de prevenir y combatir la violación de los derechos. Con alguna frecuencia —cuyo crecimiento debiera ser motivo de alarma, y en ocasiones lo es de complacencia, con escasa memoria histórica y grave error de previsión— se acude a la vía penal para enfrentar conductas ilícitas. Y dentro de esa vía, se opta por las medidas más rigurosas, que pudieran ser inmoderadas o excesivas en general y en particular y que a menudo resultan ineficaces y contraproducentes. En suma: desproporcionadas si se acepta que debe existir proporcionalidad —que es, en esencia, racionalidad— entre la restricción autorizada y la medida que se aplica al amparo de aquélla. Por supuesto, el expediente penal se halla al alcance de la sociedad y del Estado para combatir las afectaciones más graves de los bienes públicos y privados, que no pueden ser protegidos con instrumentos y reacciones menos rigurosos. Pero el acceso a ese expediente del control social no significa, en modo alguno, que sea el único practicable, ni el primero en la escena, ni el más adecuado en todos los casos.
17. Es preciso recordar constantemente —con la misma constancia que se observa en las tentaciones de criminalizar y penalizar un elevado número de conductas—, que el instrumento penal debe ser utilizado con gran restricción y cautela. En diversas resoluciones y opiniones, la Corte Interamericana ha destacado la compatibilidad entre el denominado derecho penal mínimo y los valores y principios de la democracia, contemplados desde la perspectiva penal. El empleo del sistema de delitos —por incriminación de las conductas— y los castigos —por penalización de sus autores— contribuye a establecer la distancia entre la democracia y la tiranía, que siempre acecha. La desmesura penal vulnera el código jurídico y el sustento político de la so-

- ciudad democrática. De ahí nuestra oposición frontal al Derecho penal máximo.
18. El Estado ha reconocido que su ordenamiento regula de manera inadecuada los tipos penales que pudieran resultar aplicables a la materia que ahora examino: “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (párr. 18 de la Sentencia en el *Caso Kimel*), esto es, la adecuación del marco jurídico nacional al deber de garantía que establece el artículo 1.1 de la Convención. En mi voto concurrente a la Sentencia del *Caso Herrera Ulloa* me he ocupado de este tema y he sostenido que antes de discutir sobre la mejor o peor formulación de tipos penales con los que se pretende combatir los excesos en el ejercicio del derecho a la expresión por parte de periodistas —que fue el tema en *Herrera Ulloa*, y vuelve a serlo, en alguna medida, en *Kimel*—, es preciso resolver si la vía penal constituye el medio adecuado —por único, necesario o si quiera conveniente— para proveer la reacción jurídica que merece una conducta indebida en este ámbito.
 19. Creo que la vía penal no es ese medio adecuado y admisible. Para afirmarlo tomo en cuenta que existen otros medios de control y reacción menos restrictivos o lesivos del derecho que se pretende afectar y con los que es posible lograr el mismo fin, en forma que resulta: a) consecuente con el derecho del ofendido por el agravio, y b) suficiente para acreditar el reproche social, que constituye un cauce para la satisfacción del agraviado. Si la vía penal no es ese medio adecuado, su empleo contravendrá la exigencia de “necesidad” que invoca el artículo 13.2, el imperativo de “interés general” que menciona el artículo 30, y las razones vinculadas a la “seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común” que menciona el artículo 32. Esa vía será, por lo tanto, incompatible con la Convención Americana y deberá ser reconsiderada.
 20. En mi voto sobre el *Caso Herrera Ulloa*, al que ahora me remito y cuyas consideraciones reitero, manifesté 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 legislador—, 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 su-

- puestos de conducta ilícita, que el Derecho no enfrenta con instrumentos penales, sino con medidas de diverso género” (párr. 14 de mi voto en el *Caso Herrera Ulloa*).
21. Esa otra “forma de enfrentar la ilicitud —sostuve entonces y afirmo ahora— 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 quien le asiste el derecho y la razón. De esta suerte, la sentencia 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” (párr. 18 de mi voto en el *Caso Herrera Ulloa*).
22. En el *Caso Kimel*, el querellante contra el autor de la obra cuestionada era un funcionario judicial. Por supuesto, los funcionarios públicos merecen la protección de la ley, que el Estado debe brindar con diligencia y eficacia a través de normas y jurisdicciones. No lo discuto, de ninguna manera. Sería insoportable, por injusto, privar al funcionario de la posibilidad de buscar la protección de sus derechos. Lo dejaría a merced de ataques ilícitos y sembraría la posibilidad, indeseable, de autojusticia. La tutela legal debe correr, pues, en todas direcciones.
23. Sin embargo, también es preciso recordar que —como señalé en mi voto relativo al *Caso Herrera Ulloa*— “las actividades del Estado, a través de sus diversos órganos[,], no son indiferentes y mucho menos deberían 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” (párr. 23).
24. En el voto que estoy citando mencioné 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” (párr. 20 de mi voto en el *Caso Herrera Ulloa*).
25. En la Sentencia del *Caso Kimel*, la Corte ha buscado ceñir el espacio de la solución punitiva, a través de ciertas precisiones que minimizan, pero no suprimen, el desempeño de la opción penal: “esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor [de informaciones u opiniones], el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales” (párr. 78 de la Sentencia en el *Caso Kimel*).
26. Este es un paso hacia la reducción penal, pero no necesariamente el último paso, que se halla en la opción por la vía civil, expedita y eficaz. Habrá que avanzar en ese camino, como propuse en el voto de *Herrera Ulloa* y reitero en el de *Kimel*. Por supuesto, la opción por el uso de medios jurisdiccionales que culminan en condenas —que no tienen naturaleza penal, pero no por ello carecen necesariamente de eficacia—, no debiera olvidar que hay otras posibilidades, que conviene mantener abiertas y activas, en el debate democrático acerca de los asuntos que atañen al interés público: la información errónea o sesgada se combate con información fidedigna y objetiva, y la opinión infundada o maliciosa, con opinión fundada y suficiente.
27. Esos son los extremos naturales de un debate que difícilmente se zanjará en las oficinas de la policía, en los estrados de los tribunales o tras las rejas de las prisiones. El derecho de rectificación o respuesta, regulado por el artículo 14 de la Convención, tiene raíz en consideraciones de este género. Por supuesto, lo que ahora manifiesto supone que sean accesibles los canales para la respuesta y que la organización de las comunicaciones sociales permita un verdadero diálogo entre las diversas posiciones, versiones y opiniones, como debe suceder en el sistema democrático. De no ser así, asistiríamos al monólogo del poder —político o de otro género— frente a sí mismo y a un conjunto de auditores o espectadores cautivos.
28. También me parece relevante el deslinde que hace el Tribunal interamericano entre la información que somete al público la existencia de hechos y que pretende constituir un retrato de la realidad —dignificado por la acuciosidad y objetividad del profesional competente y apreciable— y la opinión que vierte el comentarista, analista, autor en general, acerca de esos hechos. Si es posible valorar la noticia como cierta o falsa, cotejándola con la realidad que se propone describir, no es razonable aplicar las mismas calificaciones a la opinión, que de antemano constituye un parecer, una apreciación, una valoración —que es posible compartir o de la que se puede discrepar en un

nuevo ejercicio de opinión—, y que por ende puede ser calificada como razonable o irracional, acertada o errónea, pero no como falsa o verdadera. Sobra señalar los riesgos que implica el debate ante los tribunales acerca de la validez de las opiniones, y peor aún si esto ocurre por la vía penal: en los delitos de opinión naufraga la libertad y prospera la tiranía.

29. Finalmente, es importante observar que la Corte ha reiterado su posición en torno a un tema que se actualiza con motivo de las persecuciones penales emprendidas con base en supuestos delitos de información u opinión (acerca de los cuales reitero las reservas que antes enuncié): carga de la prueba. Como ha destacado la Corte en otros casos, dicho principio resulta aplicable a cualesquiera conductas, a título de garantía general en la relación entre el Estado y el ciudadano que culmina en la afectación de derechos de éste: “En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación” (párr. 78 de la Sentencia en el *Caso Kimel*).

CASO HELIODORO PORTUGAL VS. PANAMÁ,
del 12 de agosto de 2008

1. Concurrí a la adopción de la sentencia dictada en este caso, que declara el carácter violatorio de derechos humanos de los hechos sujetos a la competencia temporal y material de la Corte Interamericana. Creo pertinente formular algunas apreciaciones adicionales en torno al hecho principal *sub judice*, la desaparición forzada del señor Portugal, que ocupó la mayor atención de este tribunal, en virtud de que otro hecho de suma gravedad —la privación de la vida, por ejecución extrajudicial— quedó fuera de la competencia *ratione temporis*, tomando en cuenta la fecha en que probablemente ocurrió aquella y la fecha en que el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte.
2. Conviene destacar una vez más la frecuencia y relevancia que han tenido los casos de desaparición forzada sujetos al conocimiento de la Corte. Con la atención jurisdiccional de éstos inicia el ejercicio de la competencia contenciosa del tribunal, hace varios lustros. En ese momento no existía la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en 1994 (tampoco la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura). Por ello, el tribunal debió elaborar sus propios conceptos en torno a esta materia, que abrirían el camino de la reflexión posterior en el orden interamericano de los derechos humanos. La elaboración hecha por la Corte en resoluciones señeras —así, especialmente, la apreciada sentencia

- del caso *Velásquez Rodríguez* (Honduras)—, estableció el carácter continuo (también se ha dicho continuado) y pluriofensivo de esta violación, de donde resultan consecuencias destacadas para el ejercicio jurisdiccional.
3. En aquellas resoluciones precursoras, ampliamente conocidas y muy frecuentemente citadas en América y en Europa, la Corte expresó la más enérgica condena de las desapariciones forzadas que agentes del Estado —puestos en movimiento desde “altas esferas del poder” o actuando por su propia iniciativa— han utilizado en la represión de grupos o personas que calificaron como adversarios del orden establecido y destinatarios, por ello, de acciones y omisiones de extraordinaria gravedad. He aquí otra manifestación deplorable de ciertas ideas sobre la reacción pública en contra de “enemigos” seleccionados por el poder político para fines de castigo e intimidación.
 4. Puesto que hoy contamos con un instrumento interamericano sobre desaparición forzada, a diferencia de lo que ocurría antes de 1994, podemos y debemos recurrir a la caracterización que ese documento provee. En ella aparecen los datos generalmente reconocidos en esta conducta ilícita. Recordemos los términos del artículo II: “Para efectos de esta Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.
 5. No olvido que aquél precepto comienza diciendo: “Para efectos de esta Convención” (que también fue directamente aplicada por la Corte en el caso que ahora me ocupa), pero dejó de lado la posibilidad —que no ha sido atraída y analizada— de que hubiese otro concepto de desaparición forzada para efectos diferentes de los de la Convención de 1994 y, en suma, del *corpus juris* interamericano conforme al cual ejerce la Corte su competencia material. No digo, obviamente, que sea imposible o indeseable reelaborar esta caracterización. Sólo menciono que sobre ella se instala ahora el conocimiento de casos por parte de la Corte Interamericana, que de esta manera interpreta, cuando es pertinente hacerlo, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.
 6. En función de lo anterior, es preciso examinar los elementos de la desaparición forzada que figuran en la Convención de 1994: a) privación de la libertad, es decir, violación de la libertad personal como núcleo o eje del comportamiento ilícito, *conditio sine qua non* para que

operen los demás componentes de la descripción; b) irrelevancia de la forma en que se incurra en aquélla: sea ilegal, sea arbitraria (aunque el inicio pudiera resultar legal por existir orden judicial de captura o flagrancia); c) por agentes del Estado o terceros cuya conducta trae consigo responsabilidad internacional del Estado (por acción u omisión), tema extensamente examinado por la Corte; d) falta de información posterior sobre la privación de libertad; d) en igual circunstancia, negativa a reconocer dicha privación; e) en la misma circunstancia, negativa a informar acerca del paradero de la persona; y f) resultado de estas conductas (sea o no deliberado): impedimento para el ejercicio de recursos legales y garantías procesales pertinentes (para combatir y hacer cesar la violación que se desconoce o sobre la que no se informa: violación de la libertad personal). En este conjunto (con sus alternativas internas) se cifra la figura de la desaparición forzada. Es el obligado punto de referencia para el examen de la materia, tanto en general como a propósito de casos específicos.

7. En el marco de estos supuestos de hecho corresponde precisar la naturaleza jurídica de la violación que constituye el eje de la figura examinada, desde una doble perspectiva: la conducta de los agentes y la afectación de bienes y derechos de la víctima; y las implicaciones de esos hechos con respecto a tales bienes y derechos, esto es, la identificación de los bienes lesionados y de los derechos violados. Expresaré esta idea con otras palabras: ¿qué violaciones son inherentes a la desaparición forzada, es decir, consustanciales a ésta, inseparables o características de ella, por hallarse “entrañadas” en esa figura, como datos reclamados por la definición misma, en cuya ausencia no habría desaparición forzada, aunque pudieran existir otros hechos violatorios? Puesto que he usado la expresión “inherentes a la desaparición forzada”, debo recordar la acepción académica de inherencia: “unión de cosas inseparables por su naturaleza, o que sólo se pueden separar mentalmente y por abstracción”.
8. Por lo que toca a la primera cuestión propuesta, la Corte ha entendido desde siempre que la desaparición forzada constituye un hecho —o conducta o situación o estado de cosas— que se prolonga ininterrumpidamente en el tiempo. Mientras persiste la conducta, subsiste la violación, sin solución de continuidad. Es única y constante. Con frecuencia hemos recurrido a conceptos de derecho penal, de donde proviene la mejor caracterización de la figura en examen. De esta disciplina acogemos la clasificación de los delitos en orden a la conducta del agente y a su proyección sobre la consumación del delito: persistencia de los hechos que traen consigo cierto resultado típico.
9. En el supuesto de delito instantáneo, la consumación ocurre de una vez, de un solo golpe, si se permite la expresión. En el delito continuado

(conforme a determinada terminología), la conducta ilícita se fragmenta en el tiempo: inicia y cesa, con unidad de sujetos activo y pasivo y quebranto de una misma norma (no tiene caso recordar ahora por qué los varios delitos que en la especie se cometen han sido reconducidos a uno solo bajo la ficción de que existe “un” delito continuado). Y en el continuo o permanente, la conducta ilícita, el resultado típico, la violación de la norma persisten, sin interrupción, durante más o menos tiempo. Esto último es lo que sucede, precisamente, en el supuesto de privación ilegal de la libertad, hasta que cesa la privación. Lo mismo, en el de plagio o secuestro, como formas agravadas de privación de libertad. Y otro tanto en la desaparición forzada, conducta de gravedad superlativa o lesa humanidad, que también “entraña” privación de libertad.

10. La segunda cuestión planteada corresponde a los bienes jurídicos afectados y los derechos violados por la desaparición forzada. No incorporo aquí, por supuesto, los “otros” bienes y los “otros” derechos que pudieran venir a cuentas en la “circunstancia” de una desaparición, como consecuencia de ésta, como culminación frecuente —pero no necesaria— de la desaparición perpetrada. Pueden ser numerosos —y suelen serlo— esos “otros” bienes y derechos, que también merecen consideración autónoma y sanción, en sus propios términos. Los que claramente resultan afectados por la desaparición, conforme a la caracterización del instrumento interamericano de 1994 —al que me sujeto en esta nota— son la libertad y el acceso a la justicia (expresión que empleo con alcance genérico para abarcar diversas manifestaciones de la garantía judicial, el debido proceso o la adecuada defensa).
11. Estos derechos —libertad y acceso a la justicia— corresponden a la esencia de la desaparición. Las respectivas violaciones son inherentes al hecho que examinamos. No es posible pensar en una desaparición forzada de persona sin que aparezcan necesaria e inmediatamente lesionados la libertad y el acceso a la justicia. A esto se alude cuando se manifiesta que la desaparición implica una violación de diversos bienes y derechos, esto es, que tiene carácter pluriofensivo. Evidentemente, la condición pluriofensiva de una conducta ilícita se establece en vista de las características de esa conducta y de la afectación real y concreta de bienes jurídicos, no a la inversa, sosteniendo primero que la conducta es pluriofensiva y mirando después hacia aquélla para saber qué bienes y derechos lesiona.
12. La Corte debe plantearse obligadamente esta pregunta: ¿cuándo cesa una desaparición forzada? De la respuesta que se aporte dependen ciertos extremos relevantes, entre ellos la competencia para el conocimiento de los hechos. No diré que también el curso de la prescripción,

porque generalmente se acepta que ésta no corre en hipótesis de violaciones gravísimas, como la desaparición. La respuesta pudiera hallarse —y así lo consideró la Corte en el caso *sub judice*— en el artículo III de la Convención de 1994. Al disponer la tipificación penal interna de la desaparición, ese precepto estatuye que el delito así tipificado “será considerado como continuado (continuo, en la terminología que adopto) o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. Ahora bien, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de establecer el destino o paradero de la víctima?

13. Pudiera entenderse que cesa la desaparición una vez establecido ese destino o paradero mediante la localización del desaparecido, vivo, o de su cadáver o sus restos, cuando ha sido ejecutado o ha muerto por otra causa. En la sentencia correspondiente al *Caso La Cantuta* (Perú), del 29 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana agregó un dato a ese señalamiento convencional, o bien, precisó su alcance —alternativa sobre la que conviene reflexionar jurídicamente—, al decir que “mientras no sea determinado el paradero de (...) personas (desaparecidas), o debidamente localizados e identificados sus restos, el tratamiento jurídico adecuado para (tal situación) es la de desaparición forzada de personas”. Se habló, pues, de identificación de restos como el punto *a quo* —cese o llegada— de la desaparición forzada.
14. Al asumir este último criterio en la sentencia del *Caso Heliodoro Portu-gal*, el tribunal interamericano ha supuesto —como lo han hecho otras instancias jurisdiccionales— que la desaparición cesa en el momento de la identificación de los restos (no obstante que éste es un acto de acreditación de cierto hecho pasado, no de realización o consumación de una conducta ilícita), y no en el de fallecimiento, real o probable, de la víctima (a pesar de que en ese momento la privación de libertad cede el espacio a la muerte, puesto que no parece razonable hablar de “privación de libertad de una persona fallecida” y suponer, por lo tanto, que aquélla se prolonga después del fallecimiento). Al radicar la cesación del hecho violatorio en la identificación de restos, no en la pérdida misma de la vida, la Corte estableció su competencia *ratione temporis*. Probablemente volverá el tema a la reflexión de los estudiosos de la materia.
15. A propósito de la descripción convencional de la desaparición forzada y de algunos pronunciamientos jurisdiccionales sobre esta materia, se ha discutido si la privación de la vida (por ejecución arbitraria, extrajudicial) se halla inescindiblemente vinculada a la desaparición, hasta ser inherente a esta figura, formar parte de ella, de manera que el conocimiento jurisdiccional sobre la desaparición traiga consigo el conocimiento sobre la privación de la vida, lo que implicaría violaciones simultáneas de los artículos 4 y 7 de la Convención Americana y

- eventualmente extendería la competencia *rationetemporis* correspondiente a privación arbitraria de la vida.
16. Evidentemente, muchos casos de desaparición culminan en la ejecución extrajudicial de la víctima. No obstante, es perfectamente posible —lógica y ontológicamente— deslindar la muerte de la desaparición y reconocer a cada una entidad propia, que reclama trato objetivo y separado. El deslinde no significa, de ninguna manera, atenuación del reproche y fomento de la impunidad, del mismo modo que esto no ocurre cuando en el sistema penal se reconoce la existencia de diversos resultados típicos que abren la puerta del concurso de delitos, no la confusión de éstos.
 17. Así lo ha entendido la Corte en esta sentencia, que niega la competencia *rationetemporis* para conocer de la muerte de la víctima y la afirma para conocer —por los motivos mencionados *supra*— de la desaparición forzada. La Corte no ha dejado de advertir y considerar, con absoluto reproche, que el señor Portugal fue arbitrariamente privado de la vida, aunque no sea posible declararlo así en esta sentencia, aplicando el artículo 4 y emitiendo la condena formal correspondiente, porque el tribunal no tiene, en la especie, atribuciones para pronunciarse sobre este punto. Sería desacertado considerar que esta conclusión de la Corte, apegada al derecho que rige su actuación, produce impunidad. Ésta, que en efecto se plantea, no proviene de la sentencia del tribunal, sino de la fecha de reconocimiento de la competencia del tribunal, esto es, de un acto externo a las decisiones de la jurisdicción internacional.
 18. Establecido lo anterior, queda a la reflexión del futuro intérprete el trato que se pudiera dar a los hechos en lo que respecta a la integridad psíquica de la víctima (artículo 5.1 de la Convención Americana). Desde luego, es posible distinguir la privación de la libertad del ataque a la integridad, pero también es razonable suponer que el sufrimiento de la víctima de desaparición forzada se mantiene en forma continua (o continuada) mientras dura esta gravísima situación, con los riesgos, las amenazas y las presiones que ella implica. De ser así, cabría pensar en la existencia de violaciones a los artículos 5 y 7 de la CADH, por más que se mantenga la separación conceptual entre privación de libertad y afectación de integridad.
 19. En la sentencia a la que agregó este voto, la Corte Interamericana observa el deber del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana, con el propósito de prevenir y sancionar las conductas violatorias de tales bienes jurídicos, deber que resulta de la obligación de respeto y garantía contenida en dicho instrumento. Asimismo, la Corte observa que el deber del Estado de tipificar penalmente la desaparición forzada surge del mandamiento

explicito de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994. Es pertinente — en la medida en que se acoge a un deber convencional- que el Estado legislador adopte la caracterización que aporta el Derecho Internacional de los derechos humanos acerca de la desaparición forzada (cómo también de la tortura, en su caso) para evitar incongruencias entre la previsión internacional, vinculante para el Estado, y la disposición inculpativa nacional. Es posible, desde luego, que ésta se exprese en términos más comprensivos que aquélla, para favorecer la tutela de los derechos humanos, pero no lo es que reduzca esa tutela a través de tipificaciones domésticas que entren en colisión o no guarden correspondencia con las caracterizaciones internacionales.

CASO BAYARRI VS. ARGENTINA,
del 30 de octubre de 2008

1. El examen y la sentencia del *Caso Bayarri* promueven diversas cuestiones relevantes a propósito de la tutela de los derechos humanos en el marco del procedimiento penal, que constituye un escenario complejo y peligroso para el encuentro entre los poderes del Estado y los derechos del individuo. Entre esas cuestiones figura la privación cautelar de la libertad del procesado, tema frecuentemente destacado en los pronunciamientos de la Corte —como también, por supuesto, en la práctica de la persecución penal, plagada de vicisitudes—, que ha producido ya un “cuerpo de doctrina” sobre esta materia que pudiera y debiera proyectarse —a título de interpretación formal de la Convención Americana— en la normativa y las decisiones internas.
2. He aquí una materia adecuada para la armonización que se pretende a través del Derecho internacional de los derechos humanos. Destacados tratadistas —así, Julio Maier, Martín Abregú y Juan Carlos Hitters, entre otros— han adelantado la fundada opinión de que es hora de revisar, y acaso reconstruir, el enjuiciamiento penal de nuestros países, que ya registra desarrollos notables, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A esta fuente del “nuevo derecho” conviene agregar, con el mismo rango e idéntico espíritu, la tradición humanista y democrática que arraiga en las tradiciones constitucionales —sus aplicaciones son otra cosa— de los países americanos. Esta es, en consecuencia, la doble fuente o el amplio cimiento del Derecho Procesal Penal contemporáneo característico de la sociedad democrática, comprometido con los derechos humanos, el imperio de la

- justicia y la preservación de la seguridad pública, que también constituye, por cierto, un derecho humano.
3. En otras oportunidades, siguiendo los pronunciamientos de la Corte Interamericana, me he ocupado de la prisión preventiva, que suele ser, en rigor, un encarcelamiento represivo, adelanto de la pena, expediente del control social que va mucho más allá del enjuiciamiento en el que se dispone y aplica. Lo he hecho, por ejemplo, en mis votos concurrentes a las sentencia de los casos *Tibi vs. Ecuador* y *López Álvarez vs. Honduras*. Últimamente ha surgido —o se ha renovado, mejor dicho— una importante bibliografía que examina la prisión preventiva bajo la óptica de su racionalidad, siempre en entredicho, y de sus alcances y limitaciones conforme a la jurisprudencia interamericana. En esta línea, cada vez más concurrida, cabe citar, sólo por ejemplo, las valiosas aportaciones de Paola Bigliani y Alberto Bovino, en Argentina, y Guillermo Zepeda Lecuona, en México, autores de obras muy recientes.
 4. La prisión preventiva, que precede a la punitiva en la historia de la privación de la libertad vinculada a la sanción actual o futura de los delitos, tropieza con obstáculos éticos y lógicos de primera magnitud. Basta recordar —evocando al clásico Beccaria— que constituye una pena anticipada a la proclamación oficial de la responsabilidad penal de quien la sufre. Este dato pone en guardia frente a la “justicia” de una medida que suprime, restringe o limita la libertad (en rigor, varias libertades o manifestaciones de la libertad humana: la ambulatoria, sin duda, pero también otras, irremisiblemente arrastradas por aquélla) aun antes de que el Estado resuelva, por el conducto pertinente, que existe un fundamento cierto y firme para suprimir, restringir o limitar esa libertad. Hay, pues, un juicio adelantado y en este sentido inoportuno, pero no por ello menos efectivo, sobre la responsabilidad penal del inculpado.
 5. Difícilmente se podría sostener, pues, que la prisión preventiva es una medida “justa”, aunque se practique al amparo de la justicia. Si es injusto castigar para saber si se puede castigar, habrá que buscar otros argumentos —a reserva de hallar, mejor aún, medidas sucedáneas de la privación de libertad— para sustentar la legitimidad de semejante medida. En otros términos, será preciso establecer que la privación cautelar de la libertad es “necesaria” desde la perspectiva de la justicia misma —en el caso concreto, por supuesto— y se halla provista por las razones y consideraciones que facultan al Estado para restringir derechos de los individuos: no hay derecho absoluto; todo derecho halla su límite en la frontera de los derechos ajenos, el bien común, el interés general, la seguridad de todos, siempre en el marco —estricto y exigente— de la sociedad democrática (artículos 30 y 32

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cabe formular las mismas consideraciones, por cierto, a propósito de la otra vertiente privativa de la libertad: la prisión punitiva, medida penal en sentido estricto, que debiera reducirse a su expresión indispensable. Pero no es éste el tema del presente voto.

6. La prisión preventiva forma filas entre los medios de que se vale el Estado para asegurar —cautelar o precautoriamente— la buena marcha de la justicia y el eficaz cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales. En este sentido, la preventiva obedece a los mismos factores y debiera atender las mismas reglas que gobiernan otros expedientes cautelares. Todos éstos entrañan cierta anticipación en el juicio, con el propósito de salvar el juicio mismo, si se permite la expresión. Empero, la preventiva es la más intensa y devastadora de esas medidas, incomparablemente más severa que la vigilancia por la autoridad, el aseguramiento de bienes, la prohibición de realizar determinadas operaciones o actividades, la limitación en la libertad de tránsito, etcétera. En realidad, todas las medidas precautorias generan daños difícilmente reparables, aunque compensables; la preventiva causa, por su parte, un daño absolutamente irreparable, como es la pérdida de tiempo de vida, con todo lo que ello significa: de ahí la necesidad de analizarla y adoptarla con infinito cuidado.
7. No sobra reiterar lo que tanto se ha dicho: existe una tensión casi insoluble entre el gran aporte del liberalismo penal, que rescata los derechos del individuo y acota los poderes de la autoridad: la presunción o principio de inocencia —raíz de múltiples derechos particulares y fundamento de numerosos deberes públicos—, por una parte, y la prisión preventiva, por la otra. La subsistencia de ésta —no se diga su proliferación y agravamiento— militan directamente contra aquel principio: ¿cómo justificar la privación de libertad de quien es presuntamente inocente y debe ser tratado en los términos, tan garantistas, de esa presunción que le favorece? ¿Cómo confinar al inocente, incomunicarlo, restringir el ejercicio de otros derechos inevitablemente afectados, exponerlo a la vista pública como un presunto —o seguro— culpable?
8. No obstante los argumentos que campean para la reducción racional de la privación cautelar de la libertad, en diversos lugares se ha observado el empleo creciente, hasta ser desmesurado, de este medio supuestamente precautorio. Esta expansión resulta de lo que he llamado la “desesperación y exasperación” de la sociedad —la opinión pública o las corrientes que la informan y administran— frente al auge de la delincuencia. El temor que ésta impone a la sociedad, ante la impotencia de los instrumentos formales e informales del control social —ineficacia, insuficiencia, indiferencia, colusión—, sugiere al legisla-

dor una vía sencilla y expedita, aunque cuestionable y regularmente ineficaz: imponer la prisión preventiva en un creciente número de hipótesis, casi siempre en condiciones que igualan o empeoran las que rigen —constantemente denunciadas en las resoluciones de la Corte Interamericana— en un elevado número de reclusorios, que no hacen honor a su designio como planteles de readaptación, rehabilitación, reeducación, reinserción, etcétera.

9. La doctrina de la Corte Interamericana en materia de prisión preventiva —que acoge y precisa, en la circunstancia americana— los estándares prevalecientes a este respecto, se sustenta en diversos principios que conviene recordar ahora y en los que es preciso insistir para contener y reducir la tendencia a extremar los supuestos de privación cautelar de la libertad. Es obvio que cualquier privación de libertad —detención, prisión preventiva, internamiento cautelar, educativo o terapéutico, sanción administrativa o penal— debe hallarse prevista en la ley, con claridad, moderación y precisión, como corresponde al Estado de Derecho. Existe en este punto, pues, un campo para la “reserva de ley”, el principio de legalidad en términos rigurosos —ley formal y material, conceptos que también ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Interamericana—, que cierra el paso al arbitrio autoritario, pero también a las normas que carecen de aquel rango y no se hallan rodeadas, por lo tanto, de las garantías que supone una verdadera ley: disposiciones administrativas, reglamentarias; reglamentos “autónomos” cuya emisión depende de autoridades de esta naturaleza, que resuelven la configuración de los supuestos de privación de libertad —faltas—, las consecuencias correspondientes y los procedimientos para aplicarlas.
10. La gran regla de intervención penal mínima —que posee implicaciones especiales en la materia que ahora examino— conduce a reducir los supuestos de privación cautelar de libertad a su igualmente mínima expresión: no los más, sino los menos; no sistema o regla, sino excepción o salvedad. De aquí derivaría una deliberada reelaboración legislativa que despeje el espacio actualmente ocupado por la prisión preventiva. Este designio enlaza con la decisión de que la preventiva entre en la escena cuando ello resulte verdaderamente necesario, ha dicho la jurisprudencia; podemos exigir más —como también se ha exigido alguna vez—: que entre en la escena cuando ello resulte indispensable.
11. Obviamente, la condición de necesidad o “indispensabilidad” no queda a capricho de la autoridad o del clamor popular, que pudieran calificar como necesario o indispensable lo que en realidad es prescindible o sustituible. Para cumplir los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos, el Estado debe organizar el aparato público

con tal designio, echando mano de todos los medios a su alcance con la más amplia —no con la más reticente o modesta— aplicación de los recursos disponibles. Esto mismo ocurre en materia de libertad, control del inculpado, desarrollo de la investigación, preservación de la prueba en el curso del enjuiciamiento penal. De ahí que el Estado deba emplear con la frecuencia posible —que es mucha— sustitutivos cautelares de la privación de libertad. ¿Es fácil? ¿Es “barato”? Tal vez no. Pero tampoco es sencilla, ni económica la prisión preventiva, además de hallarse fundada en un delicado compromiso —una compleja transacción— entre la justicia y la necesidad, que operan en incierto equilibrio.

12. La prisión preventiva, he reiterado, es medida cautelar: sirve a los fines inmediatos del enjuiciamiento; atiende a las necesidades apremiantes de éste; permite que fluya y concluya en términos razonables y que la sentencia sea cumplida, no burlada. Aunque entrañe, inevitablemente, fuerza afflictiva, no debe adquirir formalmente esa calidad: no debe constituir pena o medida penal que cargue a un individuo con la pérdida o el menoscabo de un derecho fundamental para atender fines ajenos —y a menudo remotos— del proceso que se le sigue. Obedece, entonces, a necesidades procesales imperiosas e inmediatas, a saber: la efectiva sujeción del inculpado al enjuiciamiento que se le sigue (existe, indeseable, la alternativa del juicio en ausencia, que provoca otro caudal de problemas) y la buena marcha de éste. Obviamente, ambos factores de la privación de libertad deben hallarse suficientemente establecidos: no basta el alegato del acusador o la impresión ligera del juzgador. Es preciso acreditar el riesgo real de sustracción del inculpado a la justicia y el peligro, asimismo efectivo, en que se halla la marcha regular del enjuiciamiento. Se trata de mandatos restrictivos de un derecho fundamental; de ahí la necesidad de que se hallen debidamente motivados y fundados.
13. Quedan excluidos otros objetivos, que pueden ser plausibles en sí mismos y obligar al Estado, pero que no figuran en la naturaleza estricta —y restringida— de la medida procesal cautelar: tales son, por ejemplo, la prevención general de delitos o el aleccionamiento social. Bien que se prevenga el crimen, y bien que la sociedad perciba que el poder público provee a la seguridad colectiva y reduce la impunidad. Estos datos de la política criminal —como otros elementos de ella— pueden y deben ser atendidos por el Estado con medios diversos. Por ello la jurisprudencia de la Corte ha rechazado las disposiciones que excluyen la libertad del inculpado en forma genérica, sin atender a las necesidades del caso concreto, sólo en función del delito que ha cometido. Esto implica una suerte de “prejuicio” legislativo sobre la pertinencia de la libertad o la prisión, que deben ser resueltas

- en cada caso —no genéricamente— conforme a las probadas circunstancias de éste, atendiendo a la presencia del inculcado en el juicio y a la marcha regular del enjuiciamiento.
14. La delicada, difícil, comprometedora determinación pública de privar de libertad a una persona señalada como “posible o probable” autor de una también “posible o probable” infracción, reclama gran cuidado en la comprobación del hecho punible y la vinculación del inculcado con aquél. No digo que ha de existir firme convicción, fundamento necesario de la sentencia condenatoria, pero debe hallarse suficientemente acreditada la existencia de un hecho punible —bajo la denominación que cada sistema nacional disponga, a condición de que no excluya elementos constitutivos de la infracción, que convierten la conducta admisible en comportamiento punible— y encontrarse razonablemente establecida la probable participación del sujeto en aquél. Estas son garantías de primer orden, indispensables, si no se quiere someter la libertad al capricho de una legislación tiránica o de un aplicador arbitrario. La reducción en las exigencias probatorias sobre ambos extremos —hecho y probable responsabilidad— agravia la libertad y enrarece la justicia. No es razonable aducir que todo esto llegará cuando acuda la hora de la sentencia, quizás mucho tiempo después de iniciado el enjuiciamiento y al cabo de semanas, meses o años de privación —irreparable— de la libertad. Es indispensable que los derechos del individuo —que se proyectan en los derechos y garantías de toda la sociedad— se hallen a buen amparo desde el momento en que el poder del Estado toma la libertad del ciudadano.
15. De las consideraciones señaladas se desprenden otras consecuencias, que revisten, a su turno, la calidad de principios sobre la prisión preventiva. Entre ellos se halla el carácter provisional de ésta, temporal, limitado, acotado en el tiempo y, además, en la forma de practicarla. Es inadmisibles que la preventiva se prolongue cuando han cesado las condiciones para imponerla o cuando ha transcurrido el tiempo necesario para que una investigación razonable, conducida con seriedad y eficacia acredite la existencia del delito y de la responsabilidad penal y permita, por lo tanto, concluir el proceso y dictar sentencia.

CASO TICONA ESTRADA Y OTROS VS. BOLIVIA,
del 27 de noviembre de 2008

1. Los Jueces que suscribimos este voto deseamos expresar, ante todo, nuestra entera coincidencia con los demás integrantes de la Corte Interamericana en cuanto a las declaraciones fundamentales contenidas

- en la sentencia sobre el *Caso Ticona Estrada* (Bolivia), del 27 de noviembre de 2008: el Estado violó los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a los que se refiere dicha sentencia. En este sentido no hay discrepancia entre los integrantes del Tribunal, ni reserva o diferencia alguna. La sentencia refleja el parecer unánime de los siete Jueces que conocimos y resolvimos este caso.
2. Deseamos dejar constancia de nuestro aprecio por el hecho de que en la representación de las víctimas ante la Corte Interamericana haya figurado el Defensor del Pueblo de Bolivia, institución estatal creada en 1997⁵⁶ para velar “...por la promoción, vigencia, divulgación y defensa de los derechos humanos”. Consideramos —conforme a lo expresado en la audiencia de fondo realizada en Montevideo, Uruguay, el 13 de agosto de 2008—, que esto representa un paso adelante para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En éste figuran diversos actores tradicionalmente comprometidos a la preservación de los derechos fundamentales: el Estado mismo, la Organización de Estados Americanos, la sociedad civil y las instituciones que ésta constituye para ese propósito.
 3. También es preciso tomar en cuenta, hoy día, la presencia de nuevos agentes de la tutela de los derechos, a los que se ha denominado “actores emergentes”. Entre ellos se halla la institución del ombudsman, que forma parte del Estado, pero puede y debe actuar en procuración y defensa de esos derechos —tarea que informa su vocación institucional y le confiere razón de ser—, como ha ocurrido en el presente caso. En tal sentido, el ombudsman constituye —al igual que los defensores públicos— un “actor emergente” de singular importancia cuya actuación en el foro internacional, que deberá ser cada vez más frecuente e intensa, contribuirá significativamente a mejorar las condiciones para el efectivo acceso a la justicia de personas que difícilmente podrían llegar a la Comisión y a la Corte Interamericanas. El hecho que en los últimos diez años se haya afirmado la decisión de constituir instituciones de esta naturaleza, que ya funcionan en alrededor de 15 países miembros del sistema, constituye un hecho de especial relevancia para la protección de los derechos humanos no sólo en el plano interno sino en el internacional.
 4. Entre los hechos violatorios considerados en este caso se halla la desaparición forzada de Renato Ticona Estrada. No es necesario reiterar aquí las características de la desaparición forzada como hecho violatorio de diversas normas de la Convención, que reviste carácter continuo o permanente mientras no cesa la privación de libertad y se establece la suerte que ha corrido la víctima. En cambio, estimamos pertinente

⁵⁶ Ley No. 1818, aprobada el 22 de diciembre de 1997.

subrayar que existe desaparición forzada —con lo que ella implica como violación muy grave de derechos humanos— con independencia de que se presente en un contexto de violaciones sistemáticas u ocurra en forma singular y aislada.

5. El Derecho internacional de los derechos humanos no establece distinción alguna a este último respecto —que podría ser relevante para otros efectos— y caracteriza como violación cualquier caso de desaparición forzada. Sobre el particular es clara y enfática la descripción contenida en el artículo II de la Convención Interamericana sobre esta materia, del 9 de junio de 1994. En esa descripción, que ha procurado ampliar —no reducir— la tutela de los derechos, no se condiciona la existencia de desaparición al contexto en el que ocurra la conducta ilícita.
6. La anterior ha sido la caracterización constante expresada por los distintos organismos de protección de derechos humanos, tanto en el plano universal como en el interamericano, gracias a lo cual ha sido factible procesar casos de desapariciones forzadas en circunstancias de contexto muy variadas y diversas permitiendo, así, un ámbito de protección más riguroso y amplio. Así, la definición elaborada desde la década de los ochenta por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada o Involuntarias de las Naciones Unidas, el primer mecanismo creado por el sistema internacional de protección de los derechos humanos para enfrentar éste fenómeno (1980),⁵⁷ se orientó a precisar los distintos componentes de la figura de la desaparición forzada sin incluir en ellos el móvil de los perpetradores, el contexto, ni la sistematicidad o masividad de la violación. Semejante es la definición expresada en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas de 1992⁵⁸ y en la Convención Internacional sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2006.⁵⁹

⁵⁷ Resolución N° 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

⁵⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992. En la Declaración se refiere a las desapariciones forzadas como el hecho de “... que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”.

⁵⁹ La Convención entiende por desaparición forzada, “... el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la

7. Si se considerase que sólo hay desaparición forzada, en el sentido que ahora interesa, cuando ésta se produce en un contexto de violaciones sistemáticas y masivas de derechos, la consecuencia sería un preocupante descenso del nivel de tutela internacional de la persona, con la consecuente desprotección para víctimas actuales o potenciales de esa conducta ilícita. Cualquier elemento que se agregue a la configuración de ésta se apartaría de la Convención Interamericana y de los conceptos elaborados en las últimas tres décadas tanto en el sistema interamericano como en el universal y dejaría en la desprotección a millares de víctimas y de potenciales víctimas. Esta es nuestra lectura de la sentencia en lo que se refiere a la desaparición de la víctima y a la relación que ésta guarda o pudiera guardar con otros hechos del pasado.
8. En virtud de que los puntos resolutivos de la sentencia, con los que hemos manifestado nuestra esencial coincidencia, remiten a diversos párrafos de aquella resolución, estimamos pertinente expresar nuestro punto de vista sobre la competencia *ratione temporis* de la Corte para el conocimiento de ciertos aspectos de este caso, habida cuenta de la fecha en que ocurrieron algunos hechos, así como del momento en el que el Estado, parte en la Convención Americana, reconoció la competencia contenciosa de la Corte y de la forma en la que expresó ese reconocimiento, al amparo del artículo 62 del propio instrumento.
9. El puntual ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte implica una cuestión importante para la seguridad jurídica en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, para beneficio de todos los participantes en aquél y, en definitiva, para el buen desempeño de la administración de justicia. El ejercicio de esa competencia se asocia a diversos actos jurídicos, que pueden o no coincidir en el tiempo: por una parte, la ratificación de la Convención Americana (o la adhesión respectiva); por la otra, la declaración de reconocimiento a la que se refiere, en términos precisos, el artículo 62.1 de la Convención Americana. La interrogante acerca de la conveniencia de mantener en este instrumento la cláusula facultativa o adoptar un régimen de reconocimiento automático es un punto de *legeferenda* que no nos corresponde examinar ahora.
10. Obviamente, la Corte no puede asumir por decisión propia una competencia que no se le ha conferido. Se trata de un punto de derecho que debe recibir una respuesta jurídica, con absoluta independencia de cualesquiera opiniones particulares sobre la conveniencia o in-

aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

conveniencia de asumir la competencia sobre hechos ajenos a ella, en un acto de “autoridad judicial” que carecería de fundamento normativo y que podría resultar, por eso mismo, arbitrario. La Corte no puede sustituir con un acto de voluntad propia —que desborda las fronteras de la interpretación admisible— al acto de voluntad del Estado en materias que corresponden a las decisiones de éste, no a las atribuciones de aquélla.

11. Aceptamos, sin duda alguna el imperio del principio *pro homine* o *pro persona* en el establecimiento de normas y en la interpretación judicial en el ámbito de los derechos humanos es un componente esencial para la adecuada protección de los derechos humanos y la progresividad jurisprudencial en la aplicación de esas normas. Ahora bien, la invocación de este principio crucial no viene al caso en la cuestión que ahora nos ocupa, porque aquí se trata de establecer las atribuciones de un órgano jurisdiccional creado y regulado por un instrumento internacional, no de ejercer las que ya tiene asignadas por dicho instrumento.
12. Más allá de consideraciones personales, ciertamente respetables, lo cierto es que la Convención Americana ha instituido un sistema preciso de reconocimiento de competencia. Por supuesto, un Estado podría reconocer la competencia contenciosa de la Corte en el curso de un proceso en marcha, formulando ese reconocimiento a través de un acto que lo manifieste de manera suficiente e inequívoca. En la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados se estipula que un tratado deberá interpretarse “... de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (Art. 31.1), criterio que aplicado a este caso remite a la norma de la Convención Americana en la que las partes convinieron en el requerimiento de una declaración expresa para el sometimiento a la competencia de la Corte. La Corte no puede suponer la existencia del reconocimiento, infiriéndola de expresiones aisladas, ambiguas o equívocas, a las que el Estado no atribuya claramente la naturaleza y la eficacia de un reconocimiento.
13. De lo expuesto brevemente en los párrafos anteriores deriva nuestra diferencia con varios colegas integrantes de la Corte, única y exclusivamente en lo que atañe al enjuiciamiento de hechos realizados fuera del ámbito temporal que abarca el reconocimiento de competencia por parte del Estado. Esto no significa, desde luego, que se excluya de la sentencia la descripción de sucesos que ilustren sobre situaciones que culminaron en la violación cuyo conocimiento corresponde, propiamente, a la Corte.

CASO VALLE JARAMILLO Y OTROS VS. COLOMBIA,
del 27 de noviembre de 2008

1. En la sentencia correspondiente al *Caso Valle Jaramillo y otros* (Colombia) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 27 de noviembre de 2008, el Tribunal ha avanzado apreciablemente en la formulación de criterios sobre temas relevantes del enjuiciamiento penal, contemplado desde la perspectiva de los derechos humanos, que anteriormente abordó en forma restringida y que ahora analiza con mayor detalle y profundidad. Conciernen, sobre todo, a dos cuestiones: a) caracterización del denominado “plazo razonable” para la conclusión del proceso o la definición de ciertas situaciones que interesan a éste, tema frecuentemente planteado ante la Corte Interamericana a propósito de las demoras que ocurren en los procedimientos internos; y b) papel de la víctima en el procedimiento penal ordinario, tema destacado si se considera que las violaciones cometidas traerán consigo el despliegue del deber de justicia a cargo del Estado, lo cual plantea un nuevo escenario al que acuden hechos y derechos que interesan sobremanera a las víctimas de las transgresiones cometidas.

I. PLAZO RAZONABLE

2. Con respecto al plazo razonable, la Corte Interamericana había seguido hasta hoy el criterio adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos, que desde luego suministra una útil referencia sobre los puntos a considerar sobre la razonabilidad del plazo invocado en el marco del debido proceso legal. En torno a esta cuestión, ambos tribunales se remiten a tres datos relevantes: complejidad del asunto sujeto a juicio, actividad del órgano de conocimiento y conducta procesal del litigante, esto es, un elemento concerniente al carácter mismo de los hechos sujetos a conocimiento y del proceso en el que éste se realiza; y dos elementos atinentes al desempeño de sujetos procesales (o, más ampliamente, de sujetos que intervienen en el procedimiento, puesto que aquí pudieran venir al caso actuaciones u omisiones de la policía o del Ministerio Público, no sólo del tribunal). Me ocupé de estos extremos en diversos votos concurrentes y razonados a propósito de sentencias dictadas por la Corte Interamericana, en los términos que cito a continuación.
3. La Corte Interamericana no suele aportar caracterizaciones propias acerca de esos datos determinantes para ponderar la razonabilidad del plazo observado. En mi voto en el *Caso López Álvarez* (Honduras), que concluyó con sentencia del 1 de febrero de 2006, ensayé una descripción de aquéllos en los términos que en seguida menciono. Por

lo que toca a la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”— debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes.

4. También parece preciso, en el análisis de esta misma materia, considerar el número de relaciones que concurren en el litigio. A menudo no se trata de una sola, sino de múltiples relaciones que acuden a la controversia y que es preciso explorar, desentrañar. Igualmente es menester tomar en cuenta el número de participantes en las relaciones materiales y en la tramitación procesal, con sus respectivas posiciones, sus derechos, sus intereses llevados a juicio, sus razonamientos y expectativas. Y habrá que atender a las condiciones en las que se analiza la causa, que pueden hallarse bajo presión de contingencias de diverso género, desde naturales hasta sociales.
5. La conducta procesal del interesado puede ser determinante de la pronta o demorada atención del conflicto. Me refiero a la actividad en el procedimiento, y en este sentido, a una actividad procesal, pero también habría que considerar la actividad —o mejor todavía, la conducta: activa u omisiva— en otros campos, si trasciende al proceso o influye en éste. Puede suceder que el individuo, en aras de defender sus derechos, haga uso de un amplio conjunto de instrumentos y oportunidades que la ley pone a su disposición, bajo forma de recursos o de otras figuras, que alejan el momento de la resolución de fondo. Es preciso estar en guardia frente a la pretensión de que el individuo prescindiera de actos de defensa en bien de la celeridad o conforme a criterios de supuesta racionalidad, a juicio de observadores distantes o comprometidos. El tribunal habrá de distinguir con prudencia entre las acciones y las omisiones del litigante que tienen como objetivo la defensa —bien o mal informada— y aquellas otras que sólo sirven a la demora. Por supuesto, no se trata de trasladar al inculpado que se defiende la responsabilidad por las demoras en el enjuiciamiento y, en consecuencia, por la violación del plazo razonable que le agravia.
6. En cuanto al comportamiento del tribunal —pero sería mejor hablar, genéricamente, del comportamiento de las autoridades, porque no

sólo aquél opera en nombre del Estado—, es necesario deslindar entre la actividad ejercida con reflexión y cautela justificables, y la desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud y exceso ritual. ¿Cuáles son el posible desempeño y el rendimiento de un tribunal (o, más ampliamente, de una autoridad) aplicado seriamente a la solución de los conflictos que se le someten, y el de uno que distrae su energía mientras los justiciables aguardan pronunciamientos que no llegan?

7. En este campo vienen a cuentas la insuficiencia de los tribunales, la complejidad del régimen procedimental envejecido, la abrumadora carga de trabajo, incluso con respecto a tribunales que realizan un serio esfuerzo de productividad. Es necesario conocer estos datos de la realidad, pero ninguno de ellos debiera gravitar sobre los derechos del individuo y ponerse en la cuenta desfavorable de éste. El exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable, que no es una ecuación nacional entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto. Todas aquellas carencias se traducen en obstáculos, desde severos hasta irremontables, para el acceso a la justicia. ¿Dejará de ser violatoria de derechos la imposibilidad de acceder a la justicia porque los tribunales se hallan saturados de asuntos o menudean los asuetos judiciales?
8. Ahora bien, en ese mismo voto correspondiente al *Caso López Álvarez* —y en otros que adelante mencionaré— manifesté que resultaba conveniente ampliar el análisis del plazo razonable y estudiar la posibilidad de incorporar en este concepto —para apreciar la observancia o la inobservancia del debido proceso— otros elementos dignos de análisis. En el referido voto sostuve: “Parece posible que la complejidad del tema que motiva el procedimiento, la conducta del interesado —en la especie, el inculpado— y la actuación de la autoridad no basten para proveer una conclusión convincente sobre la indebida demora, que vulnera o pone en grave peligro el bien jurídico del sujeto. De ahí la pertinencia, a mi juicio, de explorar otros elementos que complementen, no sustituyan, a aquéllos para la determinación de un hecho —la violación del plazo razonable— acerca del cual no existen acotaciones cuantitativas universalmente aplicables”.
9. Entonces me referí “como posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable, a lo que denominé ‘*afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo*’. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo —‘plazo razo-

- nable’ — se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota”.
10. Añadí: “Me percató de que estos conceptos no tienen la precisión que se quisiera, como tampoco la tienen los otros aportados para el análisis de la razonabilidad del plazo: complejidad del asunto, comportamiento del interesado, conducta del juzgador. Ciertamente se trata de datos sujetos a examen razonado; referencias que han de valorarse en conjunto, dentro de determinada circunstancia, que no es la misma para todos los casos. De ese conjunto se desprenderá la razonabilidad del plazo y en él se apoyará la apreciación del Tribunal, por fuerza casuística, sobre el exceso en que se ha incurrido y la violación que se ha cometido”.
 11. Volví a ocuparme en este tema en mis votos para las sentencias en los casos *Sawhoyamaxa* (Paraguay), del 29 de marzo, y *Masacres de Ituan-go* (Colombia), del 1 de julio de 2006. Finalmente, en la sentencia del *Caso Valle Jaramillo y otros* la Corte Interamericana ha ampliado la consideración del plazo razonable e incorporado los elementos de apreciación sugeridos en los votos personales que mencioné. En la base de esta admisión se halla el convencimiento de que al lado de los factores establecidos por la jurisprudencia europea y acogidos por la interamericana —o junto con ellos— es indispensable apreciar el daño mayor o menor que causa el curso —también mayor o menor— del tiempo que transcurre en la tramitación y decisión de una controversia o en la definición de una obligación o de un derecho.
 12. En ocasiones, es irrelevante el tiempo transcurrido para la ponderación del daño; en otras, es muy lesivo para la víctima. Por ello, los otros elementos de apreciación de la razonabilidad —complejidad del asunto y conducta de autoridades y particulares— deben ponderarse igualmente a la luz del perjuicio que se está causando a la víctima. El tiempo no corre igual para todos, ni los elementos considerados tradicionalmente para fijar la razonabilidad del plazo afectan a todos igualmente. Me percató de que puede haber flancos débiles en esta argumentación, pero también sostengo que la inclusión de este nuevo dato contribuye a perfilar mejor y precisar con mayor hondura el concepto de plazo razonable.
 13. Debo subrayar que no he propuesto relevar los datos de la doctrina judicial tradicional y concentrar en el daño toda la eficacia para la medición del plazo razonable. De ninguna manera. Tampoco he sugerido que la falta de daño apreciable legitime el curso del tiempo, cualquiera que éste sea, y absuelva al Estado de responsabilidad en el ámbito del debido proceso. En forma alguna. Sólo he planteado la pertinencia de mirar los elementos de medición tradicionales tam-

bién —sólo también— desde la óptica o la perspectiva del daño actual que el curso del tiempo genera a la víctima. Esto constituye un *plus* para la apreciación, que debe asociarse a los otros factores convocados para medir la razonabilidad del tiempo transcurrido.

14. Esta idea campea ya en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la sentencia emitida en el *Caso Valle Jaramillo y otros*. Efectivamente, ésta enriquece el examen del plazo y afina la decisión que al respecto adopte el tribunal, cuando dice: “La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. *El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de la controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve*” (párr. 155). Este avance de la jurisprudencia interamericana abre el camino hacia nuevas precisiones en un tema importante, que se plantea con creciente frecuencia. No sobra recordar la elevada presencia de este asunto en los casos llevados al conocimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos.

II. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ENJUICIAMIENTO

15. En este punto no me refiero a la actividad procesal de la víctima en el enjuiciamiento internacional por posibles violaciones de los derechos humanos, sino a la participación de aquélla o de sus representantes —la legitimación procesal— en el procedimiento interno de investigación de hechos violatorios, que conduce a la identificación de los responsables, el procesamiento respectivo y la sentencia correspondiente. La Corte Interamericana se ha ocupado con frecuencia de esa legitimación y ha llamado la atención de los Estados acerca de la pertinencia, ajustada a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de abrir el cauce para la intervención de la víctima en el procedimiento doméstico conducente al cumplimiento de lo que he denominado “deber de justicia” —inherente a la obligación estatal de garantizar el ejercicio de los derechos (artículo 1.1 de la Convención Americana)—, que posee especial relevancia en lo que se refiere a la justicia penal, aunque ciertamente incluye o puede incluir otros extremos de la justicia (disciplinaria, administrativa, civil).
16. Si se examina la jurisprudencia de la Corte en torno a esta materia, se llegará a la conclusión de que la intervención de la víctima, invocada

por dicho Tribunal, se sustenta en el derecho de acceder a la justicia y recibir la tutela de ésta —al amparo del artículo 8.1 del Pacto de San José—, facultad que corresponde a todas las personas y con mayor razón a quien ha visto vulnerado, injustamente, un bien jurídico del que es titular o un derecho que le corresponde, con el fin de que se determine su derecho, así como, en su caso, el deber que pudiera existir a su cargo. En la intervención procesal (*latosensu*) de la víctima (o sus representantes) se refleja el derecho de ésta a conocer la verdad de lo sucedido, es decir, las condiciones o características de los hechos violatorios y de las responsabilidades correspondientes, que son materia de la investigación interna. Asimismo, se acoge el derecho de la víctima a la reparación del daño que se le ha causado. En suma, existe un triple sustento de la intervención de la víctima, hoy expresamente acogido en la sentencia del *Caso Valle Jaramillo y otros*: “*el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación*” (párr. 233).

17. El mismo examen de la jurisprudencia interamericana acerca de esta cuestión permite observar que el Tribunal ha entendido que esa participación de la víctima —en otros términos, el alcance de su legitimación— ha de ser amplia y ajustarse a la ley interna y al Derecho internacional. Desde luego, debe existir compatibilidad entre las estipulaciones domésticas y los lineamientos que fije el Derecho internacional de los derechos humanos, cuyo cumplimiento ha asumido el Estado a través de una explícita decisión soberana, en los términos de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. Se trata, en fin de cuentas, de círculos concéntricos de protección o datos concurrentes en el establecimiento de un solo marco procesal.
18. Ahora bien, nuestra jurisprudencia no había sido —en mi concepto— suficientemente precisa sobre el contenido y las características que debiera poseer la intervención procesal de la víctima. Ciertamente ésta debe ser amplia, como dije, no insignificante, simbólica, ineficaz o ilusoria —minimización que es consecuencia de una versión extremosa de la potestad punitiva del Estado, proyectada con fuerza excluyente hacia todos los actos del procedimiento—, y debe sujetarse al ordenamiento interno y a la preceptiva internacional. Alguna vez se ha entendido —erróneamente, a mi juicio— que la sujeción a la normativa interna supone que ésta puede fijar sin más el alcance de la intervención, lo que pudiera desembocar en una negativa de intervención eficaz y en un retorno a la participación simbólica, que implica exclusión real de quien es parte en sentido material —parte en la relación sustantiva que entraña el delito—, aunque no necesariamente parte procesal, a título de actor. Esto, llevado a su máxima expresión, convierte a la víctima en un extraño, o a lo más en un tes-

- tigo de su propio caso. Me ocuparé nuevamente de este asunto en otro párrafo del presente voto.
19. Era necesario que la jurisprudencia de la Corte perfilara mejor la participación de la víctima en el procedimiento interno, aunque no llegase al punto —que concierne a la regulación doméstica— de conferirle el ejercicio de la acción penal, esto es, de reconocerle condición de parte plena en el proceso, desplazando al Ministerio Público o concurriendo con él en la función persecutoria que tradicionalmente ha retenido en numerosos países y para un amplio conjunto de delitos. En la sentencia sobre el *Caso Valle Jaramillo y otros*, que acompaño con este voto, la Corte avanza en el establecimiento de un perfil razonable y eficaz de la participación de la víctima, que permite dar curso al derecho que la jurisprudencia interamericana le ha reconocido desde hace tiempo.
 20. La sentencia de la Corte sobre este litigio especifica, con suficiente precisión, las actividades que la víctima y sus representantes (familiares o no) pueden realizar en el procedimiento. Para ello opta por referirse a cada sector de actividades, en vez de utilizar, como hasta ahora, expresiones muy generales, que pueden resultar ambiguas y que no aclaran, como es preciso hacerlo cuando se trata de actuaciones procesales, el contenido de éstas, el momento en que se presentan, sus posibles consecuencias (conforme a su naturaleza), etcétera. Se alude a “*hacer promociones, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses*”. Es así que cobra entidad —y aplicabilidad práctica— la muy genérica expresión empleada por el Tribunal: “pleno acceso y capacidad de actuar”. Existe, desde luego, un punto de referencia para esas actividades, a las que me referiré en seguida, que reúne los derechos de la víctima y concurre a ilustrar al intérprete y al aplicador de la ley sobre el significado de aquéllas y la finalidad a la que atienden y que debe tomarse en cuenta a la hora de apreciar su sentido y su pertinencia: acceso a la justicia (en el sentido del artículo 8.1 de la Convención), conocimiento de la verdad y justa indemnización (párr. 233), como antes señalé.
 21. Conforme al citado párrafo 233 de la sentencia, que fija la orientación básica en esta materia, la víctima —y sus representantes— pueden hacer planteamientos, promociones, instancias, es decir, solicitar lo que convenga a la satisfacción de su interés, atraer la atención jurisdiccional hacia cuestiones que atañen a éste, requerir los pronunciamientos correspondientes. No debiera confundirse esta facultad con el ejercicio mismo de la acción penal, aunque tampoco se descarta que este ejercicio quede en manos de la víctima si así lo dispone la ley nacional, sustentada en ciertas decisiones internas de política criminal, que repercuten en el orden procesal.

22. Asimismo, víctima y representantes pueden recibir informaciones —no sólo “estar pendientes”, pasivamente, de los informes que se les quiera ofrecer, sino requerirlos en ejercicio de una facultad procesal— sobre aspectos sustantivos y adjetivos acogidos en el procedimiento en el que actúan. Pueden aportar pruebas: se entiende que aportarlas con los fines que sustentan su participación, para los que es obvia la relevancia de cualesquiera evidencias admisibles conducentes a probar hechos y responsabilidades, ante las diversas autoridades que intervienen en el procedimiento y cuyas decisiones influyen en el desarrollo y conclusión de éste. Se hallan facultados para formular alegaciones, es decir, expresar su posición sobre los hechos y su trascendencia jurídica, que incluye pertinencia del procesamiento y consecuencias jurídicas del delito —en su caso— cometido. Y pueden echar mano de medios de impugnación en lo que concierne a los derechos que esgrimen valer en el procedimiento. Existe en el mismo párrafo 233 una expresión más amplia, que recoge —“en síntesis”— el sentido de las anteriores y mantiene abierto el acceso a otras implicaciones naturales del desempeño procesal de la víctima: “hacer valer sus intereses”.
23. El propio párrafo 233 deja en claro otras dos cuestiones, que revisten gran importancia para la materia que nos ocupa. Por una parte, el derecho al acceso y la capacidad de actuar de víctimas y representantes se manifiestan a todo lo largo del procedimiento: “en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones o procesos”. La Corte reconoce y respeta la organización del sistema persecutorio en los diversos países y sabe que esta persecución puede hallarse a cargo de autoridades diversas, desenvolverse en distintas etapas y corresponder a diferentes conceptos. Por ello no alude solamente a investigación o a proceso, toda vez que no quiere restringir el amplio derecho de las víctimas, que pudiera tropezar con las características nacionales —perfectamente válidas— de los sistemas persecutorios. Alude, en cambio, a todas las etapas e instancias que pudieran venir al caso con fines de investigación y procesamiento, lo que naturalmente abarca desde el inicio de la investigación hasta el agotamiento de la controversia por el medio conclusivo firme que pudiera contemplar la legislación nacional.
24. Por otra parte, también ha cuidado la sentencia —recogiendo la preocupación a la que me referí *supra*— de que haya claridad en cuanto a la operación del ordenamiento interno con respecto a los derechos procesales de las víctimas, deducidos del Derecho internacional de los derechos humanos, que en este sector, como en muchos otros, ha logrado un notable desarrollo bajo la divisa *pro homine*, que no milita contra la justicia, sino concurre a que la haya. Obviamente, no se ha

querido perder aquí lo que se ha procurado ganar, en bien de los derechos de la víctima, en el orden internacional.

25. El párrafo 233 no supone que el Derecho interno resuelva, en fin de cuentas, si se dará o no se dará acceso a la víctima a las etapas, instancias, investigaciones y procesos; si aquélla podrá o no podrá formular planteamientos o promociones, recibir informaciones, aportar pruebas, ofrecer alegatos y consideraciones de derecho. Este conjunto de posibilidades confiere contenido a la participación de la víctima, enmarcada por el Derecho internacional. El ordenamiento interno, que no debe reducir los derechos fundamentales de la víctima, puede y debe establecer la forma, la vía, los medios, los tiempos razonables para su ejercicio, sin perder de vista la esencia de esos derechos y los fines a los que tiende su ejercicio.

CASO TRISTÁN DONOSO VS. PANAMÁ,
del 27 de enero de 2009

1. He coincidido con mis colegas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la emisión de la sentencia correspondiente al *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, cuyo examen suscita diversas cuestiones analizadas y resueltas por el Tribunal. Formulo este *Voto razonado* para exponer consideraciones complementarias o recapitulaciones sobre la jurisprudencia de la Corte.

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2. En este litigio —como en otros, cuyo conjunto ha permitido la elaboración de una estimable doctrina— se ha planteado la violación al principio de legalidad recogido en el artículo 9 de la Convención Americana. Este principio constituye, sin duda, una de las referencias más importantes en materia penal —sin perjuicio de su aplicación en otros ámbitos—, derivado de la corriente reformadora que procuró y consiguió “reconstruir” el Derecho punitivo a partir del siglo XVIII.
3. La legalidad, garantía de valor inapreciable que concurre a definir el Estado de Derecho y desterrar el arbitrio autoritario, entraña diversos temas que la Corte Interamericana ha examinado. Entre ellos no figura, por ahora, el distinto signo de la regla de legalidad en el sistema de raíz continental europea —regido por la ley escrita— y en el régimen del *commonlaw*. Tampoco, la relación entre esa regla y el principio consagrado en Derecho internacional —de los derechos humanos y penal— que sanciona comportamientos que contravienen

- principios generales del derecho y cuya ilicitud ha sido ampliamente reconocida. Dejo de lado, por ahora, estos aspectos de la cuestión.
4. La jurisprudencia de la Corte se ha referido al concepto nuclear o literal de la legalidad: previsión del delito y de su consecuencia jurídica en la norma penal, al amparo de la fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*. Por supuesto, el Tribunal también ha estudiado la legalidad procesal y ejecutiva. Si la conducta sancionada no se halla prevista en la ley, existe manifiesta violación del principio de legalidad.
 5. También se presenta esa vulneración cuando la descripción legal de la conducta es equívoca, confusa, ambigua, al punto que desemboca en interpretaciones diversas (“auspiciadas” por el legislador y que son la puerta del arbitrio) y conducir a consecuencias penales diferentes, que se reflejan en la punición y en el enjuiciamiento, por ejemplo. De ahí la exigencia de rigurosa caracterización de las conductas punibles, al amparo del principio de legalidad.
 6. De la jurisprudencia de la Corte se desprende, asimismo, que el Estado no puede acoger cualquier conducta en un tipo penal, ni depositar en éste distintos comportamientos sancionados de manera uniforme, sin miramiento sobre los diversos elementos que concurren en el hecho ilícito. Hacerlo así contravendría el marco penal admisible en una sociedad democrática: un marco que en el curso de los siglos recientes ha sido cada vez más puntual y exigente, aunque también ha padecido recaídas autoritarias.
 7. En otros términos, existen límites para las potestades de tipificación y punición que se hallan en manos del órgano legislativo (son inadmisibles, por ejemplo, la incriminación de conductas naturalmente lícitas: así, la asistencia médica; o la consideración uniforme e indiscriminada de muy diferentes hipótesis de privación de la vida, todas sancionadas con “pena de muerte obligatoria”). El desconocimiento de esos límites implica una violación del principio de legalidad. Así lo ha entendido la jurisprudencia interamericana, que en este sentido incorpora en el concepto de legalidad un dato “material”.
 8. Desde luego, aquí es preciso tomar en cuenta las normas de la Convención Americana sobre restricciones o limitaciones (lo son las tipificaciones y las puniciones) legítimas en el disfrute de los derechos y las libertades. Esto lleva a examinar el concepto de “leyes” que utiliza el artículo 30 de la Convención, y la correlación entre deberes y derechos, a la que se refiere el artículo 32 del mismo tratado, sin perjuicio de la alusión a otras restricciones asociadas con determinados derechos y libertades, previstas en los preceptos correspondientes a éstos. La jurisprudencia de la Corte ha explorado esta materia y adoptado definiciones que informan el Derecho interamericano de los derechos humanos. Aquel examen llega más lejos, por supuesto, de la mera

constatación de que cierto comportamiento —cualquiera que éste sea— se halla tipificado en un documento que reviste los caracteres formales de ley penal.

9. Como se ha observado, los derechos humanos confieren legitimidad a la norma punitiva y, al mismo tiempo, limitan su espacio y operación. El Derecho penal ocupa un lugar de “frontera”, si se permite la expresión, entre el reproche público legítimo —que trae consigo consecuencias penales pertinentes— y la incriminación excesiva —que significa desbordamiento de la función punitiva. Nada de esto es ajeno a las reflexiones en torno a la legalidad penal, que no es apenas recepción literal de cualquier conducta, a discreción del legislador.
10. En suma, a la hora de considerar la existencia de una violación al artículo 9 del Pacto de San José, el Tribunal no analiza exclusivamente la presencia o la ausencia de una disposición que incrimine la conducta examinada, sino la forma de hacerlo y la naturaleza y características del comportamiento reprobado. Si no fuera así, bastaría con introducir en la ley tipos penales “a modo” para apartar la responsabilidad que pudiera traer consigo, bajo el artículo 9 de la Convención, una tipificación arbitraria o excesiva. Cabe imaginar la desembocadura de semejante criterio de “legalidad” estrecha.

II. MINISTERIO PÚBLICO

11. También deseo referirme al Ministerio Público (en adelante también “el M.P.”), que ha desempeñado y sigue jugando un papel de primer orden en el enjuiciamiento penal, *lato sensu*. Obviamente, no es este el lugar para mencionar el desenvolvimiento histórico del Ministerio Público. Empero, conviene advertir dos puntos de fondo que permiten conocer la naturaleza, apreciar el desempeño y establecer las características del M.P.: a) esta institución nació y adquirió prestancia como una “magistratura de la legalidad”, y conserva ese carácter (descrito con diversas expresiones); y b) reviste características diferentes y asume poderes (generalmente, poderes-deberes) diversos en los distintos órdenes nacionales, sin perjuicio de cierta tendencia uniformadora o armonizadora. En el Derecho latinoamericano, el Ministerio Público tiene diversas raíces: hispánica, francesa y norteamericana; en algunos países y en ciertos momentos, concurrieron otras fuentes. Todo ello ha contribuido a la forja de instituciones particulares, aun cuando entre ellas existan radicales coincidencias.
12. No estimo razonable la pretensión de “ajustar” al Ministerio Público a un patrón único, que no acepte variantes ni reconozca desarrollos y necesidades nacionales específicas. Estos modelos hegemónicos pueden generar perturbaciones o disfunciones en el orden jurídico y en

- su aplicación a las diversas circunstancias que debe gobernar. Por lo que toca a las funciones del Ministerio Público y en lo que atañe al enjuiciamiento penal (pero el M.P. también se desempeña en otros espacios), varios Estados han optado por conferirle facultades de investigación, que se sustraen al juzgador (juez de instrucción); en otros, tiene atribuciones de acusación, a partir de una investigación previa; en varios, concurre con acusadores privados; en algunos, retiene el monopolio de la acción penal, etcétera. Y en lo que corresponde a la organización, hay Estados en los que el M.P. o fiscal es un órgano constitucional autónomo, y los hay en que se localiza en el ámbito del Poder Ejecutivo o en el marco del Judicial.
13. Naturalmente, hay argumentos interesantes en favor y en contra de cada una de esas opciones, así como de sus diversas combinaciones o desarrollos. Tales argumentos deben ponderarse a la luz de condiciones reales. Su valoración corresponde, en fin de cuentas, a las instancias internas. Determinadas formas de organización (así, la autonomía instituida en la Constitución) “son y parecen ser” más adecuadas que otras para propiciar la disciplina a la ley y el respeto a los derechos humanos, temas a los que me referiré en los siguientes párrafos.
 14. Para los fines que ahora interesan —protección nacional e internacional de los derechos humanos—, lo que importa es reconocer que cualquier sistema de organización y funcionamiento del Ministerio Público, institución del Estado, debe respetar los derechos de las personas, esto es, conformarse de manera consecuente con los deberes generales de respeto y garantía. Se requiere, pues, una “perspectiva de derechos humanos” para valorar el desempeño del Ministerio Público; no bastan ni dominan el enfoque administrativo o la perspectiva procesal. Es aquello, no esto, lo que se puede cuestionar ante un tribunal de derechos humanos.
 15. Si el Ministerio Público es una “magistratura de la legalidad”, su función indagadora —y más todavía su tarea cuasijurisdiccional, donde la tenga— debe plegarse a la ley. Puesto de otra manera: debe atender única y exclusivamente a ella cuando establece la existencia de un hecho delictuoso o sostiene una responsabilidad penal, sea para el ejercicio (o el inejercicio, salvo régimen de oportunidad) de la acción, sea para la formulación de la acusación, con sus diversas proyecciones en diversos actos procesales. En tal sentido, el ejercicio del M.P. es “neutral” en la primera etapa (investigadora), aunque llegue a ser “parcial” en la segunda (acusadora), una vez que ha formado su convencimiento sobre el hecho y la responsabilidad.
 16. El M.P. quebrantaría su misión si se sustrajera al imperio la ley, que no condena ni absuelve de antemano a ningún sujeto, sino ordena buscar con diligencia los datos que permitan arribar a la conclusión que

- sirva a la verdad y, por este medio, a la justicia. En este sentido, la obligación —y el quehacer— del M.P. se asemejan a los del tribunal. Ni aquél ni éste gestionan intereses propios, sino ejercen atribuciones públicas reguladas por la ley. Esta fija el marco, el rumbo y los límites.
17. El Ministerio Público es una institución, no un individuo. En consecuencia, actúa “institucionalmente”, conforme a principios de unidad e indivisibilidad, entre otros. Lo que he dicho antes es aplicable al funcionamiento de la “institución Ministerio Público”, pero en la realidad esa institución queda a cargo de individuos que actúan con la investidura que aquélla les provee; por lo tanto, a éstos corresponde, estrictamente, asumir los deberes que la norma asigna a la institución que representan.
 18. La exclusiva dependencia de la ley, que caracteriza al M.P. y a sus funcionarios que investigan y acusan, no excluye la posibilidad de que la “institución Ministerio Público” adopte criterios interpretativos generales sobre las disposiciones legales que debe aplicar (a través de acuerdos con distinta denominación; actos administrativos internos, que debieran ser conocidos públicamente por exigencia de seguridad jurídica) para actuar en los procesos de manera unitaria e institucional, evitando incongruencias y dispersiones. Nada de esto supone que las autoridades facultadas para emitir esos criterios interpretativos generales, *secundum legem* (que en última instancia se hallan sujetos a la apreciación del tribunal, intérprete final de la ley), predeterminen los actos de la institución en el curso del enjuiciamiento, *contra legem*.
 19. Por lo dicho, suscribo plenamente la afirmación de la Corte Interamericana en el párrafo 165 de la sentencia a la que asocio este voto, cuando sostiene que “los fiscales [esto es, los funcionarios del Ministerio Público que intervienen en el procedimiento penal,] deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado”.

CASO KAWAS FERNÁNDEZ VS. HONDURAS,
del 3 de abril de 2009

1. En la sentencia correspondiente al *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 3 de abril de 2009, el tribunal afirma que hubo violación del artículo 4 (Derecho a la vida) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Coincido con este pronunciamien-

to, adoptado por unanimidad, y agrego el presente voto explicativo de mi propio razonamiento, que, como dije, concurre con el de mis colegas en la conclusión fundamental de la sentencia.

2. Me parece claro que el Estado no cumplió el deber de investigar los hechos en que la víctima perdió la vida. Han quedado a la vista, con sólidos elementos de prueba, los errores, extravíos, demoras e insuficiencias de la investigación practicada, y con ello queda de manifiesto la vulneración del deber de garantía que corresponde al Estado, entendido en los términos constantemente expuestos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De ahí la vulneración a los artículos 4 y 1.1 del Pacto de San José.

I. PRUEBA Y SENTENCIA

3. Dicho lo que antecede, creo oportuno formular algunas consideraciones a propósito de la prueba, tema central del enjuiciamiento y materia de ocupación constante para la Corte Interamericana. Esencialmente, el proceso de conocimiento constituye un ejercicio probatorio, del que provendrá —con sólido cimiento— la decisión del tribunal.
4. Estimo que el juzgador que examina y resuelve una controversia sobre violaciones a derechos humanos debe analizar con el mayor cuidado las pruebas disponibles para establecer la existencia de cierta conducta activa u omisiva (atribuible a agentes del Estado o a terceros cuyo comportamiento es imputable al éste) y el nexo existente entre aquélla y el resultado violatorio de derechos humanos. En esas pruebas se sustentará la decisión judicial.
5. Convengo en que la Corte Interamericana, habida cuenta de su competencia material y de la misión que le incumbe para la protección de los derechos humanos, no debe sujetarse mecánicamente a los criterios de admisión y valoración de pruebas que prevalecen en el orden penal interno. En efecto, no tiene a su cargo una función penal, y puede y suele aceptar y analizar con mayor libertad los medios de convicción que se le allegan o que ordena *motu proprio*.
6. Ahora bien, lo anterior no implica que se relativice o reduzca la exigencia probatoria que constituirá —con el correspondiente razonamiento lógico y jurídico— el fundamento de las afirmaciones sobre hechos violatorios de derechos fundamentales, responsabilidad internacional del Estado y consecuencias jurídicas derivadas de aquéllos y de ésta. La propia Corte —tribunal de Derecho— se refiere constantemente a las reglas de sana crítica que conducen sus apreciaciones en materia probatoria.

7. Mi experiencia a este respecto no difiere de la que tiene cualquier juzgador que enfrenta la enorme responsabilidad de analizar hechos, no siempre evidentes ni suficientemente acreditados a través de pruebas concluyentes, y adoptar graves determinaciones a partir del material probatorio disponible, adecuadamente valorado. El juzgador se ve en la necesidad de afrontar dudas que naturalmente surgen en el curso del examen que realiza. La solución de estos dilemas reside en la prueba: sólo así se remonta la duda.
8. Cuando hablo de prueba, me refiero, por supuesto, a medios de convicción —empleo deliberadamente esta palabra: convicción— suficientes para persuadir al juzgador que emite una condena: “prueba suficiente”. No digo condena penal; digo, simplemente, condena que se explica en virtud de la comprobación —“convinciente”— de ciertos hechos ilícitos, resultado de la actuación, asimismo comprobada, de determinado agente. Obviamente, no pretendo que todos los hechos sujetos a juicio queden establecidos a través de documentos oficiales e indubitables, testimonios unívocos y fidedignos o dictámenes irrefutables. Sería pueril. Acepto la posibilidad y la eficacia de medios indirectos de prueba, a condición de que trasciendan el lindero —a menudo impreciso y elusivo— que separa la prueba suficiente de los datos que no poseen, por sí mismos, esta calidad indispensable.
9. Desde luego, la convicción es estrictamente personal. Reconozco que cada quien puede llegar a sus propias conclusiones, con absoluta probidad intelectual y serenidad de conciencia, y que éstas merecen respeto y consideración, no menores que las que pudieran recibir las conclusiones de signo contrario. Una diferencia de opinión no significa reproche, como lo he manifestado en todos mis votos personales. Por lo demás, ya he expuesto que coincidí en declarar que hubo violación de los artículos 4 y 1.1 de la Convención. La insuficiencia de prueba por lo que respecta a algún extremo de los hechos alegados es sólo eso: insuficiencia. No es, ni remotamente, exoneración. En el presente caso, no lo ha sido.

II. PRESERVACIÓN DEL AMBIENTE

10. La Corte Interamericana ha sido enfática y constante en señalar el deber especial de protección que incumbe al Estado cuando se trata de personas que asumen la defensa de derechos humanos. Estas son, al igual que el Estado mismo —así lo he señalado en diversas oportunidades—, protagonistas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de cuya actividad depende, en buena medida, el progreso de esa tutela en los países americanos y el avance de la cultura de derechos humanos.

11. Debo agregar que la violación del deber de garantía que se observa en este caso —en el que se ha vulnerado el derecho a la vida—, contraría la protección general de quienes dedican su vida y su trabajo a la preservación del ambiente, servicio que va mucho allá del derecho particular de alguno o algunos: concierne e interesa a todos. Esta dedicación queda ahora de manifiesto, por cuanto la víctima era una distinguida defensora del ambiente, que por serlo había enfrentado oposiciones y adversidades.
12. Las acciones y omisiones que lesionan directamente a quienes actúan en este ámbito, también intimidan a otras personas que realizan actividades del mismo género. Por ello generan desaliento individual y social, con severo perjuicio para la comunidad en su conjunto. La posición de la Corte sobre este punto concuerda, por lo demás, con la reiterada exigencia de brindar especial protección a quienes asumen la defensa de los derechos humanos. La preservación del medio, cuya integridad constituye un derecho de todos, milita en esa dirección y requiere tutela.

III. PLAZO RAZONABLE

13. Por otro lado, deseo referirme a la reiteración que esta sentencia hace sobre un punto que ha significado un paso adelante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Aludo a la inclusión (que se observa en el párrafo 112) de un dato para el análisis sobre el plazo razonable: la “afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”, invocación que anteriormente se hizo en la sentencia del *Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia* (párr. 155).
14. La Corte se ha ocupado a menudo en el examen del “plazo razonable” para atender una obligación o proveer a la tutela de un derecho. Para ello ha echado mano de ciertos datos provistos por la jurisprudencia de la Corte Europea, a saber: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta de las autoridades judiciales. A la luz de esos factores o referencias se ha calificado la razonabilidad del tiempo transcurrido, es decir, la razonabilidad del plazo cuestionado.
15. En las sentencias de los casos *Valle Jaramillo* y *Kawas Fernández* figura ya —al lado de los datos mencionados— la apreciación del peso o la influencia que el transcurso del tiempo tiene sobre la situación jurídica de la persona involucrada en un proceso (o bien, en un procedimiento, genéricamente) cuya duración suscita el tema que ahora nos interesa. Es evidente que no se trata de agregar “condiciones” o “exigencias” a la ponderación del plazo, sino de atraer la observación del

- tribunal hacia otros datos que pueden contribuir al mejor examen del asunto.
16. En la sentencia del *Caso Valle Jaramillo*, la Corte reiteró “que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”; y en seguida destacó: “*El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación actual generada por la duración del procedimiento en la situación de la persona jurídica involucrada en el mismo, considerando, entre otros factores, la materia objeto de la controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve*” (párr. 155) (énfasis agregado).
 17. Claro está que en algunos supuestos no será necesario internarse en el análisis de este cuarto dato, como en otros no lo ha sido y no lo es emprender el estudio de cada uno de los tres restantes. Los asuntos sometidos a juicio se plantean y resuelven conforme a sus propias características. Serán éstas las que sugieran al tribunal el mayor o menor examen de cada uno de los puntos de referencia aportados por la jurisprudencia europea, así como del recientemente incorporado por la interamericana.
 18. Estimo plausible que la Corte haya avanzado en el examen de esta materia, conforme a su propia experiencia y razonamiento, ampliando con ello el marco que aportó la jurisprudencia europea. La novedad no menoscaba ni oscurece; por el contrario, mejora y favorece el estudio de casos justiciables y la adopción de definiciones pertinentes. Es mucho lo que la Corte Interamericana ha caminado en el enriquecimiento de la jurisprudencia internacional, acaso venciendo obstáculos y desvaneciendo reticencias, y seguramente será mucho lo que caminará en el futuro.
 19. No omitiré mencionar que en algunos votos particulares me he ocupado, desde hace algún tiempo, de este “cuarto elemento” de ponderación, y también mencionaré que un sector de la doctrina ha abordado el mismo asunto, en términos favorables. Así lo recuerda expresamente, por ejemplo, la jueza Cecilia Medina Quiroga cuando estudia el plazo razonable (*cfr. La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial* (Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, San José, C.R., 2003, p. 311).
 20. Por lo que toca a mi punto de vista, me permitiré recordar que en el voto con que acompañé la sentencia dictada en el *Caso López Álvarez vs Honduras*, del 1 de febrero de 2006 —al que me referí en mi voto

- sobre el *Caso Valle Jaramillo*— procuré caracterizar la naturaleza y el alcance de los elementos del plazo razonable suministrados por la jurisprudencia europea, y sostuve la conveniencia de “ampliar el análisis del plazo razonable y estudiar la posibilidad de incorporar en este concepto —para apreciar la observancia o la inobservancia del debido proceso— otros elementos dignos de análisis”.
21. Sostuve: “Parece posible que la complejidad del tema que motiva el procedimiento, la conducta del interesado —en la especie, el inculcado— y la actuación de la autoridad no basten para proveer una conclusión convincente sobre la indebida demora, que vulnera o pone en grave peligro el bien jurídico del sujeto. De ahí la pertinencia, a mi juicio, de explorar otros elementos que complementen, no sustituyan, a aquéllos para la determinación de un hecho —la violación del plazo razonable— acerca del cual no existen acotaciones cuantitativas universalmente aplicables”.
 22. Como “posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable”, me referí a lo que denominé ‘*afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo*’. “Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo —“plazo razonable”— se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota”.
 23. “En ocasiones, es irrelevante el tiempo transcurrido para la ponderación del daño; en otras, es muy lesivo para la víctima. Por ello, los otros elementos de apreciación de la razonabilidad —complejidad del asunto y conducta de autoridades y particulares— deben ponderarse igualmente a la luz del perjuicio que se está causando a la víctima. El tiempo no corre igual para todos, ni los elementos considerados tradicionalmente para fijar la razonabilidad del plazo afectan a todos igualmente (...)”. Volví a ocuparme en este tema en mis votos para las sentencias en los casos *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, del 28 de marzo de 2006, y *Masacres de Ituango vs Colombia*, del 1 de julio del mismo año.
 24. Entonces subrayé, como lo hago ahora: “no he propuesto relevar los datos de la doctrina judicial tradicional y concentrar en el daño toda la eficacia para la medición del plazo razonable. De ninguna manera. Tampoco he sugerido que la falta de daño apreciable legitime el curso del tiempo, cualquiera que éste sea y absuelva al Estado de responsabilidad en el ámbito del debido proceso. En forma alguna. Sólo he planteado la pertinencia de mirar los elementos de medición tradi-

cionales también —sólo también— desde la óptica o la perspectiva del daño actual que el curso del tiempo genera a la víctima. Esto constituye un *plus* para la apreciación, que debe asociarse a los otros factores convocados para medir la razonabilidad del tiempo transcurrido”.

*CASO ACEVEDO BUENDÍA Y OTROS (CESANTES
Y JUBILADOS DE LA CONTRALORÍA),
del 1 de julio de 2009*

I. PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD
DE REALIZAR ACTOS EN EL ENJUICIAMIENTO

1. Conforme a las normas del procedimiento interamericano de protección de los derechos humanos —normas de obligatoria observancia— el Estado dispone de oportunidades procesales, claramente establecidas, para aducir sus defensas. En algunos casos, el Estado ha omitido la interposición de esas defensas ante la Comisión y sólo las ha invocado, por vía de excepciones preliminares, cuando la contienda se plantea ante la Corte.
2. En general, este Tribunal consideró tales omisiones bajo el concepto de renuncia “tácita” a una defensa, que trae consigo la imposibilidad de esgrimirla en el curso del proceso. La calificación hecha por la Corte ha suscitado ciertos cuestionamientos: algunos Estados señalan que no existe semejante “renuncia”. El acto de renuncia supone —se ha dicho— una decisión del Estado en ese sentido.
3. A este respecto, conviene recordar que los actos procesales se hallan sujetos a determinadas reglas, de cuya observancia dependen su admisibilidad y eficacia, con todo lo que ello implica para la marcha, la modificación, la detención o la conclusión del enjuiciamiento. Entre aquéllas figuran las correspondientes al tiempo (oportunidad) para realizar los actos. En realidad, la Corte no tiene por qué estimar innecesariamente que hubo “renuncia tácita” a la defensa —estimación que sólo significa una calificación nominal de la omisión, pero no altera su naturaleza y consecuencias—, atribuyendo así a la omisión del Estado un sentido o un propósito que suscitan dudas u obligaciones. Lo que importa es que el Estado dejó de producir determinado acto en la oportunidad prevista para ello, y que una vez transcurrida ésta se ha perdido la posibilidad de realizarlo. Así ocurre en el muy explorado curso de cualquier procedimiento ordinario.
4. Anteriormente he sostenido que la Corte podría modificar las expresiones que acostumbró en esta materia, modificación que efectiva-

mente ha ocurrido en varias sentencias recientes, a las que se agrega la del presente caso. En éstas ya no se alude a “renuncia tácita”, sino a la pérdida o agotamiento de la oportunidad procesal para la presentación de la defensa. Por supuesto, la Corte podría ir más allá en la consideración de esta materia y explorar la verdadera naturaleza del tema, que acaso se reconocería como un supuesto de preclusión o de insatisfacción de una carga procesal, con las consecuencias inherentes a estos fenómenos bien conocidos por la disciplina del proceso. No sobra volver la mirada hacia la técnica y la doctrina del proceso, recogidas en la teoría general respectiva, cuando se trata precisamente de una cuestión procesal, independientemente de que ésta se plantee en un procedimiento internacional.

5. El establecimiento de estos efectos para la omisión de defensa —pérdida de la posibilidad de aducirla, una vez transcurrida la oportunidad para hacerlo— no significa que la Corte Interamericana no pueda reconsiderar decisiones adoptadas en el procedimiento ante la Comisión en determinados supuestos, de manera verdaderamente excepcional y en los términos examinados por la jurisprudencia de la propia Corte. No pretendo reproducir o analizar ahora esta cuestión, acerca de la cual se ha pronunciado el Tribunal en algunas resoluciones.

II. EXPRESIONES DEL ESTADO

EN PROCURACIÓN DE SOLUCIONES AMISTOSAS

6. Se ha señalado que el Estado puede exponer en el procedimiento ante la Comisión Interamericana consideraciones y sugerencias conducentes a alcanzar una solución amistosa de la controversia, y que aquéllas no debieran causarle perjuicio en el caso de que no prospere la solución procurada y se someta el litigio a la Corte. Si se entiende que cualquier expresión del Estado, conducente a favorecer la composición entre las partes, necesariamente genera efectos desfavorables para aquél en el proceso ante la Corte, se desalentaría la solución extrajudicial o litigios.
7. Por supuesto, es deseable que los litigios en materia de derechos humanos, como en otros ámbitos, hallen solución a través de entendimientos entre las partes, cuando esto sea posible y adecuado en función de la tutela efectiva de los derechos humanos, tomando en cuenta la naturaleza de las violaciones, los remedios que se aportan y el interés y la voluntad de los litigantes. De aquí no se desprende, sin embargo, que las manifestaciones hechas por el Estado en el curso del procedimiento compositivo ante la Comisión carezcan de eficacia en el proceso ante la Corte. Es preciso conciliar la necesidad de alentar soluciones consensuales y la pertinencia de reconocer el valor que tienen, según

- sus propias características, los actos de confesión o reconocimiento de responsabilidad realizados por el Estado.
8. En virtud de lo anterior, es necesario distinguir las diversas hipótesis que se plantean en este campo, evitando calificaciones generales que pudieran resultar impertinentes. Así lo ha hecho la Corte Interamericana en la sentencia a la que se refiere este voto, con el fin de generar claridad acerca del valor de los actos realizados por el Estado en la etapa procesal que ahora analizamos, para favorecer la protección de los derechos humanos y la solución razonable de las controversias.
 9. La Corte distingue entre los actos que implican, por su naturaleza y forma, la admisión de hechos —que puede constituir una verdadera confesión—, y el reconocimiento de responsabilidades, de aquellos otros que solamente pretenden facilitar el avenimiento y moderar o eliminar la contienda. En este último caso, las expresiones del Estado no perjudicarán a éste si el conflicto llega al conocimiento de la Corte.
 10. En cambio, cuando exista un acto que materialmente entrañe, en forma clara y suficiente, la admisión de un hecho ilícito o el reconocimiento de la responsabilidad que de ahí deriva, el acto surtirá los efectos que naturalmente le corresponden, en perjuicio del Estado. En consecuencia, éste no podrá argumentar que carece de veracidad o eficacia lo que confesó o reconoció, entendiendo que tales confesión o reconocimiento sólo formaron parte de una “estrategia” destinada a impulsar una solución pactada.

III. PLAZO RAZONABLE

11. El plazo razonable para el desarrollo de un procedimiento, la realización de un acto o la emisión de una resolución es tema frecuentemente abordado por la jurisprudencia de la Corte. El Tribunal ha avanzado en el perfil del plazo razonable, acogiendo los datos que provee la jurisprudencia europea-complejidad del asunto, conducta procesal del interesado (sin cargar en la cuenta de éste, por supuesto, la responsabilidad por las dilaciones ni obstruir el empleo de medios legales de defensa) y el comportamiento de las autoridades (jurisdiccionales o de otra naturaleza). A todo ello, la Corte agregó una nueva referencia, a la que aludí en ocasiones anteriores: la consideración de la forma en que el transcurso del tiempo afecta el derecho comprometido.
12. La Corte no ha cifrado el tema del plazo razonable solamente en la medida del tiempo transcurrido —tantos días, meses o años—, considerada aisladamente. Es preciso ponderar el hecho en función de las características del asunto sujeto a trámite o decisión. De ahí que en diversos casos, entre ellos el presente, el Tribunal asocie expresamente la referencia a aquella medida temporal con estas características

materiales. Sólo así podrá apreciarse si el plazo corrido resulta o no razonable. Evidentemente, en algunos casos puede advertirse que cierto tiempo de tramitación es a todas luces excesivo, sobre todo cuando se trata de ponderar un procedimiento que debiera ser, por definición, sencillo y expedito, como lo requiere, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana. Cuando esto se acredita con llaneza, la Corte lo hace notar. En muchos casos se observa la necesidad de que los Estados reexaminen la regulación procesal y la aplicación material de estos medios de defensa para que correspondan, verdaderamente, a las disposiciones y a las finalidades del artículo 25.

IV. ADQUISICIÓN DE DERECHOS

13. Es relevante precisar, para resolver acerca de ciertas violaciones, cuándo se puede entender que una persona ha “adquirido” determinado derecho, que debe ser reconocido, respetado y asegurado por el poder público. Desde luego, no pretendo reconsiderar aquí la antigua doctrina de los derechos adquiridos y las simples expectativas de derecho, sino sólo definir, sin perder de vista la materia que ahora examino, cuáles son los supuestos jurídicos de los que deriva la titularidad de un derecho, que a partir de aquellos puede ser reclamado por el individuo que los “adquiere” y debe ser reconocido y atendido por el Estado.
14. Para este efecto hay que considerar —como lo ha hecho la Sentencia a la que acompaño este voto— tanto el ordenamiento legal o reglamentario que constituye el fundamento del derecho, a través de normas generales que determinan supuestos amplios, como el acto particular de aplicación de ese ordenamiento que reconoce o atribuye el derecho al sujeto que satisface las condiciones previstas en la norma. A partir de esta doble verificación —que necesariamente figura en los hechos de un caso contencioso de esta especie— será posible establecer que el sujeto se ha convertido en titular de un derecho —así, por ejemplo, el derecho de propiedad— cuya violación trae consigo responsabilidad del Estado.

V. PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

15. El representante de las víctimas suscitó la consideración de la Corte sobre la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, a partir de la variación de las percepciones cubiertas a aquéllos y derivadas de servicios prestados al Estado. Aun cuando la Corte no encontró, en la especie, incumplimiento del artículo 26 de la Con-

- vención Americana —conclusión que comparto— aquella invocación determinó nuevas reflexiones del Tribunal en torno a la progresividad de tales derechos y a su propia competencia para examinar esta materia.
16. Reconozco que la jurisprudencia de la Corte ha sido muy limitada, hasta hoy, en la referencia a los derechos de esta naturaleza. Este tratamiento no deriva solamente de una restringida justiciabilidad “explícita” conforme al *corpus juris* interamericano, que es ampliamente conocida, sino de las características de los casos que han llegado al conocimiento de la Corte y que constituyen, como es obvio, el marco dentro del que se mueve el Tribunal para llevar a cabo el examen de la Convención y del Protocolo de San Salvador.
 17. La Corte no puede atraer el conocimiento de asuntos cuyo flujo hacia la instancia jurisdiccional se realiza a través de una demanda. Aun así, el Tribunal ha examinado cuestiones que lindan con los derechos sociales, o de plano se identifican con éstos, a través del examen de violaciones a derechos recogidos en la Convención Americana, particularmente los relacionados con la propiedad, la tutela de la integridad (que se proyecta en temas de salud) o las medidas especiales de protección a los niños.
 18. En el caso que ahora me ocupa, el Tribunal ha avanzado, hasta donde lo estimó practicable, en consideraciones relativas a los DESC. Desde luego, reafirmó su competencia —que debe quedar bien establecida— para pronunciarse en torno a posibles incumplimientos del artículo 26. Esta materia se halla en el ámbito de las cuestiones concernientes a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, cuyo conocimiento y solución incumben a este Tribunal.
 19. Al internarse en este espacio, la Corte trajo a cuentas diversos pasos en la regulación interamericana de la materia, tomando en cuenta el proceso normativo que condujo a la formulación del artículo 26 y a su emplazamiento en el conjunto de la Convención, bajo el rubro de “derechos protegidos”. No se trata solamente, pues, de expresiones programáticas que induzcan políticas públicas, sino de fórmulas normativas que determinan el sentido y el contenido de esas políticas, de las disposiciones en las que éstas se expresan y de los actos en que unas y otras se concretan.
 20. La Corte cita, asimismo, el parecer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que han explorado la valoración sobre la progresividad de los derechos de este carácter y los indicadores que permitirían establecer y apreciar, razonablemente, tanto el progreso como el retroceso.

21. La Corte entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26 —norma imperiosa, no solo sugerencia política— ante instancias llamadas a pronunciarse sobre ese extremo, en el marco del Derecho interno o en el ámbito externo, conforme a las decisiones constitucionales y a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado. La valoración tiene dos dimensiones: la observancia de la progresividad, atenta al máximo esfuerzo para conseguirla, y la negación de la regresividad, que contraría los postulados y el espíritu del *corpus juris* de los derechos humanos y que también debe ser valorada por las jurisdicciones correspondientes.

CASO ESCHER Y OTROS VS. BRASIL,
del 6 de julio de 2009

1. Llegan a la Corte temas novedosos —para esta jurisdicción— que concurren a integrar el amplio catálogo de cuestiones sobre las que trabaja, en beneficio de los derechos y las libertades de los habitantes de América, una jurisprudencia en constante desarrollo. Ciertamente se halla pendiente la revisión de un buen número de asuntos que interesan al estatuto del ser humano contemporáneo y que aún no han sido llevados al conocimiento de la Corte por medio de opiniones consultivas o casos contenciosos. Sin embargo, a las transgresiones tradicionales, que han sido el punto de arranque de esa jurisprudencia, se han agregado, con creciente frecuencia, nuevas cuestiones que abren el espacio de la reflexión y de la tutela. Entre éstas figuran algunos extremos que la Corte Interamericana examina en la sentencia sobre el *Eschery otros vs. Brasil*, a la que agrego este voto.
2. Al lado de la vida, la integridad, la libertad, entre otros bienes de entidad mayor, se halla el extenso ámbito de la intimidad, región de la existencia que el orden jurídico de los derechos humanos —tanto el interno, desenvuelto en la preceptiva constitucional, como el internacional, depositado en el derecho internacional de los derechos humanos— pone a cubierto de injerencias indebidas. Se trata de un espacio que sólo gobierna el individuo, en el que éste asegura —o confía— su desenvolvimiento, labra su destino, cultiva sus libertades. Constituye una “zona reservada”, personalísima, solo transitable para su titular, que la preserva y gobierna. Este ámbito —dice la Corte— “se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” (párrafo 113 de la Sentencia).
3. En esa intimidad —área y escudo de protección— aparecen, se analizan y resuelven muchos temas de la vida, amparados —siempre relativamente— frente a las circunstancias y protegidos de otras voluntades. Es,

en suma, el espacio de reserva en el que se refugian las reflexiones y las decisiones, los pensamientos y los sentimientos, las experiencias y las esperanzas que informarán, en su hora, la conducta y el destino del ser humano. Ahí reside el individuo radical, en soledad y en libertad: frente al espejo en el que se contempla a sí mismo, sustraído a otras inquisiciones.

4. Por supuesto, la invasión de esta zona reservada confiere un poder inmenso a quien la practica y merma profundamente la autonomía de quien la padece. Ciertamente interesa preservar y desarrollar todos los derechos del creciente estatuto del ser humano, pero ninguno de ellos tendría suficiencia y lozanía si no arraigara en la intimidad de su titular. De ahí la importancia de preservar con eficaces garantías esta región profunda de la personalidad, y de ahí también la tentación creciente, cultivada por el autoritarismo de diversos signos —despotismo manifiesto o embozado— a trasponer la frontera de la intimidad, cautivar la zona reservada, someterla a escrutinio y disponer, a partir del conocimiento y la invasión, el destino de la persona. Es la forma principal, la más eficaz y expedita, de gobernar el pensamiento y la voluntad. Contra el derecho a ser “dejado en paz” —o dejado en soledad, en libre coloquio consigo mismo, al abrigo de solicitudes e imposiciones— avanza el poder de conocer, intervenir, influir, decidir, sin que la persona lo autorice, lo quiera o incluso lo sepa. A menudo, el invasor opera con sigilo.
5. El progreso de la ciencia y la técnica —al que se refiere la sentencia del *Caso Escher y otros*—, que provee instrumentos de protección, también puede traer consigo la vulnerabilidad del individuo, en tanto aporta medios o instrumentos de invasión que hace algunos años apenas sospechamos. Si en otro tiempo se temió la “posesión” por medios fantásticos, hoy día se practica, en una versión “moderna” ajena a la fantasía, por conductos cada vez más complejos, penetrantes e invasivos. Esto vulnera el “sagrario inviolable” de la persona, disuelve la intimidad, abre a los ojos y oídos del mundo la zona reservada; gravita, en fin de cuentas, sobre el curso entero de la existencia. El “hombre expuesto”, debilitado por la visibilidad indebida, desprovisto de autonomía, queda a merced del observador. Se actualiza, en suma, la operación panóptica de la existencia: el “ojo del hermano grande”, la mirada inquisitiva y total, no respeta fronteras. Los observadores miran, escuchan, inquietan, invaden, y finalmente disponen. Si se permitiese el curso libre de las injerencias asociadas al desenvolvimiento de la técnica, éste resultaría una “fatalidad” derivada del progreso, no un beneficio sujeto a regulación y control.
6. Es verdad que rechazamos el secreto en el que refugia el tirano su arbitrio insoportable. Condenamos el arcano que encierra las claves del autoritarismo. Reprobamos la opacidad en el ejercicio del poder

público. Exigimos —y logramos, paso a paso, también con el argumento que ofrecen los derechos humanos— transparencia en los actos de gobierno y en la conducta de los gobernantes. Enhorabuena. Pero al lado de esta claridad legítima acecha y avanza otra forma de observación: ésta no hace luz sobre la conducta del gobernante, sino invade la intimidad del gobernado, por obra de aquél, que así extiende sus poderes arbitrarios y anula o disuade, sin violencia ni mayor estrépito, el ejercicio de las libertades.

7. Existe, pues, un derecho a la vida privada, a la intimidad, a la incolumidad o integridad de aquella zona reservada de la existencia individual, la más profunda y discreta. No se trata solamente de amparar la buena fama, el prestigio, el honor, la admisión social del sujeto. El derecho a la intimidad —la privacidad, en su mejor expresión— existe con absoluta independencia de la fama o la posición social o pública de quien la tiene y disfruta. Es un bien en sí mismo, más allá de la lesión que cause el intruso, deliberadamente o no, en el goce y ejercicio de otros derechos, afectados por observaciones ilícitas o revelaciones indebidas.
8. Obviamente, estas invasiones pueden generar consecuencias lesivas o entrañar graves peligros en el disfrute y desempeño de otros derechos. De ser así, habría una doble lesión, como se observa en el mismo *Caso Escher y otros*, que pone de manifiesto la violación del derecho a la intimidad, por una parte, y su consecuencia —también violatoria— sobre el derecho de asociación libre y legítima. Por lo demás, la difusión ilícita del contenido de las comunicaciones extrema la violación, extiende el daño a la vida privada y cancela la intimidad.
9. Se ha dicho, con razón, que los derechos individuales no son absolutos. Es posible restringirlos, limitarlos, condicionar su ejercicio en función de bienes y exigencias de alto rango: derechos de terceros, bien común, por ejemplo. Sin embargo, esta frontera de los derechos individuales sólo cede bajo el control justificante y regulador de ciertos principios, exactamente los mismos que la Corte Interamericana ha explorado, con particular exigencia, cuando se refiere a las restricciones legítimas del derecho a la libertad, por ejemplo, a través de medidas cautelares: legalidad, necesidad (más aún, inevitabilidad: el medio empleado debe ser el único practicable), idoneidad, proporcionalidad, temporalidad. No hay restricción admisible cuando no quedan atendidos, en la especie, esos principios. Es preciso demostrar que el poder público ha considerado la aplicación de cada uno de ellos en el caso concreto, y que la restricción ha pasado esta prueba de legitimidad.
10. En la sentencia del *Caso Escher y otros*, el Tribunal interamericano revisa el tema de la interceptación telefónica con motivo —real o aparente— de investigación penal. Obviamente, la protección de la intimi-

dad no se limita a esta materia. Va mucho más allá del conocimiento ilícito de las conversaciones privadas por parte de terceros. Pero este conocimiento y la posterior difusión son el tema específico del *Caso Escher y otros*. La Corte no reprueba en forma absoluta la injerencia del poder público en el espacio de la libertad individual, la zona íntima y reservada, regularmente sustraída a invasiones o injerencias no conocidas, autorizadas y deseadas por el titular. Admite la posibilidad de llevar a cabo ciertas intervenciones, como se acepta, de mucho tiempo atrás, la invasión del domicilio —precisamente el “sagrario inviolable”—, la correspondencia, la circulación.

11. Ahora bien, la admisión de la injerencia queda condicionada a enérgicos requisitos, que marcan la frontera —en una sociedad democrática— entre el ejercicio legítimo de la autoridad y el abuso intolerable del poder. Entran en juego aquellos principios legitimadores de la conducta de la autoridad, cuya inobservancia entraña violación de derechos y trae consigo responsabilidad de quienes la cometen. Por supuesto, las exigencias que acotan la intervención en la intimidad del individuo, circunscriben la revelación de los hallazgos derivados de esa intervención. En el fondo, intervención y revelación son caras de una sola medalla: invasión de la vida privada, lícita o ilícita. La finalidad de justicia que pudiera justificar la interceptación —o la injerencia, en general, en espacios de la vida privada— cesa cuando sobreviene la difusión ilícita de información que debía quedar sólo en conocimiento y bajo el resguardo de la autoridad.
12. Es importante que estas cuestiones hayan quedado en el centro de la escena, a través de la sentencia de un tribunal de derechos humanos, porque en nuestra hora crecen las intervenciones en la intimidad, al paso que se multiplican las vías para practicarlas, no siempre con adhesión a los principios que hemos enunciado, conforme a estrictos procedimientos y bajo el control de las autoridades que debieran garantizar la protección de los derechos —singularmente, las autoridades judiciales—, todo ello dentro del discurso que contrapone, en una falsa antinomia, la seguridad pública y los derechos fundamentales. Esta retórica inadmisibles y peligrosa —que es preciso denunciar constantemente— propone la reducción de los derechos so pretexto de la seguridad, o amenaza con la reducción de la seguridad a causa de los derechos. En varias ocasiones he impugnado —y lo hago de nuevo— este falso dilema, que pone en riesgo el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, con agravio o peligro para todos.
13. Para favorecer sus excesos, las tiranías “clásicas” —permítaseme calificarlas así— que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio, invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia. En aquellas invocaciones había un manifiesto componente ideológico; atrás ope-

rabán intereses poderosos. Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia, para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad.

14. En este campo conviene analizar y valorar cualesquiera conductas que impliquen detrimento del derecho a la intimidad, no para desamparo de la sociedad —que sería absurdo—, sino para garantía de sus integrantes. Ya señalamos que hay cauces, principios, y condiciones para la restricción de los derechos. Fuera de esos cauces, al margen de esos principios, sin atención a esas condiciones, sólo el autoritarismo prospera. El “1984” orwelliano no ha quedado atrás, aunque el calendario diga otra cosa. Pudiera encontrarse adelante.

CASO ANZUALDO CASTRO VS. PERÚ,
del 22 de septiembre de 2009

1. La Corte Interamericana ha realizado un excelente desarrollo jurisprudencial en una materia particularmente relevante para los derechos humanos, transitada en múltiples ocasiones: la desaparición forzada de personas, a la que se refiere la Sentencia del *Caso Anzualdo Castro*, dictada el 22 de septiembre de 2009, que acompaño con este voto. Se trata de una violación —o un conjunto de violaciones, integradas en una sola figura jurídica— receptora de hechos particularmente odiosos, que han sido ampliamente reprobados por la jurisdicción interamericana, en forma constante y unánime.
2. La Sentencia del *Caso Anzualdo Castro* y mi voto personal se suman a esta corriente de reprobación sin reservas. La desaparición forzada corresponde a una práctica que ha sido frecuente bajo regímenes fuertemente autoritarios que actuán más allá de los límites estrictos que caracterizan al sistema penal democrático en el Estado de Derecho. Esto guarda parentesco, muy cercano por cierto, con el Derecho penal del enemigo, que construye un orden jurídico para sancionar, con disposiciones especiales, a los adversarios (los “no ciudadanos”). La desaparición y otras expresiones del mismo linaje reaccionan sin arreglo al Derecho, de manera automática y brutal: no juzgan, suprimen.
3. La desaparición forzada constituye —junto con las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las masacres y las alteraciones sistemáticas del debido proceso— la manifestación más característica de un autoritarismo desbordante y desafiante que parece hallarse en retirada. Empero, siempre acecha, aguardando los errores o las fatigas del Estado de Derecho para recuperar los territorios de los que se ha replegado.

4. El tema de la desaparición forzada estuvo presente en los primeros casos de los que conoció la Corte y se ha mantenido en otros litigios, como una constante dolorosa. A él se refieren algunas reservas a la Convención Americana o determinadas restricciones a la competencia material del tribunal, formuladas al tiempo de la suscripción de aquélla o del reconocimiento de la competencia contenciosa, límites que el propio tribunal ha examinado en ocasiones anteriores. La misma cuestión figura, por cierto, entre los temas que han sido fuente de reflexiones y controversias en el ámbito del Derecho penal internacional formalizado a través del Estatuto de Roma y los correspondientes elementos del crimen.
5. Hoy día, nuestro *corpus juris* regional cuenta con una convención sobre esta materia y el sistema mundial ha generado un instrumento de la misma naturaleza —posterior a aquélla— que refleja el reproche universal y establece sus términos. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas contiene, entre otras disposiciones, una caracterización de la desaparición forzada y confiere a la Corte competencia material para conocer de violaciones a los preceptos —y bienes jurídicos recogidos en ellos— que integran dicho tratado. Esa caracterización informa la elaboración de los tipos penales cuya incorporación es obligatoria para los Estados parte en aquella Convención, según ha manifestado la Corte, contribuyendo así a la plenitud de los ordenamientos nacionales bajo los estándares aportados en los documentos internacionales. En ésta y otras sentencias, la propia Corte ha instado a la adopción, como tipos penales, de las caracterizaciones de la desaparición contenidas en instrumentos internacionales vinculantes.
6. La evolución de la competencia material de la Corte Interamericana —competencia expansiva, que constituye un dato plausible de la creciente tutela jurisdiccional de los derechos humanos— abarca ya, además de la Convención Americana, en la que surge, otros instrumentos: Protocolo de San Salvador (en forma muy restringida, que amerita profunda revisión), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de Belém do Pará (que la Corte aplicó por primera vez en la innovadora Sentencia dictada en el *Caso del Penal Castro Castro*, competencia cuya explicación detallé en mi voto asociado a esa resolución) y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
7. Confío en que el futuro traiga otros supuestos de competencia contenciosa de la Corte, no sólo en relación con tratados o protocolos vigentes, sino a propósito de nuevos y deseables desarrollos del Derecho convencional de los derechos humanos, al que debieran ingresar, bajo forma de convenciones especiales, ciertos temas frecuentemen-

- te abordados. Algunos de ellos se alojan ya en la normativa mundial, y todos conciernen a materias o a grupos de personas cuya mejor tutela probablemente requiere tratados específicos atentos a sus características en el ámbito americano: indígenas, menores de edad, migrantes, debido proceso, adultos mayores, individuos privados de libertad, conductas relevantes desde la perspectiva bioética, etcétera.
8. Los integrantes de la Corte Interamericana que participaron en la emisión de las primeras sentencias en casos contenciosos —una generación de juzgadores que merece el mayor aprecio; siempre lo he manifestado y ahora lo reitero— prestaron un eminente servicio a la tutela jurisdiccional de los derechos humanos cuando examinaron, sin que hubiese convención sobre la materia, las características de la desaparición forzada. Esto ocurrió en el *Caso Velásquez Rodríguez*, que sigue presente en la consideración de quienes estudian y aplican el Derecho internacional de los derechos humanos. Fue en su hora —y sigue siendo, por su notoria trascendencia y la gran recepción que ha tenido en la jurisprudencia y la doctrina— un pronunciamiento señero que honra a quienes lo suscribieron y se instala en el cimiento de la notable jurisprudencia producida por la Corte Interamericana.
 9. En esa sentencia precursora, la Corte afirmó, entre otros conceptos, dos elementos centrales de la desaparición forzada, a saber: su carácter continuo o permanente (a la manera de los delitos de la misma condición, explorados por la teoría y la legislación penal, con diversas implicaciones) y su naturaleza pluriofensiva: violación de diversos derechos humanos. Esta doctrina del Tribunal coincide, por supuesto, con las caracterizaciones que se localizarían en los tratados a los que antes me referí. Sobre ella se ha construido —con expresiones interesantes— la jurisprudencia posterior de la Corte Interamericana, que por ahora desemboca en la sentencia del *Caso Anzualdo Castro*.
 10. Al concurrir con mis colegas en la aprobación de la sentencia del *Caso Anzualdo Castro*, debí reflexionar sobre determinados aspectos de la compleja figura de la desaparición forzada y formularme algunas preguntas, a las que respondí, en mi propio fuero, de la manera en que lo hizo la sentencia. Sin embargo, he caminado en el filo de la navaja. Algunas de estas preguntas subsisten. Deseo exponerlas de nuevo, como antes de ahora lo hice y hoy lo hago, sin revocar por ello las respuestas provisionales —o acaso definitivas, para la Corte y para mí, suscriptor también de la sentencia— que se hallan en el fundamento y el desarrollo de esta importante decisión jurisdiccional. Quizás debo envidiar —es sólo una expresión, por supuesto— a quienes nunca dudan y pueden pontificar a partir de certezas inamovibles. Yo dudo. La duda se resuelve, a menudo, con una referencia que inclina la balanza: *pro persona*, en el doble sentido del beneficio a la víctima de una violación específica y del desarrollo de la tutela general de los

- seres humanos. *Pro persona*, por supuesto, con fundamento razonable. Si no lo tuviera habría mero impulso, subjetividad, acaso arbitrariedad.
11. Que la desaparición forzada constituye una violación continua o permanente de varios derechos —y daría lo mismo si se tratara de un solo derecho o una sola libertad— no parece suscitar, hoy día, controversias mayores. Si seguimos la doctrina del delito continuo (acogiendo la saludable práctica, requerida por la razón, de mirar hacia el conjunto del Derecho histórico y actual a la hora de resolver casos particulares, y no pretender que el Derecho y sus conceptos se inauguran en cada sentencia que suscribimos) llegaremos a la conclusión de que la violencia sobre el bien jurídico acogido en la fórmula de un derecho o libertad se prolonga mientras persiste la conducta constitutiva de la violación (en otros términos, mientras perdura el comportamiento descrito en el tipo). No se trata de que subsista la consecuencia o el efecto de esa conducta —subsistencia obvia, como se observa en el caso del homicidio— sino de que esta misma perdure ininterrumpidamente y de tal suerte mantenga viva, vigente, actual, la violación de que se trata.
 12. Tampoco despierta mayores dudas, hoy día, la autonomía de la figura de desaparición, una vez que se presentan, concurrentes, las diversas conductas que la integran (así, privación de la libertad, negativa a reconocerla y a manifestar el paradero de la víctima). Estas aportan lesión a derechos específicos, que comportan la lesión general que caracteriza a la desaparición. De esta manera se conforman, con diversos elementos, el concepto y la caracterización de la desaparición forzada en los términos de las convenciones que la describen. Obviamente, pueden presentarse otras violaciones asimismo autónomas, que concurren a establecer el conjunto de transgresiones cometidas con una o varias conductas, sin que por ello pierdan la entidad que naturalmente les corresponde y se fundan en una sola.
 13. En cambio, no parece tan pacífica, y en efecto no lo es, la determinación del contenido que damos a las expresiones violación múltiple, violación plural, hecho pluriofensivo y otros términos de igual alcance e intención. ¿Qué derechos afecta esta figura? ¿Cuales son los conceptos de violación que abarca la desaparición forzada? ¿Debemos añadir conceptos de violación, a despecho de las caracterizaciones contenidas en una convención internacional —que estamos aplicando— y que son inherentes a la naturaleza de los hechos sujetos a examen y calificación? ¿Goza el intérprete de una suerte de libertad de “imaginación” para incluir o excluir elementos discrecionalmente, invocando necesidades de prevención y sanción que pueden atenderse, perfectamente, sin sacrificio de la norma y de la lógica y que pudieran desbordar la naturaleza de los hechos?

14. Para responder a estas interrogantes me parece indispensable aceptar una regla y desterrar una tentación. La regla que acojo es ésta: los derechos violentados por ciertos hechos descritos en la normativa de los derechos humanos son precisamente los que esa caracterización abarca, no otros, mientras éste no se modifique. Parece verdad de Perogrullo. Quizás lo sea. Pero no por eso se admite con espontaneidad y facilidad, ni se aceptan sus consecuencias. La tentación que es preciso desechar es ésta: acumular en la figura todos los derechos, todas las libertades que pudiéramos atraer con cierto esfuerzo de imaginación, ingenio o voluntad, bajo la creencia de que basta con decir que hay afectación de un derecho para que efectivamente la haya o de que la acumulación implica mayor reproche y mejor prevención, y que por este motivo libera al intérprete de ceñirse a la naturaleza y las fronteras de la figura que aplica.
15. La desaparición forzada afecta la libertad de la víctima y la posibilidad de acceder a la justicia. Estos son los derechos centrales, notorios, que la desaparición vulnera. Las caracterizaciones contenidas en los instrumentos internacionales militan en esa dirección, de manera precisa y clara. Si estuviésemos —que no lo estamos, pero la analogía ayuda— estableciendo la clasificación de delitos cometidos a través de cierto hecho que afecta bienes jurídicos sujetos a tutela penal, seguramente concluiríamos que hay delito contra la libertad y delito contra la justicia (bajo las expresiones que correspondan según la técnica de clasificación utilizada por los códigos de la materia). También podemos decir, dando un paso más allá de la descripción normativa precisa y puntual de los hechos, que la desaparición entraña lesión a la integridad psíquica de la víctima, en tanto genera en ésta —hay que presumirlo, pero es perfectamente razonable que se presuma— angustia, dolor, temor, sufrimiento, que son los datos característicos del ataque a la integridad psíquica. Esta conclusión no desborda los hechos de la desaparición, sino deriva naturalmente de ellos.
16. Hasta aquí lo que es evidente, y acaso bastante, para instalar, con solidez y suficiencia, la más enérgica condena y la más eficiente prevención y persecución de la desaparición forzada. Me valdré de otra referencia, sólo a título de ejemplo: el reproche que enderezamos contra el secuestro (y subrayo —entiéndase bien— que de ninguna manera pretendo diluir la desaparición en el secuestro: hace tiempo operó la distinción entre ambas figuras, distinción que suscribo) y la lucha frontal y eficaz que el Estado debe librar contra esta gravísima conducta criminal, no requieren que digamos además que el secuestro es simultáneamente homicidio, aunque eventualmente pueda culminar en éste, en cuyo caso habría concurso o acumulación de delitos.
17. En el párrafo anterior he adelantado elementos que interesan para alguna de las preguntas que formulé a propósito de la desaparición

forzada. Obviamente, la desaparición, que sustrae al sujeto de toda posibilidad de proseguir su vida ordinaria en las condiciones en que lo venía haciendo, le impide el ejercicio —no la titularidad, que es otra cosa, sino el ejercicio— de numerosos derechos y libertades. Por ejemplo, el desaparecido no puede participar en manifestaciones públicas, difundir su pensamiento con libertad en los medios de comunicación y ni siquiera en círculos reducidos, trasladarse de un lugar a otro, recibir los beneficios de las medidas especiales que se reconocen a niños y adolescentes, contraer matrimonio, administrar y disfrutar sus bienes, etcétera, etcétera, etcétera. ¿Podríamos colegir —insisto: es una pregunta— que la violación plural de derechos en que consiste la desaparición incluye necesariamente (y que así habríamos de declararlo) violaciones a los derechos de expresión, tránsito, familia, propiedad, que el desaparecido no puede ejercer precisamente en virtud de la privación de libertad y de acceso a la justicia que se le impone?

18. Estos interrogantes acerca de los derechos afectados por la desaparición (que todavía no se han extendido a la expresión, el tránsito, las medidas especiales de protección, la propiedad, el matrimonio y así sucesivamente, pero que podrían proyectarse sobre éstos, con la misma lógica), llevan a reflexionar en torno al derecho a la protección de la vida. Es notorio que muchos casos de desaparición concluyen en privación de la vida (y entonces concluye el secuestro, delito continuo, y se presenta el homicidio, delito instantáneo), del mismo modo que muchos secuestros culminan en homicidio del sujeto pasivo, que así se convierte, además, en sujeto pasivo del homicidio: dos conductas, dos tiempos, dos delitos (aunque algunos textos nacionales hablan de secuestro o violación “con resultado” de homicidio, olvidando que el secuestro tiene resultado de secuestro —es su naturaleza—, la violación lo tiene de violación y el homicidio lo tiene de homicidio).
19. Parece evidente que la desaparición forzada cesa cuando el desaparecido es hallado o cuando a la desaparición le sucede la privación de la vida. No pueden coexistir, es decir, correr simultáneamente, la privación arbitraria de la libertad y la privación de la vida. Desde luego, el hecho de que el desaparecido aparezca o fallezca no suprime aquella violación. En el segundo supuesto —privación arbitraria de la existencia— aparece una nueva violación, que se agrega a la anterior: habrá violación del derecho a la libertad y violación del derecho a la vida, pero no violación calificada —por la muerte de la víctima— a la libertad. Si un tribunal presumiera que el desaparecido ha muerto (tomando en cuenta el patrón de conducta del Estado represor o el tiempo transcurrido entre la desaparición y el examen judicial de este hecho) y diera efectos jurídicos plenos a esta presunción, en rigor es-

- taría sosteniendo que la desaparición ha concluido y en su lugar ha surgido otra situación y otra violación: privación arbitraria de la vida. Luego entraría a considerar ambas violaciones, sucesivas, y sus consecuencias.
20. El punto parece haberse resuelto —no sé si en definitiva o por ahora— a favor de la idea de que la desaparición forzada entraña afectación del derecho a la protección de la vida tomando en cuenta que esa desaparición suele conducir a la muerte. Esta consideración coloca la idea de riesgo en el centro de la escena. Para suponer que la muerte es el dato culminante de la desaparición, el analista observa, como dije, el patrón seguido en numerosos casos de desaparición, el contexto en el que ésta ocurre y la posibilidad de presumir, al cabo del tiempo, que el sujeto privado de libertad ha sido finalmente privado de la vida. Por lo tanto, se agrega a la inequívoca figura de desaparición un dato incierto, no probado, pero probable: el riesgo de violación de otro bien, aunque esta violación aún no se haya perpetrado (y tal vez ni siquiera intentado).
 21. En la misma línea de consideraciones, se añade que el Estado responsable de la desaparición ha violado el deber de garantizar el derecho a la vida. Esta obligación implica tomar —cosa que no ha ocurrido— todas las medidas necesarias para proteger ese derecho y evitar que se coloque en gravísimo riesgo. Bajo el mismo o muy parecido razonamiento, ¿se podría traer a colación otras violaciones, muy distintas y muy distantes, tomando en cuenta que los hechos demuestran, en el caso del desaparecido, que el Estado tampoco ha tomado las medidas necesarias para garantizar a éste el ejercicio de esos otros derechos a los que me he referido, sólo enunciativamente, en líneas anteriores?
 22. La sentencia a la que se refiere este voto introduce una novedad relevante. En efecto, considera que la desaparición forzada viola el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, captado en el artículo 3 de la Convención Americana. Esta afirmación de la sentencia también trae consigo interrogantes que me permito mencionar. Al apreciar que existe violación a ese precepto (no apenas en el caso concreto y por las circunstancias de éste, que pudieran ser suficientes para acreditar esa otra violación, sino en cualquier hipótesis de desaparición forzada, por sí misma), la Corte coincide con el planteamiento que han formulado, desde hace tiempo, algunos participantes en litigios ante la jurisdicción interamericana.
 23. Para apreciar si hay violación al artículo 3 es preciso observar las descripciones en curso sobre desaparición forzada: ¿incluyen en este rubro la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica? En seguida es indispensable establecer el supuesto en el que esa violación se instalaría, es decir, precisar en qué consiste la perso-

- nalidad jurídica, en primer término, y el referido derecho al reconocimiento, en segundo. La primera pregunta tiene respuesta fácil y segura: ni el Convenio de Naciones Unidas ni la Convención Interamericana de la materia contienen referencia alguna al derecho a la personalidad jurídica cuando describen la figura de desaparición forzada, ni explícita ni implícitamente. Hasta la emisión de la Sentencia a la que se agrega este voto, tampoco la había recogido la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Más bien, había considerado que la desaparición no implicaba lesión a aquel derecho.
24. Ya que no existe alusión clara y directa sobre este asunto en las convenciones y en los precedentes establecidos por el Tribunal interamericano, resulta preciso examinar si la desaparición incluye, por su propia naturaleza, la violación al derecho que aquí menciono. Esto es lo que ha hecho la Corte, no sin también recoger algunas afirmaciones sobre la violación al reconocimiento de la personalidad, tomadas de otras fuentes respetables.
25. Ahora bien, para asegurar que existe esa vulneración, considerando la naturaleza de la desaparición forzada, es menester definir, como antes dije, en qué consiste el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Generalmente se ha entendido —como lo estimó la propia Corte Interamericana— que la personalidad jurídica implica la capacidad del individuo para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas. De ser así, el reconocimiento de la personalidad jurídica significa la afirmación de que un individuo tiene la capacidad mencionada. El derecho al reconocimiento trae consigo la posibilidad de exigir el reconocimiento de la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones.
26. Nos hallamos, desde luego, ante un derecho de enorme relevancia. El Estado no podría privar a un ser humano de la facultad de adquirir derechos, aunque ciertamente pueda establecer modalidades legítimas para su ejercicio. Pero esto es otra cosa. La capacidad de ejercicio, vinculada con apreciaciones en torno a la edad, la salud mental y otros datos de hecho con efectos de derecho, no afecta, de suyo, la titularidad de los derechos. También es otra cosa —punto de hecho, no de derecho— la creación de obstáculos, la perturbación material, la negativa arbitraria del Estado en lo que respecta al ejercicio de los derechos.
27. Si esto es así —utilizo una fórmula condicional: “si es así”—, la desaparición forzada, hecho atribuible al Estado, no parece involucrar necesariamente un rechazo, retiro o desconocimiento de la titularidad de derechos, como la habría si se considerase a un individuo “cosa”, no “sujeto” (que acontece en el supuesto de esclavitud, por ejemplo) o se negase explícitamente la personalidad de un agregado social (como ha sucedido en hipótesis de grupos indígenas, que la

- Corte Interamericana ha examinado), con la consiguiente vulneración de derechos individuales que pudieran encontrar su fuente, su marco y su protección en los derechos colectivos del grupo al que se niega personalidad.
28. La Sentencia dictada en el *Caso Anzualdo Castro*, que suscita estos interrogantes, ha emprendido la aclaración del tema al amparo de ciertos conceptos que fundamentan, a juicio de la propia decisión, la tesis de que existe violación del artículo 3. No me refiero a las meras afirmaciones traídas de fuentes apreciables, sino a la argumentación con que el tribunal analiza el reconocimiento o el desconocimiento de la personalidad jurídica. Considera que esta conexión entre la desaparición forzada y la violación al artículo 3 de la Convención Americana constituye un dato de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, y analiza el desconocimiento de la personalidad jurídica por referencia a la posibilidad/imposibilidad de ejercer derechos.
 29. En este punto la Sentencia del *Caso Anzualdo Castro* estima que el sujeto desaparecido queda sustraído o excluido del orden o marco jurídico, habida cuenta de la situación en que se le coloca. Cae en una suerte de indeterminación jurídica, un limbo, un vacío, al margen de la protección de la ley. Se le priva de acceso a la justicia, a los recursos que ésta brinda, a la protección que provee (lo cual es cierto, como antes vimos, y se halla previsto en los tratados internacionales).
 30. La Sentencia abunda, pues, en la invocación de situaciones de hecho y en la narración de los infinitos y evidentes obstáculos que se oponen al ejercicio de los derechos que tiene la víctima. En algún momento indica, aunque no insista, que se niega al sujeto la capacidad para ser titular de derechos, eliminada o cancelada por un acto imputado al Estado. Sin embargo, el argumento principal señala la imposibilidad de ejercer derechos. Esta no proviene de un desconocimiento *de jure*, sino de una perturbación *de facto*.
 31. ¿Estamos hablando, pues, del desconocimiento de la personalidad jurídica, con todo lo que ésta significa, o estamos aludiendo a la extrema, gravísima obstrucción del ejercicio de los derechos, que incuestionablemente existe en la desaparición forzada? De ser esto último, se ataca el ejercicio de derechos cuya titularidad —prenda de la personalidad jurídica— se mantiene en el haber de la persona que ha desaparecido, pero no muerto. Subsiste entonces, la personalidad jurídica.
 32. No sobra recordar que el Derecho civil ha elaborado ciertas figuras conducentes a asegurar la existencia de derechos de quien desaparece (figuras históricamente generadas, es cierto, por sucesos diferentes de los que determinan la desaparición forzada que ataca los derechos a la libertad y al acceso a la justicia), como son la declaración de ausencia y, en el extremo, la presunción de muerte. Ahora bien, el decla-

rado ausente no queda privado de todo derecho —es decir, no se desconoce su personalidad jurídica—, sino sólo se advierte la imposibilidad en que se halla de ejercer derechos que tiene y no pierde, y se designa a determinado sujeto para que los ejerza o preserve mientras el ausente retorna. En suma, persiste su personalidad jurídica. Pongo énfasis en que no estoy equiparando estrictamente la ausencia en los términos de Derecho civil con la desaparición forzada en los términos de Derecho penal y Derecho internacional de los derechos humanos, sino invocando datos de aquélla que permiten observar la diferencia entre capacidad de titularidad y capacidad de ejercicio, precisamente en una situación que se caracteriza por la ausencia/desaparición del titular de derechos.

33. Quizás podría acudir a otro ejemplo. Cuando un agente del Estado lesiona gravemente a una persona, privándola enteramente de la capacidad de razonamiento e incluso de la conciencia, genera una situación que impide a la víctima, en forma total y absoluta, el ejercicio de cualquier derecho. Hay, por supuesto, violación del derecho a la integridad física. ¿Sostendremos que también existe violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica porque la víctima ha quedado, *de facto*, en una especie de limbo o vacío? Se dirá, desde luego, que otras personas pueden ejercer algunos derechos del lesionado, actuando a favor de éste. Eso mismo podría ocurrir en el caso del desaparecido.
34. Tal vez no se ha cerrado el análisis de los elementos que integran la desaparición forzada. Hay ámbitos pendientes de exploración cuidadosa. La existencia de argumentos en diversos sentidos, pero finalmente argumentos atendibles, más la consideración *pro persona* a la que antes me referí, pueden poner el gramo en la balanza que explica un voto. Este marcha, sin embargo, en el filo de la navaja. Un filo y una navaja estrictamente jurídicos, que en nada modifican el rechazo y la condena —mostrados en múltiples ocasiones— hacia la desaparición forzada, que constituye una crasa vulneración de la dignidad humana, como ha dicho la Corte y hemos reiterado sus integrantes. Debe ser reprobada, perseguida y sancionada sin pausa ni concesión.

CASO DACOSTA CADOGAN VS. BARBADOS,
del 24 de septiembre de 2009

1. El *Caso Da Costa Cadogan*, a cuya sentencia agrego este voto, brinda a la Corte una nueva oportunidad para reprobador la figura de la pena de muerte obligatoria o forzosa, que aún recogen algunas legislaciones nacionales y que contraviene —por los motivos expuestos por la

propia Corte en reiteradas ocasiones— los términos del artículo 4 de la Convención Americana. En efecto, esa figura de la normativa interna no permite reservar la pena capital para los delitos más graves, como dispone el precepto invocado, porque reúne bajo un mismo concepto de gravedad hechos ilícitos que debieran quedar alojados en distintos tipos penales y acarrear penas diferentes.

2. Conviene mencionar que no se trata solamente de individualizar las sanciones en casos específicos que se suscitan conforme a un mismo tipo penal, sino viene a cuentas la inadecuada previsión típica de las conductas punibles. En otros términos, la exigencia del artículo 4 se proyecta a un tiempo sobre la tipificación de la conducta y la selección de la pena, y sobre la individualización judicial para fines de condena. No siempre se ha destacado esta doble referencia. El análisis suele concentrarse en la segunda hipótesis y dejar al margen la primera.
3. Tomando en cuenta esta ponderación, parece pertinente analizar la posible violación del artículo 9 de la Convención Americana, en relación con el 2 y el 4. En efecto, la legalidad penal — formal y material, ambas recogidas por el concepto de ley sustentado por la Corte Interamericana — no se satisface con la mera previsión, razonablemente clara y unívoca, de una conducta punible. Es menester que esta tipificación atienda el conjunto de referencias contenidas en la Convención que legitiman o fundan una norma incriminadora. Por ello, el legislador interno está obligado a excluir de incriminación conductas que no deban constituir delitos, a establecer los tipos sobre aquellas cuya tipificación proviene de normas del Derecho internacional de los derechos humanos (así, genocidio, tortura, desaparición forzada, por ejemplo) y a deslindar en tipos penales diversos y con punibilidades distintas diferentes categoría de ilícitos que no deban recibir un mismo tratamiento (inclusive delitos del mismo género que ofrecen diversa gravedad, como homicidio simple, homicidio atenuado y homicidio calificado). Nada de esto es indiferente desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, de la proyección de éste sobre el orden penal interno, que debe ser “releído”, como han dicho algunos tratadistas, a la luz de aquél y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ya se ha pronunciado sobre esta cuestión precisamente a propósito de la pena de muerte forzosa u obligatoria.
4. Ahorraré mayores referencias a las razones en que se instala el criterio claro y constante de la Corte sobre la llamada pena de muerte obligatoria o forzosa, porque ha sido expuesto, como dije, en diversos momentos, lo cual determinó, inclusive, que el tribunal declinase responder a la opinión consultiva requerida por la Comisión Interamericana sobre esta materia, como se advierte en la Resolución dictada por la Corte el 24 de junio de 2005.

5. Ahora bien, la sentencia de *Da Costa Cadogan* permite a la Corte observar, como en efecto lo ha hecho, los buenos signos que se abren paso en el horizonte de la legislación nacional sobre la pena capital. Obviamente, el punto de llegada debiera ser la supresión total y definitiva de esta sanción, que muchas personas —a las que me sumo— han considerado y consideran en sí misma ilícita, además de probadamente ineficaz para alcanzar el objetivo que nominalmente se propone: reducción de la criminalidad. Debiera llegar el día en que un gran consenso universal —que por ahora no parece cercano— establezca la proscripción de la pena capital en el marco del *jus cogens*, como ha sucedido ya con la tortura.
6. Sin embargo, la abolición no figura en la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta acoge una tendencia en este sentido, pero no suprime la pena; sólo la reduce, minimiza, condiciona. Queda acotada, lo más que se pudo en la Conferencia de San José, en 1969, por límites de diverso carácter: a) sustantivos, en relación con los delitos a los que se aplica (punto en el que aparece el tema de la sanción capital obligatoria o necesaria); b) procesales, a propósito de las características del enjuiciamiento y de los medios impugnativos o sustitutivos que debieran observarse en este ámbito; c) subjetivos, en lo que toca a las personas —grupos o categorías de personas— a las que no es posible aplicar esa pena o que no podrían ser ejecutadas aun cuando se les hubiese impuesto, y d) por razones de desarrollo progresivo, en cuanto se proscribe la reimplantación de la pena capital una vez que ha sido suprimida.
7. La abolición que anhelaron los catorce Estados firmante de una declaración abolicionista presentada en la Conferencia de 1969 (inclusive algunos que demoraron en excluirla de la ley interna o que aún no lo han hecho), se ha replanteado en el protocolo específico sobre la materia. Cabe decir que no se trata, todavía, de una abolición completa, como sería deseable: sólo relativa, en tanto queda abierta la posibilidad de retener la pena de muerte para supuestos muy graves en situación de guerra. Por otra parte, llama la atención, en forma negativa, que el número de ratificaciones de este protocolo sea el más reducido entre los correspondientes a los instrumentos que integran el *corpus juris interamericano* de los derechos humanos: sólo 11 Estados lo han ratificado, en contraste —por ejemplo— con los 24 que han ratificado la propia Convención Americana o adherido a ella (número todavía muy reducido; la aspiración es y sigue siendo hacia la universalidad de los derechos y sus garantías: *derechos y tribunales para todos*) o la Convención para la eliminación de la violencia contra la mujer (Belem do Para), que ha conseguido 32 ratificaciones, el número más elevado en nuestra experiencia regional, del mismo modo que es muy elevado el número de Estados partes en la CEDAW.

8. En todo caso, hay que observar lo que antes llamé buenos signos en el horizonte, que se concretan en evoluciones recientes en países del Caribe. Debemos saludar con aprecio esos desarrollos y alentar su continuación. Forman parte de la recepción nacional, indispensable y por fortuna creciente, del Derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente del Derecho interamericano de los derechos humanos. Esta recepción está ocurriendo en años recientes, como varias veces he manifestado, por diversas vías eficaces: constitucional, legal, jurisdiccional, política y cultural. Es preciso que continúe. No podemos perder de vista que el sistema internacional de protección de los derechos humanos sólo posee carácter subsidiario o complementario de los sistemas nacionales de tutela. Es en éstos que se habrá de ganar la mayor batalla a favor de los derechos humanos, alentada por las fuerzas internas que militan por los derechos y apoyada por las instancias internacionales —como la Corte Interamericana— llamadas a realizar su propia tarea conforme a su naturaleza y atribuciones.
9. En algunos países del Caribe la pena de muerte se ha mantenido en vigor pese a disposiciones que no la favorecen contenidas en los textos constitucionales. Las disposiciones secundarias en materia penal, específicamente las que contemplan la sanción capital obligatoria, se han beneficiado de una suerte de inmunidad frente a las nuevas constituciones. Es el caso de Barbados, en lo que respecta a la Sección 2 de la Ley de delitos contra la persona, cuya constitucionalidad no puede ser impugnada porque lo impide la “cláusula de exclusión” contenida en el artículo 26 de la ley suprema. Es decir, la pena de muerte prevalece aun cuando entre en colisión con valores y principios acogidos en los textos constitucionales. Desde luego, la Corte Interamericana se ha pronunciado en contra de la prevalencia de las disposiciones secundarias que impiden la plena vigencia de normas constitucionales más favorecedoras del respeto y la protección de los derechos humanos. Por fortuna, algunos pronunciamientos de la justicia interna caribeña o del Privy Council han marchado en la misma dirección.
10. Es relevante el giro de la legislación sobre esta materia en Jamaica, que ha iniciado una nueva era. También lo es la determinación anunciada por el gobierno de Barbados, recogiendo decisiones de la Corte Interamericana, en el sentido de reformar su ley penal y ajustarla a los principios constitucionales, de manera que excluiría la pena de muerte obligatoria o forzosa. Es cierto que aún está pendiente la realización de estas reformas —y así lo hace notar la Corte Interamericana en la sentencia *Da Costa Cadogan* al considerar que existe violación al artículo 2 de la Convención Americana—, pero no lo es menos que se halla a la vista una explícita voluntad política, formalmente ex-

- presada y ampliamente comprometida, que permite suponer la pronta adopción de cambios de mayor cuantía en la legislación de Barbados.
11. En este voto quiero referirme a una cuestión relevante, a mi juicio, que también ha observado la Corte Interamericana en la sentencia analizada, a saber, la omisión del Estado en asegurar la más amplia defensa del inculpado que enfrenta la pena de muerte en virtud de la naturaleza del delito cometido y en atención a determinadas condiciones personales. Se trata, en fin, de la forma de entender y aplicar el debido proceso en este caso, y más todavía — a mi juicio —, en cualesquiera otros casos similares. Viene a cuentas, pues, la restricción de la pena de muerte derivada de cuestiones procesales, además de la proveniente de cuestiones sustantivas a las que aludí en los anteriores párrafos.
 12. Conforme a la vigente legislación barbadense (o más ampliamente, a la normativa de Barbados, para abarcar bajo este concepto tanto disposiciones recogidas en estatutos formales como emanadas de prácticas o criterios jurisprudenciales, en el marco del *common law*) no es aplicable la pena de muerte en el supuesto de personas que han cometido delitos sancionados con aquélla pero se hallaban afectadas, al momento de cometerlos, por alteraciones en su salud mental u otras situaciones (adicción a alcohol o drogas) a las que esa normativa asocia la misma consecuencia jurídica. Existen, pues, hipótesis de exclusión de la pena de muerte, que lógicamente constituyen presupuestos a considerar para conducir el proceso y emitir la sentencia. La presencia o ausencia de esas exclusiones influye en la alternativa que se ciere sobre el sujeto: vida o muerte, como dijo la Sentencia de la Corte.
 13. No se trata solamente de la capacidad del individuo para enfrentar el juicio con lucidez, y tampoco de su competencia para comparecer en el procedimiento oral y entender los cargos que se le dirigen. Esto, que es mucho, no lo es todo. Se trata de la pertinencia o impertinencia de emprender un procedimiento y formular unas pretensiones — ambas cosas a cargo del Estado — que desembocarán en la pena capital, o bien, por contraste, llevar adelante un procedimiento y arribar a unas consecuencias que no comportan esa gravísima sanción. En este sentido se puede hablar de la relevancia de la definición que se adopte como presupuesto de la actuación punitiva del Estado.
 14. Así las cosas, parece evidente que el Estado debe tomar en cuenta el régimen del Derecho internacional de los derechos humanos sobre el enjuiciamiento de personas que pudieran ser condenadas a la pena capital. Es claro que existen estándares muy exigentes en este ámbito, como se advierte en las Salvaguardas establecidas por las Naciones Unidas, de 1984, que demandan la más amplia defensa del imputado — puntos 4 y 5 —, y como se desprende del artículo 4 de la propia Convención Americana. El procedimiento penal debe ser particular-

- mente garantista, y en esta misma dirección —y bajo este mismo espíritu— debe moverse la actuación penal del Estado, a través de los diversos agentes públicos que intervienen en estos asuntos: policía, fiscalía, tribunal, entre otros. Ningún órgano del Estado se puede sustraer a estos imperiosos requerimientos.
15. El tribunal tiene a su cargo una función de garante de los derechos humanos del justiciable, que no puede soslayar. Así las cosas, la primera preocupación del tribunal en un caso como el que ocupó a la Corte debía ser la verificación puntual y precisa de que en efecto se hallaban satisfechas las condiciones en las que se basaba el enjuiciamiento que iniciaba, es decir, que efectivamente existían los presupuestos para emprender un juicio que culminaría en pena de muerte. Esto implicaba que el tribunal se cerciorase de que se había descartado, razonablemente, el presupuesto de exclusión de pena de muerte asociado a la salud mental del procesado en el momento de cometer el delito, en su caso, y no sólo al tiempo de comparecer en el juicio.
 16. Habida cuenta de la función de garante que recae en el juzgador y de los muy elevados estándares procesales en hipótesis de aplicación de la pena de muerte, aquél no podía ni debía depender de la diligencia y la pericia profesional del abogado defensor — también funcionario del Estado, por cierto —, sino debía asumir, por sí mismo, la verificación de ese presupuesto, ordenando un examen psiquiátrico adecuado para tal fin. Esto no excluye los deberes del defensor, pero las obligaciones del asistente legal tampoco relevan al tribunal de las que son inherentes a su elevada responsabilidad.
 17. Tómese en cuenta que el propio juzgador instruye al jurado para que considere la situación mental del reo como elemento importante para la formulación del veredicto. ¿Cómo podría hacerlo el jurado —un grupo de legos— si no se le ha dado información suficiente y clara —necesariamente información profesional, calificada— sobre este extremo, que no puede librarse a la discreción de los ciudadanos y ni siquiera del juez, que no es experto psiquiatra?
 18. No puedo secundar la idea de que conforme a las reglas estrictas del sistema procesal penal acusatorio el juzgador debe abstenerse de asumir iniciativas probatorias y aguardar a que las partes soliciten actuaciones que son notoriamente indispensables. Me refiero a la disposición de pruebas sobre extremos de lo que depende mucho más que una ventaja procesal secundaria: la definición misma sobre la pertinencia de un enjuiciamiento que culmina, por fuerza, en pena de muerte. Estimo inaceptable que el juzgador asuma una conducta pasiva en tal hipótesis —la omisión a la que se refirió la sentencia *DaCosta*—, que puede generar el más grave quebranto de las normas apli-

cables y traer consigo una injusticia. En esta situación, el tribunal —órgano que “administra justicia”— debe asumir la tutela efectiva del orden jurídico y no limitarse a esperar a que lo hagan otros participantes en el proceso. Por supuesto, la exigencia de iniciativa judicial no se contrae sólo a un caso, sino debe tener el carácter de regla general aplicable a todos los supuestos en los que concurren los elementos que lo justifican.

19. Comparto con mis colegas integrantes de la Corte Interamericana el avance que implica la sentencia en el *Caso Da Costa Cadogan* con respecto a la resolución equivalente en el *Caso Boyce*. Para rectificar la violación cometida en la especie, es necesario —por lo menos— modificar la pena impuesta. Esta modificación —un acto judicial por naturaleza— debe quedar a cargo de un tribunal, por medio de un procedimiento judicial. Vale insistir en que la aplicación de penas —y consecuentemente la modificación de las penas aplicadas— queda claramente dentro de las funciones judiciales. No basta el procedimiento administrativo de conmutación (sí ese fuere el caso) o el remedio del indulto, con su componente de “gracia”. Cuando los tribunales internacionales se han ocupado de la corrección de muy graves violaciones al debido proceso, han determinado que aquélla corra por el cauce judicial, con audiencia y defensa del sujeto afectado. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana.

CASO USÓN RAMÍREZ VS. VENEZUELA,
del 20 de noviembre de 2009

1. En la sentencia a la que concurro con este voto, la Corte Interamericana definió un criterio que había perfilado en ocasiones anteriores, pero no desarrollado puntualmente con sus naturales consecuencias. En otras oportunidades he sostenido la pertinencia de asumir ese criterio para el análisis y la decisión de un caso desde la perspectiva del debido proceso, cuando el problema fundamental se localiza en la ausencia del dato que figura a la cabeza del artículo 8 de la Convención Americana: actuación de un tribunal competente, independiente e imparcial, como derecho fundamental del justiciable.
2. Se sabe —y así lo ha manifestado la Corte— que el debido proceso implica el concurso de diversos elementos, cuya presencia asegura el acceso a la justicia, la amplia defensa del individuo, la tutela efectiva, la protección —en suma— de los derechos y las libertades a través del enjuiciamiento. En este sentido, el debido proceso constituye una condición o un instrumento indispensable para la protección de los derechos. Que concurren diversos elementos en el marco del debido

- proceso, no implica, sin embargo, que todos tengan la misma naturaleza y que su ausencia o menoscabo produzcan idénticos efectos sobre el enjuiciamiento.
3. La mayoría de los litigios llevados a la Corte Interamericana incluyen cuestiones relacionadas con el debido proceso, en sentido amplio, que ciertamente no se contrae a su marco principal —el artículo 8 de la Convención Americana—, sino convoca aplicaciones específicas a partir de otros preceptos, como los artículos 4, acerca de garantías en torno a la pena de muerte; 5, a propósito de la integridad; 7, sobre la libertad, y 25, en lo que respecta a la protección procesal de los derechos fundamentales, que no queda necesariamente absorbida, incorporada o subsumida en el artículo 8.
 4. Es preciso distinguir —como ahora lo hace la Corte— entre los diversos datos que abarca el artículo 8 bajo el rubro de “Garantías Judiciales” y que podemos acoger, para estos fines, en el concepto de debido proceso. Por una parte, el párrafo 1 se refiere a un amplio derecho, de alcance muy general, que viene al caso en la solución procesal —definición de derechos y determinación de deberes— en todo género de controversias, independientemente de su materia y de la especialidad, derivada de aquélla, de la autoridad con atribuciones jurisdiccionales que adoptará la decisión final. Me refiero al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, que es su juez natural, con observancia de determinadas garantías y dentro de un plazo razonable.
 5. Por otra parte, el párrafo 2 del mismo artículo contiene una relación de garantías dirigidas al enjuiciamiento penal, que adquieren especial significado bajo la llamada presunción —o principio— de inocencia. La jurisprudencia de la Corte ha destacado: a) que este catálogo constituye una relación mínima —como señala el propio precepto—, naturalmente sujeta a extensión pro persona por obra de ordenamientos nacionales o internacionales y de interpretaciones jurisprudenciales, y b) que las garantías enunciadas en ese párrafo pueden ser aplicadas a causas que no tienen carácter penal, en la medida en que ello sea posible y pertinente conforme a las características del procedimiento al que se trasladan. En esta doble dirección se ha orientado el progreso jurisprudencial de la Corte Interamericana, que también ha revisado —otro avance reciente— los puntos de referencia para la apreciación del factor de “razonabilidad” inherente al plazo que menciona el artículo 8.1.
 6. En mi concepto, existe una diferencia relevante entre el derecho o garantía (para los efectos de esta consideración no es necesario delindar entre ambas nociones) de juez natural que reconoce el párrafo 1 y las diversas garantías mínimas que enuncia el párrafo 2. En

efecto, la intervención de un juez competente, independiente e imparcial es un presupuesto del debido proceso. En ausencia de aquél, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal. Se trataría de un simple procedimiento que no satisface el derecho esencial del justiciable. No es posible suponer que éste puede ser juzgado y su litigio resuelto por cualquier persona u órgano que carece de esos atributos, y que el procedimiento que ante ellos se sigue merece la calificación de proceso y la resolución en la que culmina constituye una auténtica sentencia.

7. Así lo ha entendido o implicado la Corte Interamericana cuando examina el procedimiento seguido ante un órgano que carece de la competencia material o personal indispensable para conocer y sentenciar; por ejemplo, un tribunal militar que resuelve controversias ajenas a esta función o se pronuncia sobre individuos que no forman parte activa de las fuerzas armadas. En tales casos, la Corte ha dispuesto la invalidez del procedimiento y franqueado la puerta que conduce a un verdadero proceso. Por ello no existe afectación de la cosa juzgada —que no se produjo— ni de la prohibición de doble proceso por los mismos hechos o los mismos delitos —porque el primer procedimiento no fue, en rigor, un auténtico proceso a merced a la fórmula *ne bis in idem*.
8. Si en un procedimiento se hubiesen observado formalmente todas las garantías señaladas en el artículo 8.2 de la Convención Americana, pero no la garantía de juez natural prevista en el párrafo 1 de ese artículo, no se entendería que hubo debido proceso ni se aceptaría que su culminación constituyese sentencia definitiva. El rechazo proveniría de que todas las actuaciones fueron realizadas ante un órgano que no cumplía las condiciones del artículo 8.1, defecto insubsanable. Supongamos, por ejemplo, que el órgano dependiente, parcial e incompetente permitió al inculpado el tiempo y los medios para preparar su defensa. Haberlo hecho no dota a ese órgano de capacidad para resolver la controversia ni convalida la violación al artículo 8.1. Dicho brevemente, el justiciable no fue oído por quien debió oírlo.
9. No sucedería lo mismo, en cambio, si se satisfacen puntualmente los extremos del párrafo 1 del citado precepto, pero existe alguna vulneración de ciertas garantías previstas en el párrafo 2. En tal supuesto, sería admisible la reposición de actos o etapas del procedimiento, posiblemente ante la misma autoridad jurisdiccional que lo condujo, a condición de que la causa se tramite con apego a las garantías inicialmente desatendidas, en la medida en que esto sea jurídicamente necesario y posible. Digamos, por ejemplo, que no se brindó al inculpado la ocasión y los medios para preparar su defensa. Es factible, en principio, que se reponga el procedimiento o una parte de éste para

- satisfacer el derecho a la defensa. Dicho también brevemente, el justiciable fue oído por quien debió oírlo, pero no en la forma en que debió hacerlo. Será preciso rectificar la forma, no necesariamente deshechar al tribunal.
10. Así las cosas, cuando no intervino el juez natural, sino asumió el conocimiento un órgano que carecía de las atribuciones para ello, la Corte Interamericana puede declarar que no hubo debido proceso, por falta de su presupuesto esencial, y que ninguna actuación realizada en esas condiciones producirá los efectos jurídicos que arrojaría —esto es, la eficacia que tendría— si hubiese sido cumplida ante un juzgador dotado de atribuciones para conocer de esa causa. Si es así, no resulta indispensable declarar la existencia de otras violaciones procesales. Todos los actos se hallan tocados por el vicio en el origen del procedimiento. En cierto modo se trata —para emplear una expresión utilizada en cuestiones probatorias— de “frutos de un árbol envenenado”.
 11. Esto es lo que la Corte manifiesta en la sentencia del *Caso Usón Ramírez*, decisión similar —pero no idéntica— a otras que ha dictado en supuestos semejantes. Fue diferente la emitida en el *Caso Castillo Petruzzi*, una década atrás, en que la Corte Interamericana señaló que el tribunal de conocimiento carecía de competencia material y personal, así como de independencia e imparcialidad, y acto seguido analizó hechos constitutivos de diversas violaciones a las garantías específicas reconocidas en el artículo 8.2. El examen pormenorizado de las características que revestía cada violación tuvo especial relevancia en una etapa en que el Tribunal estaba formando una doctrina jurisprudencial extensa sobre el debido proceso en materia penal.
 12. Quiero poner énfasis en que la consideración que estoy desarrollando en apoyo del criterio adoptado por la Corte Interamericana en el *Caso Usón Ramírez*, no implica en absoluto —lo subrayo con ese énfasis— que el Tribunal no pueda o no deba revisar, además de la carencia de juez natural, los hechos violatorios específicos que hubiesen concurrido en el caso y analizar los factores que acreditan su incompatibilidad con las exigencias procesales igualmente específicas del artículo 8.2.
 13. Es perfectamente posible, y seguramente será deseable en la mayoría de los casos, o acaso en todos, que el Tribunal exponga las violaciones cometidas y reitere la interpretación de los términos contenidos en el artículo 8.2. Es así como actúa esta jurisdicción, atendiendo a su vocación tutelar y a las características de su misión jurisdiccional, cuando admite —más aún, propicia, con toda razón, como hemos visto en múltiples oportunidades— una amplia exposición de hechos y consideraciones jurídicas, que informan la sentencia misma, inclusi-

ve en los casos en que el Estado reconoce su responsabilidad, es decir, cuando concurren la confesión de los hechos y la admisión de las pretensiones —situación que solía identificarse sumariamente como “allanamiento”. En otros órdenes procesales, este reconocimiento determinaría la conclusión anticipada del proceso, sin más, a través del sobreseimiento. Afortunadamente, el nuevo reglamento de la Corte Interamericana ha cambiado la regulación de estos actos procesales y modificado conceptos que debían ser superados.

CASO SALVADOR CHIRIBOGA VS. ECUADOR,
del 3 de marzo de 2011

1. He concurrido con la mayoría de los integrantes de la Corte en la adopción de todos los puntos que abarca la sentencia de excepción preliminar y fondo del *Caso Salvador Chiriboga*, del 6 de mayo de 2008. Ahora coincido en varios puntos de la condena a reparaciones aprobada el 3 de marzo de 2011 y difiero en algunos. En este mismo sentido se han pronunciado otros colegas que intervinieron en esta resolución.
2. Quiero subrayar, como lo he hecho en otros casos, que mis reservas o discrepancias no implican desatención o rechazo para las buenas razones esgrimidas por quienes sustentan puntos de vista diferentes. Dejo a salvo —lo he hecho siempre, a lo largo de muchos años— la decisión mayoritaria del Tribunal y las reflexiones de sus integrantes, que siempre me han merecido aprecio y respeto.
3. No abrigo duda alguna (como se desprende de mi participación en la sentencia de excepción preliminar y fondo) sobre la violación del derecho a la propiedad, consagrado por el artículo 21 de la Convención Americana, en agravio de quien figura como víctima en el presente caso. Hubo violación. Es evidente. Es reprobable. Por ello fue objeto de declaración por el Tribunal y debe ser motivo de condena en la sentencia sobre reparaciones.
4. Tampoco tengo duda alguna acerca de la procedencia de reparar esa violación a través de una indemnización justa —entre otras medidas— como se deduce del artículo 21.2, en relación con los artículos 63.1 y 1.1, de la misma Convención, y como lo dispuso la Corte Interamericana en la citada sentencia del 6 de mayo de 2008.
5. La reparación patrimonial, bajo la forma de indemnización justa que compense a la víctima, sin generar enriquecimiento o empobrecimiento de ésta —así lo ha establecido la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana—, constituye la forma natural y acostumbrada de responder a la violación del derecho a la propiedad priva-

- da, referente al uso y goce de bienes, que en esta hipótesis son bienes materiales, inmobiliarios, afectados por medidas de expropiación por causa de interés social.
6. El monto de esa reparación indemnizatoria suele resultar de una apreciación fundada sobre el valor del bien material en cuestión, establecida con apoyo en factores objetivos que brinden razonable certeza. A ese monto es pertinente agregar otras cargas, como las relativas a intereses por el transcurso del tiempo sin satisfacción del derecho afectado. En este sentido, la apreciación sobre el valor de un objeto suele presentar problemas menores que los inherentes a la valoración para fines indemnizatorios de bienes de otra naturaleza, como la vida, la integridad, la libertad.
 7. Es altamente deseable que un litigio de estas características desemboque en una solución pactada, de buena fe y con equidad, entre la víctima y el Estado al que se imputa la violación y que efectivamente la ha cometido. Se trata, ciertamente, del espacio regular para la solución compositiva, tanto en lo que respecta al reconocimiento mismo de la violación cometida como en lo que atañe a la reparación debida. En otros casos es inoperante el acuerdo entre las partes. En éstos, en cambio, constituye la opción deseable y razonable.
 8. En la hipótesis de referencia, el acuerdo debía precisar el monto de la indemnización a cargo del Estado —que indudablemente se halla obligado a proveerla— y a favor de la víctima —que incuestionablemente es acreedora a esta prestación.
 9. La Corte Interamericana procuró alentar ese acuerdo, como se observa en los puntos decisorios 4 y 5 de la sentencia del 6 de mayo de 2008. En este sentido, propició la valoración del inmueble por un tercero competente para este fin, que mereciera la conformidad de las partes y tomara en cuenta los extremos a considerar con ese propósito, establecidos en la sentencia de fondo de la Corte. La búsqueda de una solución compositiva adecuada ha llevado más tiempo del inicialmente previsto.
 10. Los avalúos practicados antes del proceso ante la Corte Interamericana —inclusive los presentados a instancias nacionales— y en el curso de aquel proceso muestran profundas diferencias. Éstas se refieren tanto a la calificación sobre la naturaleza y uso del inmueble (que incide en su valor para efectos de indemnización) como a las cifras que resultan del examen practicado por los diversos peritos que intervinieron. Al respecto, es particularmente ilustrativo el párrafo 63 de la sentencia a la que se refiere este voto.
 11. En consecuencia, la Corte no ha contado con elementos de análisis claros, suficientes y aceptados por los litigantes. Por lo demás, la determinación última atañe en definitiva a la responsabilidad y misión

- del Tribunal, “perito de peritos”, y no se descarga en el parecer de los expertos o en la adopción más o menos automática de una especie de “promedio” entre cifras muy distantes entre sí, en lo que respecta a sus fundamentos y a su cuantía.
12. El Tribunal, que ya había manifestado disponer de la “facultad de verificar si (el) acuerdo (al que eventualmente llegaran el Estado y los representantes de la víctima) es conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, se vio finalmente ante un desacuerdo que le obligaba a tomar íntegramente la controversia sobre reparación y adoptar una decisión sin el apoyo que ofrecerían la decisión de las partes y la coincidencia (así fuese relativa) en el parecer de los peritos
 13. Así las cosas, se presentó la necesidad de resolver en equidad, según se menciona en el párrafo 84 de la sentencia del 3 de marzo de 2011. Ahora bien, las consecuencias de esta aplicación de la equidad a un problema que idealmente debió resolverse con otras referencias, cualitativas y cuantitativas —que no fue posible alcanzar, como ya se dijo— dividió la opinión de los juzgadores y ahora explica la emisión de consideraciones y sufragios separados.
 14. En mi concepto, la equidad —justicia del caso concreto, atenta a las características de éste— supone, en el litigio *sub judice*, una ponderación más penetrante sobre el conjunto de conceptos que explícita o implícitamente encierran los artículos 21.1, 21.2, 32.2 y 63.1 de la Convención Americana, dado que existe —siempre al abrigo de la equidad— la necesidad de moverse en un amplio espacio entre cifras muy distintas y muy distantes entre sí. Es preciso encontrar, en ese amplio espacio, alguna cifra que resulte razonable para el alcance de los fines a los que debe atender la Corte en esta oportunidad.
 15. Debo poner énfasis, para acotar la lectura de este voto particular, en que no estoy regresando, en modo alguno, a la materia de la sentencia de fondo, ni reconsiderando o releendo sus términos. Esta sentencia dijo lo que había que decir acerca de la legalidad material de la expropiación, la legalidad formal del procedimiento, la presencia de una causa de utilidad pública o de interés social y otros extremos de su incumbencia. Lo que procuro —a mi leal saber y entender— es deducir de la Convención y de la sentencia de fondo el sustento para la identificación de una cuantía razonable en concepto de indemnización.
 16. La Corte ha resuelto, por mayoría, cuál es esa cifra. No plantearé ninguna otra, pero sí manifestaré que en mi concepto la cantidad fijada en la sentencia del 3 de marzo pudo ser más moderada y de esta forma servir con mayor equidad a la solución del indudable problema que se presenta en la tensión entre el derecho de una persona a la propiedad privada y la expectativa social de la comunidad en cuyo bene-

- ficio se ha realizado la expropiación. Ambos objetivos son plausibles. Es preciso atenderlos, sobre todo cuando se trata de operar con equidad a falta de datos concluyentes de otro carácter.
17. Me parece que la propia Corte ha considerado algunas implicaciones de la decisión adoptada, que deberá ser cumplida por el Estado ecuatoriano, y quizás más específicamente —en términos prácticos— por la comunidad de Quito, que ahora enfrenta dos atenciones insoslayables: llevar adelante el proyecto ecológico que beneficiará la salud de esa comunidad y cubrir la indemnización que se debe —con plena justificación, porque deriva de la infracción a un derecho individual— a la víctima en este asunto.
 18. Digo que la Corte ha considerado de alguna manera —implícitamente— las circunstancias en las que opera y las consecuencias que tiene su sentencia, en tanto permitió que el Estado cubra la indemnización en un plazo de cinco años, sin que este diferimiento en el pago completo traiga consigo nuevas cargas por concepto de intereses. Creo que no se habría resuelto en esta forma si no se hubiese advertido y apreciado la tensión existente entre derechos respetables y la dificultad en pagar de una vez, o en un corto plazo, o con intereses por el transcurso del tiempo, una suma tan elevada (en las circunstancias que aquí se presentan), que acaso gravita muy severamente sobre las finanzas de la comunidad de Quito y en este sentido probablemente pesa sobre el alcance de un objetivo de interés social.
 19. No omitiré mencionar —recurriendo más bien a mi memoria que a información puntual sobre toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana— que esta condena por violación del derecho a la propiedad particular es la más elevada en la historia de aquélla a lo largo de treinta años. Nunca antes se ha dictado condena que se aproxime siquiera a ese monto en casos de ejecuciones extrajudiciales (de alguna o algunas personas, o masacres que privan de la vida a decenas o centenares de seres humanos), ni en supuestos de torturas o desapariciones forzadas.
 20. Por supuesto, la consideración que menciono en el párrafo anterior —que impulsó alguna de mis preocupaciones al estudiar el caso y meditar sobre la sentencia— no pretende cuestionar en modo alguno ni la existencia evidente de una violación a un derecho no menos respetable y amparable que cualquier otro contenido en la Convención, ni hacer de lado datos objetivos para valorar el daño causado (que no los hubo suficientemente en este caso, como no los hay —ni podría haberlos— a la hora de examinar para efectos de indemnización la pérdida de la vida, la lesión a la integridad, la supresión injusta de la libertad), ni reconsiderar el texto del artículo 21 y la decisión acogida en la sentencia de fondo, que yo suscribí.

MEDIDAS PROVISIONALES

ASUNTO JAMES Y OTROS. TRINIDAD Y TOBAGO.
Resolución del 29 de agosto de 1998

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.

*ASUNTO DE LA COMUNIDAD
DE PAZ DE SAN JOSÉ DE APARTADÓ. COLOMBIA.*
Resolución del 24 de noviembre de 2000

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 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 deter-

minada 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 atribuirsele dicha titularidad en forma que excluya a los otros sujetos que se hallan en la misma situación. En esas condiciones, 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” (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. Cançado Trindade en este mismo asunto).
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 “aproximi-

madamente 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”.

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).

*ASUNTO COMUNIDADES
DEL JIGUAMIANDÓ Y DEL CURBARADÓ. COLOMBIA.
Resolución del 6 de marzo de 2003*

1. 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.
2. 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 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”.

3. 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”.
4. 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.

ASUNTO PUEBLO INDÍGENA KANKUAMO. COLOMBIA.

Resolución del 5 de julio de 2004

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 consecuente 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 acompaño 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.

ASUNTO DEL PUEBLO INDÍGENA DE SARAYAKU. ECUADOR.

Resolución del 6 de julio de 2004

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 consecuente 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 enjuicia-

- miento —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. Dificilmente 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 acompaño este voto, se aprecian las condiciones que permiten disponer medidas provisionales bajo el criterio adoptado en San José de Apar-

tadó. 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.

ASUNTO DIARIOS
“EL NACIONAL” Y “ASÍ ES LA NOTICIA”. VENEZUELA.
Resolución del 6 de julio de 2004

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 consecuente 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 determi-

nantes 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 acompaño 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.

ASUNTO DE LA CÁRCEL DE URSO BRANCO. BRASIL.
Resolución del 7 de julio de 2004

1. 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.
2. 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.
3. No obstante las reiteradas instancias de la Corte Interamericana, no se ha logrado la corrección de las condiciones prevalecientes 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.
4. 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.
5. 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

- competente, conforme a la legislación nacional, a las instancias locales, no a las autoridades federales.
6. 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.
 7. 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.
 8. 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 preserva-

- ción 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.
9. 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.
 10. 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.
 11. 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.

12. 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.
13. 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.

*ASUNTO DE LA EMISORA
DE TELEVISIÓN “GLOBOVISIÓN”. VENEZUELA.*

Resolución del 4 de septiembre de 2004

En el presente voto reitero las consideraciones que expuse en mis votos razonados concurrentes que acompañan las Resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de las medidas provisionales en el *Caso del Pueblo Indígena Kankuamo* (Resolución de 5 de julio de 2004), en el *Caso de los diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia”* (Resolución de 6 de julio de 2004) y en el *Caso del Pueblo Indígena de Sarayaku* (Resolución de 6 de julio de 2004), consideraciones que reitero a continuación.

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 consecuente 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 acompañé este voto, así como en el caso de la emisora de televisión “Globovisión”, se aprecian las condiciones que permiten disponer medidas provisionales bajo el criterio adoptado en San José de Apartadó. En todos esos casos 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 (*Caso del Pueblo Indígena Kankuamo* y *Caso del Pueblo Indígena de Sarayaku*) se trató de grupos étnicos, y tanto en el *Caso de los diarios “El Nacional”* y *“Así es la Noticia”* como en el presente caso de la emisora de televisión “Globovisión”, se trata de los trabajadores de dichos medios de comunicación, y de las otras personas que se encuentren en sus instalaciones o que estén directamente vinculadas a la operación periodística de esos medios. 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.

ASUNTO DE LAS PENITENCIARIAS DE MENDOZA. ARGENTINA.

Resolución del 18 de junio de 2005

1. Con creciente frecuencia y con características invariablemente graves —que llegan a ser catastróficas— se presentan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos problemas relacionados con la vida carcelaria. Los reclusos —“pobres entre los pobres”, que dijo Francesco Carnelutti— se hallan sujetos a los mayores riesgos y daños: sobre ellos se vuelca, como sobre ningún otro grupo humano, el aparato punitivo del Estado. En esas “instituciones totales” —la prisión preventiva, sobreutilizada, y la prisión punitiva, extremada— la

- existencia de los reclusos se halla minuciosamente subordinada a las exigencias del cautiverio; exigencias arbitrarias, ilimitadas, inagotables, que suelen quedar fuera del control inmediato —pero no de la inmediata responsabilidad— de los funcionarios a cargo de la prisión y del Estado en cuyo nombre actúan —u omiten— éstos.
2. De ahí que en el mismo Tribunal Interamericano se haya puesto el acento sobre lo que llamamos la calidad de garante del Estado, una expresión generalmente utilizada —si se atiende al diccionario de las voces penales— para referirse a la comisión por omisión: calidad de quien debe responder por ciertos resultados, en virtud de las obligaciones de custodia que asume o se le atribuyen en forma vinculante. Este es el caso, precisamente, cuando se trata del Estado carcelero: el interno, como se suele denominar al prisionero, con lujo de eufemismo, queda a merced del custodio —lato sensu—, en cuanto sus derechos se hallan diluidos, suprimidos, enrarecidos de facto. Carece de los medios para hacerlos valer. Depende de la voluntad del funcionario, que puede ser benévolo o tiránico; o bien, queda a merced de las circunstancias en el frecuente supuesto de que el custodio abdique de sus atribuciones como autoridad del encierro y permita que las cosas sucedan como la fortuna lo disponga.
 3. En el numeroso conjunto de las resoluciones de la Corte Interamericana relativas a violaciones o probables violaciones en ocasión del cautiverio, quiero recordar ahora la adoptada sobre medidas provisionales en relación con la prisión de Urso Branco, Estado de Rondônia, Brasil, el 7 de julio de 2004. En ese lugar se habían presentado acciones desbordantes y reiteradas que costaron la vida a numerosos reclusos. Sucedió en diversas ocasiones, sin que hubiese poder —el “poder del Estado”— que lo evitara. Para enfrentar estos problemas, y otros más que se producían sistemáticamente, se planteó un proyecto de reforma extensa. Bien que así fuera, y todavía mejor que así se hiciera. Era indispensable, sin embargo, que las autoridades pusieran su mayor empeño, verdaderamente, en la preservación inmediata y franca de la vida y la integridad de los reclusos y de otras personas en el interior de la cárcel. La satisfacción de esta exigencia no admitía demora alguna. Así lo señalé —sin perjuicio de ponderar otras medidas de mediano o largo plazo— al cabo de la correspondiente audiencia pública, que presidí.
 4. Dije entonces: “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”.

5. En las prisiones de Mendoza, a las que se refiere el caso de medidas provisionales clasificado con ese nombre, han ocurrido hechos similares a los que observamos en Urso Branco. De ahí la celebración de una audiencia pública de la Corte Interamericana el 11 de mayo de 2005, en Asunción, Paraguay, para examinar este punto, y de ahí la nueva resolución, a la que agregó este voto, que confirma las medidas provisionales adoptadas previamente y otras varias que fueron materia de acuerdo entre el Estado —federal y provincial—, la Comisión Interamericana y los representantes de los destinatarios de las medidas.
6. En este caso, conviene recordar —como se hace en el cuerpo de la resolución del 18 de junio de 2005— que en el curso de la audiencia pública se presentó una saludable convergencia de los participantes en torno al diagnóstico sombrío y a la necesidad de actuar de consuno para evitar nuevas desgracias y reformar, de veras y a fondo, el sistema carcelario en Mendoza. Esta coincidencia significó un viento fresco en el tratamiento del problema y puede representar, si se traduce en hechos concretos y constantes y no declina, el principio de una solución genuina.
7. Tras escuchar las alegaciones de los participantes, estimé conveniente abrir un receso y dejar que aquéllos mismos examinaran y propusieran medidas que pudiera adoptar la Corte. “Debo destacar —observé— que no hay diferencias profundas y ni siquiera importantes en cuanto al diagnóstico de la situación, a la apreciación de los hechos, de sus características y de su extraordinaria gravedad, que ha sido ponderada por todas las partes. Tampoco parece haber (...) diferencia mayor en cuanto a los propósitos a los que debiéramos atender dentro de esto que se ha llamado un equipo de trabajo y, en todo caso, un grupo de instituciones preocupadas por alcanzar un mismo objetivo”.
8. Así las cosas, y sin perjuicio de examinar la adecuada especificidad de las medidas que adoptaría la Corte, como requirieron algunos participantes, me pareció pertinente exhortarlos —cosa infrecuente en estas diligencias, pero indispensable, a mi juicio, en este caso— a sugerir un acuerdo y poner manos a la obra, ellas mismas: “Escuchemos qué es lo que proponen las partes, en la inteligencia de que (...) entendemos todos que no puede haber una sola muerte más, una sola

- afectación más a la integridad física, psíquica o moral de ningún recluso en las prisiones de las que nos hemos ocupado. Esto debiera enfrentarse y resolverse de una manera inmediata y terminante. Otras cosas pueden aceptar cierto iter, ciertos tiempos, cierta progresión (...); ésta no. Fueron los mismos términos, pues, de mi requerimiento en la audiencia de Urso Branco.
9. He invocado el antecedente de la prisión brasileña y las expresiones vertidas en la diligencia sobre los reclusorios de Mendoza, porque estimo que ahí se halla la primera, más urgente, necesaria, indiferible medida provisional a cargo del Estado, impuesta por la resolución de la Corte: ni una muerte más, ni una lesión más. Esta obligación es inmediata y terminante. No admite excusa ni demora. Otras pueden cumplirse en determinado plazo, siempre con diligencia, mediante acciones sucesivas; producirán resultados graduales, paulatinos. Lo entiendo, por las características de estas otras medidas. Pero no podrá haber espera alguna en la tutela de la vida y la integridad. Este deber no acepta cumplimiento progresivo.
 10. Ahora bien, ya que se había señalado esa obligación perentoria, podíamos ingresar —sin solución de continuidad, por supuesto— en la adopción de otras medidas, consecuentes con nuestra preocupación compartida: medidas más complejas, que debidamente unidas y bien desarrolladas permitieran establecer un horizonte digno para la función penitenciaria en Mendoza —pero no sólo en Mendoza— y emprender, con tal designio, acciones enérgicas, razonables y eficientes. Si se trata de ir al fondo de los problemas, con soluciones realmente profundas, es preciso repensar, replantear, el tema de las prisiones e iniciar una nueva etapa en esta historia deplorable. De ahí mi segundo señalamiento —una vez establecida la tutela inmediata de la vida y la integridad de las personas— en una conclusión relativamente amplia y con una invitación formulada desde mi antigua experiencia como funcionario penitenciario, que me demostró que es posible, absolutamente posible, establecer nuevas condiciones de vida en prisión, mientras llega el momento de que ésta desaparezca.
 11. Señalé —y lo transcribo, porque este es el sentido de mi voto concurrente, la razón de mi sufragio, la forma que tengo de entender y sostener la resolución de la Corte— que “el drama carcelario no es un drama de Mendoza o de Argentina, ni siquiera un drama de América Latina; es un problema universal que reviste características específicas en distintos países y en diversos continentes, (y) debiera preocupar —mucho, por cierto— a todas las mujeres y los hombres en el mundo entero.
 12. A “veces, de profundas crisis —como la que hemos contemplado en estas prisiones— pueden surgir iniciativas y remedios valiosos. Argen-

- tina ha sido, por lo demás, un país de avanzada en muchas iniciativas plausibles. Aunque se trate de un asunto de otro orden, estaba yo pensando en que hace muchos años ante una grave tensión estudiantil, una ciudad argentina generó las condiciones para una magna reforma universitaria que se expandió por (...) América Latina.
13. “¿Por qué no pensar que esta crisis carcelaria (...) tan profunda, que Argentina comparte con otros países, puede dar lugar a una también profunda reforma penitenciaria? ¿Por qué no pensar, con gran ambición —y quizá con visión— que a partir de la experiencia que aquí estamos viviendo y compartiendo, se puede generar una iniciativa plausible que agite las conciencias en toda América, como alguna vez las agitaron los estudiantes argentinos; que recupere el viejo espíritu penitenciarista de la Argentina, el espíritu de José Ingenieros, y que introduzca, establezca, caminos de renovación para las cárceles de América?
 14. “Afortunadamente —añadí— aquí no se ha propuesto solamente erigir pabellones y mejorar las condiciones físicas de las cárceles. Sería quizá importante, pero decepcionante, que conviniésemos en construir una nueva prisión. ¡Tenemos que convenir en construir la nueva prisión mientras llega el momento de abolir la prisión!
 15. “Se ha dicho, y convengo, que hay que establecer un sistema penitenciario. Esto implica más que piedras y ladrillos. Implica un espíritu, un espíritu del Estado, un espíritu público, en relación con los hombres privados de libertad. En suma, quizá a partir de aquí, con las iniciativas que resulten de aquí y con el ejemplo que pueda lograr en condiciones críticas la República de Argentina, se pueda emprender un vasto proceso de reforma penitenciaria, que pasa por convenciones y por instrumentos, por discursos y por declaraciones, pero que necesariamente transita también —como lo ha expresado el Juez Abreu Burelli— por la conducta, por la actitud de los Estados, estimulados unos por otros, para establecer una nueva circunstancia carcelaria.
 16. Lo dije subrayadamente, “porque (...) el tema de la violación de derechos humanos en la circunstancia de las prisiones se ha convertido en uno de los temas más apremiantes y más graves que contempla la Corte, quizá también la Comisión (Interamericana de Derechos Humanos). Han llegado cada vez con más abundancia y severidad casos al conocimiento de la Corte —(por la) vía de medidas provisionales o litigios de fondo— que versan sobre lo que he llamado el drama carcelario. Esto no puede seguir así. Evidentemente hay que salir al paso de esta situación y hay que hacerlo con medidas profundas, no solamente con paliativos. ¿Por qué no usar la referencia argentina que tenemos a la vista, la buena voluntad expresada por el gobierno de la Argentina —tanto el nacional como el provincial—, la entusiasta iniciativa de la Comisión Interamericana y el conocimiento y emoción

- de los peticionarios? ¿Por qué no usar todo esto, a lo que la Corte ciertamente sumaría su influencia, para movilizar conciencias y crear la nueva prisión, insisto, mientras se abole la prisión en su conjunto?
17. “Tal vez este podría ser el producto mejor y mayor, sin descuidar lo que pase en los penales argentinos, de este esfuerzo por medidas provisionales y la menor manera de que ‘no aremos en el mar’. Se nos ha invitado a no arar en el mar; pensemos en qué significa esto, no solamente a escala de las prisiones que tenemos a la vista, sino de las prisiones en general y de los hombres vencidos que las pueblan”.
 18. En los considerandos de la resolución dictada por la Corte Interamericana el 18 de junio de 2005, a la que este voto concurre, se cita una decisión de la respetable Corte Suprema de Justicia de la Argentina, relacionada con un recurso de habeas corpus interpuesto a favor de la totalidad de los detenidos que se hallaban en establecimientos policiales sobrepoblados y en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. En esa decisión argentina, del 3 de mayo de 2005, esto es, de muy poco tiempo antes de la audiencia de la Corte Interamericana en Asunción, Paraguay, y de la presente resolución sobre medidas provisionales, se examinó con detenimiento la responsabilidad del Estado con respecto a los individuos privados de libertad, se puso énfasis en “la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros”, y se instruyó a diversos tribunales, en función de responsabilidad internacional adquirida por el Gobierno Federal “para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda”.
 19. Espero que el cumplimiento de las medidas dispuestas ahora por la Corte Interamericana, que amplían y complementan las adoptadas previamente —en resolución del 3 de noviembre del 2004— y atraen al texto de nuestra actual resolución los compromisos expresamente adoptados por los participantes en la memorable audiencia del 11 de mayo del 2005, se valga de la favorable disposición mostrada entonces por esos participantes: hubo manifestaciones de voluntad, que obligan —como obliga la resolución de este Tribunal— a mantener vivo el empeño de renovar las condiciones de los reclusorios de Mendoza y, más todavía, a llevar adelante el proceso de reforma penitenciaria que es condición para la puntual observancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en esta materia. A la cabeza de todo esto se halla, desde luego, la obligación indiferible de proteger vida e integridad de quienes ocupan esas prisiones o acuden a ellas.

ASUNTO DE LAS PENITENCIARIAS DE MENDOZA. ARGENTINA.

Resolución del 30 de marzo de 2006

1. De nueva cuenta se plantean ante la Corte Interamericana, por lo pronto a través de una solicitud —reiterada y quizás esperanzada, todavía—, los gravísimos problemas que se abaten sobre las prisiones de muchos países. En la especie se trata, una vez más, de los reclusorios de Mendoza, pero antes de ahora —¿y después?— han aparecido cuestiones de idéntica naturaleza con respecto a muchos reclusorios americanos y sus infortunados habitantes. Sobre esto volverá la Corte, en breve, cuando conozca en audiencia pública —en el XXVIII Período Extraordinario de Sesiones que habrá de celebrarse en Buenos Aires—, el *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, a título de asunto contencioso.
2. El perfil de los temas llevados ante la jurisdicción de la Corte, como casos contenciosos o medidas provisionales, pone de manifiesto la presencia y el crecimiento del drama carcelario, que a menudo se traduce en violaciones insoportables, desmesuradas, de los derechos humanos de quienes se hallan privados de la libertad, e incluso de otras personas que viven y padecen en torno a aquéllas en la vecindad de las “casas de los muertos”. No es posible dejar de lado, minimizar, desatender este ámbito de violaciones actuales o potenciales. Todas requieren atención urgente, es verdad, pero en estas hipótesis la urgencia parece tener un acento especial, característico, que crece y desborda los proyectos elaborados para enfrentarla y resolverla. Afecta a centenares o millares de seres humanos, cuyos bienes corren incesante peligro o sufren daños constantes.
3. Por lo anterior, en el Informe que presenté el 10 de marzo de este mismo año, en nombre de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos, destiné un párrafo específico, excepcionalmente, a llamar la atención de los distinguidos delegados —es decir, de los Estados ahí representados— sobre la cuestión que ahora nos preocupa. Dije en ese Informe que: “(e)n diversos casos se ha observado que existe una verdadera crisis en el sistema de reclusorios para adultos y menores de edad. Esta crisis se traduce en extremada violencia y genera riesgos constantemente señalados. La Corte ha dictado resoluciones sobre medidas provisionales en las que se formulan diversas observaciones a este respecto y se urge a las autoridades a revisar a fondo el sistema de reclusorios. Parece indispensable que la Organización y los Estados dediquen especial atención al examen de este problema y provean soluciones inmediatas y progresivas, según las circunstancias”. Al expresarme en esos términos mencioné los su-

puestos que sustentaban la preocupación manifestada: en 2005, la Corte dictó medidas provisionales en varios casos concernientes a reclusorios: Penitenciarías de Mendoza (Argentina) y Complexo do Tatuapé de FEBEM (Brasil). En 2006 adoptó medidas provisionales en el *Caso de la Cárcel de La Pica* (Venezuela).

4. Pocos días después de la presentación de aquel Informe se suscitaron nuevos acontecimientos en los reclusorios de Mendoza —o bien, se mantuvieron los antiguos hechos, con características de extrema gravedad y urgencia y riesgo de daños irreparables para las personas—, que han dado materia a la audiencia que se realizó en el XXVII Período Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana en Brasilia, que corre en la línea abierta por la memorable audiencia acerca del mismo tema en el Período Extraordinario de Sesiones de Asunción, Paraguay, hace cerca de un año.
5. En este punto conviene hacer un deslinde entre las categorías de individuos privados de libertad y los problemas que éstos padecen. Por un lado hay que mencionar a los detenidos, sujetos a la investigación de reales o supuestos delitos; por otro, a los inculpados que se hallan en prisión preventiva —los “presos sin condena”, cuyo número, como proporción del conjunto de reclusos, es verdaderamente excesivo—; y finalmente, a los reos que cumplen condenas impuestas por las autoridades judiciales y se hallan sujetos, en tal virtud, a la “prisión punitiva”, no sólo cautelar o preventiva. Dejo aparte a otros sujetos sometidos a internamiento por motivos diferentes: los enfermos mentales, por ejemplo, y los menores de edad a quienes se aplican —racional o irracionalmente— medidas institucionales.
6. Este amplio conjunto de personas se halla en ese filo de la navaja, esa región sombría en la que entran en contacto —y colisión, con la mayor frecuencia— el ser humano y el Estado; dos contendientes con muy distinta fuerza y diferentes títulos, que inmediatamente parecen descalificar a uno y avalar a otro, para múltiples efectos. Aquél es visto como “enemigo social”, “sujeto peligroso”, “castigado” o “segregado”, cuyos derechos y poderes se hallan restringidos, sujetos a control y sospecha; el otro es apreciado como defensor de las instituciones y administrador de la ley y los castigos, que opera en nombre de la sociedad y explica el desempeño de la fuerza. Nos hallamos, pues, en lo que he denominado la “zona crítica” de los derechos humanos, donde éstos corren inmenso riesgo y el ser humano puede naufragar en definitiva.
7. En el presente caso no abordó los problemas de la investigación violatoria de derechos, a la que se ha referido la Corte en numerosos pronunciamientos, sino los de la “vida en prisión”: los sucesos del cautiverio en la hora del proceso o la ejecución de penas. Se trata, en

cierto modo, de afectación masiva y crónica de los derechos, a diferencia de la mayoría de las transgresiones que ocurren en otros espacios, que afectan a un individuo o a unos cuantos y se consuman o agotan en un breve período. Las que aparecen en los reclusorios son colectivas e inagotables. Obviamente, la vida en prisión no se halla extraída —como si fuera tierra de nadie; espacio para la exclusión de los derechos y los consecuentes deberes— del imperio de la justicia. Vuelvo a citar a Carnelutti, en su obra admirable *Las miserias del proceso penal*: “la penitenciaría está comprendida, con el tribunal, en el palacio de justicia”. ¿Pero verdaderamente lo está, más allá de la declaración animosa del eminente jurista?

8. En la audiencia pública sobre el estado que guardan las penitenciarías de Mendoza, que nadie defendió y sobre las que se aportaron noticias, comentarios, críticas y propuestas, tanto las partes como los integrantes de la Corte —entre ellos yo mismo, espontáneamente y a solicitud de una de aquéllas— formulamos consideraciones destinadas a nutrir nuestra reflexión, pero sobre todo a impulsar la ejecución de medidas apremiantes por parte de las autoridades correspondientes.
9. En este caso, como en otros similares, llamé la atención acerca de algunos datos en la historia “natural” —digamos— de la consideración estatal sobre las prisiones. Finalmente, éstas han salido de la tiniebla en la que deliberadamente se les mantuvo y ahora exponen a la vista de todos, en mayor o menor medida, su horrores, sus paradojas, sus desaciertos; la suma de usos carcelarios, que son otros tantos abusos sobrecogedores; la deficiencia de establecimientos y custodios —en contraste con la aparente bondad de muchas normas— y la reiterada comisión de delitos y faltas tanto por los agentes de la autoridad a cargo de la custodia y el “tratamiento”, como por los codetenidos cuya violencia debiera prevenir, enfrentar y contener el Estado.
10. Al Estado competen deberes de custodia, derivados de su posición especial de garante con respecto a los reclusos, que corren por doble vía: con respecto a los agentes del propio Estado y con respecto a los terceros, pues las obligaciones públicas abarcan todas las conductas que pudieran mellar derechos de los internos; esto es, se operan erga omnes. En fin de cuentas, si el Estado no brinda esta protección general, ¿quién puede asegurarla a quienes han sido desprovistos de la libertad y no cuentan con capacidad de defensa? ¿A quién incumbe el deber de protección de los derechos de los reclusos, entregados de jure y de facto a las manos de los custodios, es decir, amparados por la responsabilidad política, ética y jurídica del poder público que los recluye y controla minuciosamente su existencia?

11. En la hora más oscura de la vida de las prisiones, los dramas carcelarios no interesaron a los tribunales, como no se trataba de la instrucción de procesos en contra de reclusos por la posible comisión de nuevos delitos intra muros. Pero esta no fue, propiamente, “atención judicial penitenciaria”. Comenzó a serlo cuando el reo dejó de ser —formal o materialmente— “cosa de la administración” y ganó terreno el principio de legalidad en la custodia y la ejecución de penas, tras haberlo conquistado, mucho tiempo antes, en la formulación de los tipos y las consecuencias jurídicas y en el establecimiento de los tribunales y la regulación del enjuiciamiento. La legalidad ejecutiva se sumó, aunque débilmente —muy débilmente— a la legalidad penal y procesal. Su abanderado fue el juez de ejecución de penas, una figura tutelar del Derecho en los derechos de los reclusos.
12. Los datos de la prisión, que militan contra los designios constitucionales y desafían los valores y principios acogidos en las leyes fundamentales —que no exceptúan a nadie: ni a los delincuentes ni a los prisioneros—, motivaron el ingreso de la jurisdicción constitucional en este ámbito. No se trata de que los jueces de constitucionalidad administren las prisiones —como alguna vez se ha criticado, erróneamente—, sino de que también en las cárceles rija el Estado de Derecho proclamado por la ley suprema y se preserven los valores de la sociedad democrática, sin perjuicio de poder punitivo del Estado, ejercido con mesura, legitimidad, humanidad, eficacia y transparencia. No han faltado retrocesos en esta marcha saludable; como sea, queda en claro que el control de constitucionalidad de los actos de la autoridad no se desvanece frente a las murallas de las prisiones, las rejas de las celdas o el arbitrio de los ejecutores.
13. Tiempo después, los temas de la prisión llegaron a los tribunales internacionales de derechos humanos. Nos hallamos en ese estadio, que no excluye los otros, sino cumple también aquí la función característica de las jurisdicciones internacionales con respecto a las nacionales: subsidiaria o complementaria. La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene disposiciones aplicables a los reclusos, sea en detención, sea en cárcel preventiva, sea en prisión punitiva, y bajo esas disposiciones se solicita —como en el presente caso— la intervención del Tribunal Interamericano.
14. Por supuesto, la solución de los problemas de la vida carcelaria —vida contra natura, sembrada de paradojas y asediada por la crítica demolidora de las nuevas corrientes a propósito del control social— no es fácil ni inmediata; demanda gran concurso de instrumentos —desde normativos hasta financieros—, reunidos y conducidos por una voluntad muy firme. En la audiencia celebrada en Brasilia sobre las penitenciarías de Mendoza se inquirió acerca de los medios para resol-

- ver a fondo y de veras el problema de esos reclusorios. Lo que se diga de ellos se puede decir de muchos otros, en países centrales o federales: acción enérgica, coordinada, inmediata, sostenida. Las medidas paliativas jamás serán suficientes. La ausencia de coordinación —que no se justifica en ningún caso, ni siquiera bajo organizaciones federales, que poseen los medios constitucionales e institucionales para establecer frentes comunes en este campo, como en los restantes— siembra el camino de obstáculos y deja grandes vacíos que ocupa la violencia. El diferimiento de las medidas y el receso en la marcha cosechan pésimos frutos: multiplicación de violaciones.
15. En la audiencia realizada un año atrás en la ciudad de Asunción, los participantes suscribieron un acuerdo constructivo. Ciertamente los derechos de unos y los deberes de otros no provienen de ese acuerdo, establecido de buena fe, a instancia de la Corte Interamericana. Tienen su fuente en el derecho constitucional interno y en las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, recogidas en la resolución de la Corte sobre medidas provisionales, que no pueden ser relevadas por convenios entre partes. Sin embargo, me parece pertinente —y así lo hago en lo personal— destacar la importancia del acuerdo porque puso de manifiesto una voluntad jurídica positiva y alentó el acercamiento entre quienes se hallaban en posiciones encontradas. El entendimiento contribuye a la eficacia del derecho; logra más, mucho más, en ocasiones, que el solemne arbitrio de la norma o el pronunciamiento judicial. Por ende, quiero rescatar el espíritu de ese acuerdo, su componente moral y jurídico, su valor intrínseco. Mantenerlo contribuirá a la solución del conflicto; desdeñarlo o soslayarlo no aportará ventaja alguna. Estimo que debemos seguir construyendo las nuevas etapas de la solución sobre el cimiento que aún aportan las buenas voluntades comprometidas.
 16. En la audiencia de Brasilia que condujo a la resolución sobre medidas provisionales que acompaño con este voto, se aludió a la necesidad de examinar y emprender medidas de diverso carácter, algunas sumamente complejas y desde luego relevantes, que implican reformas constitucionales, revisiones de la estructura del proceso y erogaciones considerables. Por supuesto, no niego la conveniencia de analizar todo lo que sea digno de análisis y reformar todo lo que requiera reforma para mejorar la impartición de la justicia y la ejecución de sus fallos. Enhorabuena que se haga. Sin embargo, insisto en la necesidad de distinguir entre lo que puede aguardar —en una espera laboriosa, se entiende— y lo que no admite demora. Aplazar la atención de problemas críticos hasta que se resuelvan cuestiones estructurales y otras materias de gran calado, dejaría al garete la tutela inmediata de bienes preciosos: la vida y la integridad de los reclusos.

17. En mi intervención en la audiencia de Brasilia me permití recurrir a ciertos hechos antiguos en la experiencia de las instituciones penales en mi país, México. Cuando se discutió la Constitución Federal, entre 1856 y 1857, los diputados constituyentes se enfrentaron al tema de la pena, enlazado con el panorama de la delincuencia y la seguridad pública, ciertamente muy grave en aquellos años del siglo XIX. En el debate chocaron los sostenedores —de mala gana, hay que decirlo— de la pena capital y los patrocinadores del abolicionismo inmediato y absoluto. Aunque prevalecía en el Congreso la convicción de que se debía suprimir la pena de muerte, continuamente surgía el temor de hacerlo, porque la república no contaba con un instrumento que la sustituyese: el sistema penitenciario, apenas en ciernes.
18. Finalmente se optó, en una suerte de transacción, por retener la pena capital y encomendar al poder administrativo el establecimiento del sistema penitenciario a fin de lograr, como todos deseaban, la supresión de aquélla. En consecuencia, el artículo 23 de la nueva Constitución se limitó a decir: “Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario”. La pena de muerte fue finalmente retirada de la Constitución en el año 2005, ciento cincuenta años después del debate en el Congreso de 1857. Siempre me ha parecido lamentable subordinar medidas necesarias, justificadas y accesibles a la obtención de metas más o menos lejanas, dejando en mora el cumplimiento de ciertos deberes inaplazables.
19. Esto no debiera ocurrir en los casos de las prisiones cuyos habitantes aguardan —ya desesperadamente; pero no sólo los reclusos: también una buena parte de la sociedad, contrariada— la actuación del Estado que garantice ahora mismo sus más preciados bienes. ¿Cómo decir que será preciso resolver primero las reformas constitucionales necesarias para coordinar las obligaciones de la Federación con los deberes de las provincias, o que ante todo habrá que revisar ciertos extremos del enjuiciamiento acusatorio para impulsar la diligencia de los procesos, o que antes de evitar el ingreso de armas a las cárceles, clasificar razonablemente a sus habitantes o establecer el orden en la vida interna habrá que cumplir una reforma fiscal que provea mayores recursos para la modernización de las cárceles?
20. Favorezco la realización de debates sobre los lineamientos constitucionales del Derecho y del enjuiciamiento penal. De hecho, en toda América se ha animado una gran deliberación en torno a estos temas. Pero ningún debate, por relevante e intenso que sea, ninguna deliberación, por importante y necesaria que resulte, ninguna medida de reordenación penitenciaria —trabajo, educación, clasificación, salud, etcétera—, por indispensable que se vea, debiera detener un se-

- gundo la adopción de medidas serias y suficientes para asegurar la vida y la integridad de los reclusos. Si nos hallamos ante medidas provisionales, la lógica de esta figura jurídica y la demanda de la realidad sublevada exigen esas medidas, ante todo, sin condición ni preámbulo, y sin perjuicio de reflexionar y ejecutar inmediatamente todas las otras que conduzcan a la gran reforma penitenciaria.
21. De ahí que una vez más insista en la opinión que expuse en mi voto acerca de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana en relación con la cárcel del Urso Branco, en Rondônia, Brasil, el 7 de julio de 2004, expresión que reproduje en el voto que emití sobre las medidas correspondientes a las Penitenciarías de Mendoza, el 18 de junio de 2005: “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”.
21. En suma —añadí en mi voto del 18 de junio de 2005—, “ni una muerte más, ni una lesión más. Esta obligación es inmediata y terminante. No admite excusa ni demora. Otras pueden cumplirse en determinado plazo, siempre con diligencia, mediante acciones sucesivas; producirán resultados graduales, paulatinos. Lo entiendo, por las características de estas otras medidas. Pero no podrá haber espera alguna en la tutela de la vida y la integridad. Este deber no acepta cumplimiento progresivo”.

*ASUNTO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES
PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN EL
“COMPLEXO DO TATUAPÉ DA FEBEM”. BRASIL.
Resolución del 30 de noviembre de 2005*

1. Las características del ejercicio jurisdiccional de la Corte Interamericana, como las de cualquier tribunal internacional, atraen la aten-

ción de aquélla en dos direcciones. Por una parte, es obvio que debe dirigir su interés y su reflexión a los casos que tiene *sub judice*, trátense de litigios, trátense de medidas provisionales. Habrá de fallar conforme a los hechos y las condiciones de esos casos, que acotan el tema sobre el que se ejerce, en concreto, la jurisdicción. Sin embargo, la Corte no puede prescindir —y en efecto no prescinde— de una visión con otro alcance. Ejerce ésta en función de la trascendencia que su análisis y sus pronunciamientos pueden tener con respecto a situaciones iguales o semejantes a las del caso que inmediatamente resuelve, sea que aquéllas constituyan reposiciones en la escena de problemas anteriormente examinados, como suele ocurrir, sea que nuevos acontecimientos anuncien, a partir de cuestiones específicas, la presencia de mayores problemas en el futuro cercano o distante.

2. Es así que la Corte resuelve y al mismo tiempo orienta. Por ello cada sentencia puede ser vista —y con mayor razón las opiniones consultivas— como una resolución vinculante para el caso en litigio, pero también como el adelanto de probables decisiones futuras. Esta anticipación permite, una vez fijado el criterio del Tribunal internacional —como intérprete y aplicador de la Convención Americana suscrita por los Estados y de observancia obligatoria para éstos— que aquéllos adopten medidas de diverso género conducentes a recoger en el orden interno los imperativos del orden interamericano. La recepción se proyecta en normas jurídicas generales, resoluciones jurisdiccionales y providencias administrativas, cuya vigencia efectiva prevé litigios nacionales e internacionales y concurre a la construcción de condiciones adecuadas para el imperio de los derechos humanos.
3. Estas reflexiones, que simplemente reiteran conceptos bien sabidos y ampliamente examinados, viene a cuentas con respecto al régimen de detención y a las condiciones en las que éste se encuentra, como se ha podido observar en un creciente número de casos, cuyas características y frecuencia permiten establecer un “patrón de crisis” que no debe pasar inadvertido para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es decir, para los Estados, la Organización interestatal, las instancias de protección internacional, las instituciones de la sociedad civil y los actores o protagonistas emergentes del Sistema. Los males que se presentan y multiplican en este ámbito establecen claramente la necesidad de emprender cuanto antes acciones enérgicas, oportunas y sistemáticas, de carácter particular o colectivo, que reviertan el notorio deterioro del régimen de detención y remedien las condiciones que hoy día favorecen constantes y muy graves violaciones a los derechos humanos.

4. Me he ocupado de esta tema en diversas oportunidades, sumando mi *Voto razonado* a las decisiones de mis colegas en la Corte Interamericana. Y lo seguiré haciendo, aunque incurra en reiteración, cada vez que “nuevos hechos de antigua naturaleza” susciten la conveniencia de señalar una situación que se agrava y a la que todavía no se aportan correcciones decisivas. Con ello recojo previas atenciones de mi vida profesional, que me llevaron a conocer el sistema penitenciario, y nuevas atenciones judiciales que me obligan a subrayar, con la mayor preocupación, los problemas que advierto y los riesgos que crecen. Debo recordar ahora los votos que recientemente emití —y mis intervenciones como Presidente de la Corte al cabo de las audiencias correspondientes— en las resoluciones sobre medidas provisionales a propósito de la prisión de Urso Branco (Brasil) y los reclusorios de Mendoza (Argentina), por ejemplo, además de las apreciaciones acerca del régimen de detención asociadas al examen del debido proceso, que expuse en el voto concurrente a la sentencia de esta Corte en el *Caso Tibi* (Ecuador), también por ejemplo.
5. En mi voto relativo a las medidas provisionales en el *Caso de las Penitenciarias de Mendoza* —18 de junio de 2005, es decir, hace apenas seis meses—, recordé que “con creciente frecuencia y con características invariablemente graves —que llegan a ser catastróficas— se presentan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos problemas relacionados con la vida carcelaria. Los reclusos —‘pobres entre los pobres’, que dijo Francesco Carnelutti— se hallan sujetos a los mayores riesgos y daños: sobre ellos se vuelca, como sobre ningún otro grupo humano, el aparato punitivo del Estado. En esas ‘instituciones totales’ —la prisión preventiva, sobreutilizada, y la prisión punitiva, extremada— la existencia de los reclusos se halla minuciosamente subordinada a las exigencias del cautiverio; exigencias arbitrarias, ilimitadas, inagotables, que suelen quedar fuera del control inmediato —pero no de la inmediata responsabilidad— de los funcionarios a cargo de la prisión y del Estado en cuyo nombre actúan —u omiten— éstos”.
6. El régimen de detención, en amplio sentido —que comprende las privaciones de libertad “legitimadas” o “legalizadas” por el procedimiento de investigación, el proceso judicial y la ejecución de sanciones—, se halla contemplado por diversas normas de la Convención Americana. Algunas aluden a hechos que pueden plantearse con motivo de la detención, como la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que la Corte ha reprobado sistemáticamente y en toda circunstancia; otras, a derechos que deben ser preservados en el curso de la detención, como el control judicial de ésta y la razonabilidad de su duración, concepto de plazo razonable diferente del que atañe

al proceso en su conjunto; y otras más, a condiciones regulares —o que debieran serlo— con respecto al desarrollo de la privación de libertad y a los fines de ésta, como el sistema de separación de internos o los designios de la reforma y la readaptación social.

7. No obstante las contradicciones y paradojas de la privación procesal y penal de la libertad, se reconoce la legitimidad de ésta bajo ciertas condiciones, como la de otras medidas restrictivas de derechos humanos. Empero, esa medida reductora de derechos debe mantener a salvo la dignidad de la persona, por un lado, y evitar afectaciones que excedan la naturaleza y el alcance propio de la medida. Con respecto a lo primero, reiteremos que cuanto se haga u omita en esta materia debe tomar en cuenta que —como ha sostenido la Corte al examinar las condiciones de detención— “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal” (*Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 118). Y en relación con lo segundo, es preciso destacar que existen derechos —así, la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso— sustraídos a restricciones supuestamente derivadas de la privación de libertad, como hay otros —por ejemplo, privacidad e intimidad familiar— cuya restricción en el marco de la privación de libertad “debe limitarse de manera rigurosa”, conforme a la regla de estricta necesidad característica del orden jurídico en una sociedad democrática (*Caso Instituto de Reeducción del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrs. 154-155).
8. En la previsión de los derechos y libertades inmediatamente aplicables a los individuos privados de libertad, la Convención acoge derechos de diverso carácter, que resguardan bienes diferentes y persiguen propósitos diversos, conectados entre sí. Otro tanto ha sucedido en el orden constitucional interno, erigido a partir de sucesivas aportaciones garantistas. Son, a su manera, la proyección en este campo del proceso histórico que se describe como “generaciones de derechos humanos”. En primer término se hallan los derechos cuya finalidad inmediata es preservar regiones elementales, esenciales, irreductibles de la dignidad del detenido. La raíz humanitaria de estos derechos se hunde en los afanes de los penitenciaristas solidarios que impulsaron, a partir de ideas piadosas, laicas o religiosas, la reforma del sistema carcelario. En segundo término se hallan los derechos “finalistas”: aquellos que consideran, además del trato respetuoso al ser humano, el proyecto legítimo que se puede asignar a la privación de libertad, mientras ocurre el relevo histórico de ésta por medidas más justas y razonables. Lo dice la propia Convención —con expresiones discutibles y discutidas— cuando se refiere a la reforma y la readaptación que antes mencioné.

9. Obviamente, al emplear esos términos no establezco jerarquía entre unos y otros derechos, como tampoco lo pretende la referencia general a éstos con sustento en cierta progresión histórica, que funda el uso de la palabra “generaciones”. Lo importante, en fin de cuentas, es el contenido de cada previsión garantista, el “estatuto del prisionero” —su Carta Magna contemporánea— que resulta de aquéllas y, sobre todo, el cumplimiento que se haga de disposiciones, reglas, principios, recomendaciones, etcétera, que pueblan este ámbito. No carecemos de documentos internacionales y nacionales en torno a esta materia. Difícilmente habría otra que hubiese recibido mayor atención, entre todas las que se refieren a extremos específicos de los derechos humanos. Y también difícilmente habría, en los hechos, alguna más desvalida y resistente al imperio del derecho y la razón, o simplemente de la benevolencia. ¿Hasta cuándo?
10. Ya señalé que la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha ocupado extensamente de esta materia, porque la realidad levanta cada vez más casos a la atención del Tribunal. Me parece interesante recapitular sobre algunos temas significativos, que vienen a cuentas, una vez más, en los hechos relativos a las medidas provisionales que ahora nos ocupan, pero también en los correspondientes a otros planteamientos, y que sin duda seguirán acudiendo en el porvenir si no completamos con la voluntad y la perseverancia lo que se ha previsto en las resoluciones jurisdiccionales.
11. En ocasiones, que no son pocas, la vulneración de los derechos humanos de los detenidos proviene de agentes del Estado que actúan directamente sobre los detenidos. Pero también sucede que la afectación de bienes jurídicos —vida, integridad— se produce a manos de personas que no poseen aquella condición formal: compañeros de reclusión, terceros sin encomienda oficial, cuya conducta desbordante en el interior de los reclusorios no es contenida por los funcionarios a cargo de la seguridad, o es permitida, tolerada, cuando no auspiciada, por éstos. A este respecto es indispensable recordar que el Estado —precisamente el Estado, que no puede desplazar su responsabilidad hacia otras personas— se halla obligado a reconocer, respetar y garantizar la observancia de los derechos de quienes se encuentran bajo su jurisdicción. En tal virtud, debe enfrentar las consecuencias de la conducta activa u omisiva de sus agentes. No podría excluir su responsabilidad aduciendo que los autores de las violaciones son ajenos a su estructura formal, si no ha hecho lo que puede y debe para evitarlas.
12. Para los efectos de los hechos que la Corte ha tenido en cuenta al examinar la solicitud que culmina en la resolución a la que acompaño este voto, es pertinente subrayar que el tema ha sido abordado di-

- rectamente por la Corte Interamericana —además de las repercusiones que sobre esta hipótesis, como en otras, tiene la regla general de responsabilidad por acción o por omisión—, y a ese respecto el Tribunal ha sostenido: la obligación general de proteger a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado, a la que se refiere el artículo 1.1 de la Convención, “se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares” (*Caso de las Penitenciarías de Mendoza*. Resolución de 22 de noviembre de 2004, considerando 12). Posteriormente, pero a propósito del mismo caso, señaló la Corte que, tomando en cuenta aquella afirmación, “las medidas que se adopten deben incluir las que puedan favorecer al mantenimiento de un clima de respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad entre sí” (*Caso de las Penitenciarías de Mendoza*. Resolución de 18 de junio de 2005, considerando 11).
13. El detenido se encuentra en situación de máxima 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. La Corte Interamericana se ha referido insistentemente a la vulnerabilidad de los detenidos, que abre la posibilidad de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos. Esto sucede en todo caso de detención, y más todavía en aquéllos que muestran un plus de riesgo por las condiciones en que se halla el sujeto o las características que tiene. En efecto, “una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se vulneren otros derechos” (*Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 57; *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 90; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 108, y *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 147). Por ello “la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto” (*Caso Tibi*, párr. 262).
14. El desvalimiento del detenido corresponde tanto a una situación de hecho, que es notoria, como a otra de carácter jurídico formal y a una más de orden social. La segunda deriva del título jurídico —y sus fundamentos y consecuencias— que acredita la existencia de cierta “probable o posible responsabilidad penal” que oprime o comprime los derechos del sujeto, y que difícilmente se aviene, por cierto, con la presunción —o principio— de inocencia que lo ampara pero no impide medidas severas sobre los derechos de éste. La tercera es producto del “concepto social” en que se tiene al cautivo y que gravita, en forma extraordinariamente desfavorable, sobre la vida de éste, el

- reconocimiento y ejercicio de sus derechos y la provisión de garantías eficaces para protegerlos.
15. El Estado es garante de los derechos de las personas. Y si esta posición abarca a toda la sociedad, también comprende, con especial acento o intensidad, a quienes se hallan sujetos en forma total, detallada, irresistible, constante, a la custodia del poder público. Esta situación establece una “calidad especial de garante”, mucho más comprometedora, evidente y exigente que la garantía general que el Estado debe brindar a todos los ciudadanos. La idea de una calidad de garante del Estado tiene diversas fuentes e implicaciones. Entre aquéllas se halla el concepto construido detalladamente por la doctrina penal y trasladado a la legislación a través de la figura de la “comisión por omisión”. Diré, incidentalmente, que esto destaca una vez más la necesidad de revisar conceptos del Derecho internacional de los derechos humanos en relación con sus equivalentes o correspondientes en otras áreas o disciplinas, de las que pueden provenir precisiones y sugerencias valiosas. Con ello ahorraremos errores y divagaciones.
 16. En mi voto concurrente a la sentencia del *Caso Tibi*, hice ver que tanto en ésta como 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 afirmó 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.
 17. Frente a “las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se (hallan) sujetas a su custodia. En este particular contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables” (*Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 97). Es así que “se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de la libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna” (*Caso Instituto de Reeducación del Menor*, cit., párr. 152). Asimismo: el deber que

- especifica el artículo 1.1 de la Convención Americana “es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal” (*Caso de las Penitenciarías de Mendoza*, Resolución de 18 de junio de 2005, considerando 6).
18. Ser garante en estas situaciones y con respecto a los derechos que en ellas entran en juego, significa para el Estado:
- a) cumplir sus funciones de manera consecuente con los estándares internacionales que rigen esta materia (*Caso Lori Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 241);
 - b) omitir todo aquello que pudiera infligir al sujeto privaciones más allá de las estrictamente relacionadas con la detención o el cumplimiento de la condena;
 - c) proveer todo lo que resulte pertinente —conforme a la ley aplicable— para asegurar el goce y ejercicio de los derechos que el título jurídico de detención deja a salvo;
 - d) actuar en función de los fines a los que sirve la reclusión, que la acotan y le confieren destino: seguridad y readaptación social, regularmente, y
 - e) ofrecer informes y explicaciones acerca de lo que ocurra a quienes se hallan bajo su custodia (*Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 111; y *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrs. 126 y 138)
19. Si es imperiosa la situación especial de garante que incumbe al Estado en relación con quienes se hallan sujetos a su autoridad, observación, conducción y control en un centro de detención, lo es más todavía si los internos o detenidos son menores de edad. En este supuesto aparecen dos circunstancias que extreman los deberes del Estado: por una parte, las obligaciones específicas que éste tiene a propósito de los menores de edad —o niños, conforme a la Convención de Naciones Unidas—, y por la otra, la evidente vulnerabilidad mayor en la que se hallan los niños, tomando en cuenta su debilidad, insuficiente desarrollo y carencia de medios para proveer a su propio cuidado. En la especie se puede hablar, por lo tanto, de una condición de garante reforzada o calificada.
20. Recordemos una norma que palidece, hasta volverse absolutamente irreal, en las instituciones de detención de menores de edad cuya situación ha llegado al conocimiento de la Corte Interamericana: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (artículo 19 CADH), disposición que debe leerse, para fines de interpretación, a la luz del amplio concepto tutelar que ofrecen

diversos instrumentos internacionales. Y mencionemos las apreciaciones formuladas por la Corte, a estos mismo respecto, en diversas decisiones: en relación con los niños, el Estado tiene obligaciones complementarias de las que entraña su relación con los adultos (*Caso Instituto de Reeducación del Menor*, cit. párr. 302). La función estatal de garantía “reviste particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adoptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancia, los menores de edad” (*Caso Bulacio*, cit., párr. 127). El “hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal” (*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, cit., párr. 170).

21. Al cabo de la audiencia celebrada sobre estas medidas provisionales, en la que hubo una constructiva actitud de los participantes, que actuaron con el propósito de encontrar solución al problema planteado, formulé algunas consideraciones que estimé útiles dentro de la circunstancia que la Corte tenía a la vista. Por una parte, es indispensable subrayar que la adopción de medidas provisionales —que en ocasiones se propone en forma dramática, o por lo menos llamativa— nunca es un fin en sí misma: apenas un medio, un instrumento, para lograr el fin que domina en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: mantener éstos a salvo. Si hay coincidencia en objetivos —como la había en la audiencia que he mencionado— será posible, en principio, aceptar la necesidad de las medidas y proveer al éxito de éstas.
22. En ese mismo caso hice notar la necesidad de distinguir entre las medidas que atienden problemas inmediatos y urgentes, cuya solución no admite demora, y aquellas otras que darán resultados en un plazo más amplio, conforme a su naturaleza. En la primera hipótesis se hallan las inaplazables medidas para proteger la vida y la integridad de los internos. Ya me había referido a este deslinde en mi intervención en la audiencia y en el voto concurrente que emití a propósito de la prisión de Urso Branco, en los siguientes términos:
23. “Bien que haya reforma penitenciaria, que se expida una nueva legislación de la materia, que se provea a la clasificación de los internos, que se modernicen las instituciones penitenciarias, que se haga un cuidadoso reclutamiento de los funcionarios encargados de la custodia y ejecución de penas, que existan sustitutivos adecuados para la pena de prisión, que se franquee la visita a los presos en condiciones dignas, que haya servicio médico que preserve la salud de los reclusos, que se establezcan centros escolares, talleres y unidades de traba-

- jo. Todo eso, y más todavía, es absolutamente indispensable, porque refleja los estándares actuales en materia de privación de la libertad, que de esta manera adquiere legitimidad, además de legalidad, en cuanto sirve a los objetivos que explican —y quisiera decir justifican— esa privación cautelar o penal de la libertad, tan severamente cuestionada en la actualidad”.
24. Añadí: “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”. Esto mismo resultó aplicable en el caso del complejo de Tatuapé.
25. Me pareció absolutamente necesario compartir con las partes una preocupación acerca de lo que éstas podrían hacer, sin perjuicio de lo que la Corte debía hacer al decidir lo que resultase pertinente sobre la solicitud formulada. Había sido preciso “construir” un ambiente de armonía y colaboración para el desarrollo de la audiencia misma; con mayor razón lo sería para alcanzar el designio procurado por todos. Así las cosas, ¿por qué no pasar de las intenciones a las acciones, antes de que declinaran la emoción y el recuerdo de la audiencia? En otros términos, ¿por qué no ensayar ahí mismo un principio de acuerdo, un pacto constructivo, un paso común en la dirección correcta, antes de que millares de kilómetros distanciaran a las partes, que en la sala de audiencias de la Corte se hallaban separadas apenas por unos centímetros, en cuanto a distancia física, y por menos que eso, en cuanto a distancia en empeños y objetivos, según lo que ellas mismas habían manifestado?
26. La exhortación que hice tuvo respuesta. Concluida la audiencia, los representantes del Estado, la Comisión y los peticionarios se reunieron para ensayar, de común acuerdo, algunas propuestas. Esta las conoció, aceptó y mencionó en su resolución acerca de las medidas, como prenda de buena voluntad y, sobre todo, como expresión de un compromiso cierto. Se convino en integrar un grupo de trabajo y

- reanudar la deliberación entre las partes, a fecha fija, en la ciudad de Sao Paulo. Antes de la audiencia esto no existía. La recepción que las partes hicieron de mi exhortación permitió establecer el acuerdo de procedimiento y despejó el camino, aun cuando esto sucediera modestamente.
27. Evidentemente, los centenares o millares de pobladores de Tatuapé, cuyos derechos se hallaban en predicamento, recibirían con mayor interés y esperanza —si la tenían— el anuncio de medidas específicas, prontas y eficaces, que una simple reiteración de expresiones muchas veces escuchadas y rara vez trasladadas a los hechos, o una ingeniosa elaboración jurídica que mucho tributa a la teoría y poco o nada a la práctica que padecen quienes figuran como víctimas en los casos contenciosos. La Corte adoptó medidas en este caso, como era natural, pero no menos importante fue la aparición en los participantes de un renovado propósito —renovado, no necesariamente nuevo, porque no se carecía de precedentes a propósito de esfuerzos más o menos alentadores— de hacer lo que debían hacer: poner término a las violaciones de derechos en el complejo reclusorio de Tatuapé, Sao Paulo.
28. Vuelvo al tema general, replanteado en función del asunto particular que se denunció en la solicitud de medidas. Nos hallamos ante un problema de enorme trascendencia y virulencia, que se ha presentado en el caso que ahora ocupa a la Corte, pero también en otros muchos, cada vez más. Existe, pues, una crisis en el sistema de detención para adultos y menores, que se traduce en violaciones constantes, severas y reiteradas a los derechos humanos de los detenidos y que puede aflorar en hechos de extraordinaria gravedad —que ya los hubo— en diversos países. El Estado tiene el deber general de garantizar a quienes se hallan bajo su jurisdicción el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención; este deber crece de punto cuando el poder público se coloca en situación especial de garante con respecto a los detenidos, tomando en cuenta que éstos se hallan, jurídica y materialmente, sujetos al más amplio control por parte del Estado. Ser garante entraña diversas obligaciones indeclinables, entre ellas prevenir y evitar violencias de los internos entre sí, como también ha ocurrido en muchos casos.
29. Por las características y la magnitud de estos problemas, y tomando en cuenta la forma en que han evolucionado y pudieran desarrollarse en el futuro, conviene llevar el tema a la agenda de los derechos humanos en el Continente. Merece y reclama un lugar específico en la preocupación de los Estados y en el diseño y desempeño de políticas públicas. Parece recomendable promover un foro de examen y debate a este respecto, que cuente con la activa participación de los Esta-

dos y de la Organización continental. Es tan injusto como peligroso permitir que los problemas que estamos enfrentando crezcan y coloquen a los gobiernos y a las sociedades ante una crisis mayor, de incalculable magnitud.

*ASUNTO DE LOS HABITANTES DEL INTERNADO
JUDICIAL DE MONAGAS ("LA PICA"). VENEZUELA.*

Resolución del 9 de febrero de 2006

1. En diversas audiencias públicas y votos concurrentes o razonados he manifestado mis puntos de vista acerca de la afectación de derechos humanos en instituciones de reclusión para adultos o menores de edad. Me remito a lo que he expuesto en esas ocasiones acerca de la situación de los reclusos, los derechos de éstos, la posición de garante del Estado y las obligaciones que de aquí derivan.
2. Reitero la preocupación que suscitan los problemas carcelarios en numerosas prisiones de diversos países del Continente, de los que ha conocido la Corte Interamericana a través de casos contenciosos o medidas provisionales. Estos problemas revisten suma gravedad, se han multiplicado —al menos, hoy son más perceptibles, porque siempre los hubo y fueron considerables— y constituyen uno de los espacios más dramáticos en el cuadro general de violaciones a los derechos humanos. Las características de éstas, en el ámbito de las prisiones, son particularmente dramáticas. En la audiencia correspondiente al internado judicial de Monagas, un representante del Estado describió el panorama de las prisiones con el calificativo de “dantesco”. Tenía razón. Y esta apreciación no se circunscribe, ciertamente, al caso que en este momento tenemos a la vista.
3. Ante esta situación verdaderamente grave, que todavía no ha encontrado soluciones generales y sistemáticas, conviene llamar la atención de los Estados, de las sociedades nacionales y de la propia Organización de los Estados Americanos. Así lo mencioné en la audiencia celebrada hoy en San José, para el examen de los hechos ocurridos en el reclusorio de “La Pica”.
4. En este sentido, me parece pertinente, e incluso indispensable, llevar adelante un proceso continental de reflexión sobre esta materia, con carácter urgente, para examinar y adoptar medidas que alivien de inmediato la situación prevaleciente y aporten soluciones de fondo que impidan la persistencia y multiplicación de los problemas que observamos en el ámbito carcelario y la constante violación de derechos humanos, sea a manos de agentes del Estado, sea por obra de particu-

- lares —los propios internos y otras personas— cuya conducta no se halla controlada por las entidades públicas llamadas a garantizar la seguridad y el orden en las prisiones, con puntual observancia de la legalidad y la legitimidad en el trato a los internos.
5. Entiendo que es preciso adoptar numerosas medidas, de diversas características, para atender los planteamientos de los peticionarios en estos casos —y asegurar el alcance de los objetivos que los propios Estados se han fijado y que la Corte reconoce y aprecia—, y estoy al tanto de la complejidad que revisten muchas de las medidas que es preciso ejecutar y del tiempo y los recursos que esa ejecución requiere.
 6. En todo caso, me ha parecido necesario puntualizar —y así lo he hecho en las audiencias y los votos a los que me he referido, e insisto ahora— que el Estado debe adoptar de manera inmediata todas las medidas complementarias que permitan evitar en forma eficiente y definitiva la violencia en el reclusorio, de tal suerte que ninguna persona pierda la vida o vea afectada su integridad por hechos violentos que la autoridad debiera prevenir e impedir.
 7. Reitero el reconocimiento que expresé —y que también manifestaron varios Jueces en el curso de la audiencia— por la buena disposición mostrada en ésta por el Estado, la Comisión Interamericana y los representantes de los internos para avanzar inmediatamente en la solución de los problemas a los que nos hemos referido, profundizando las medidas adoptadas o llevando a cabo otras que permitan alcanzar los fines propuestos. La concurrencia de voluntades y trabajos contribuirá a la mejor atención de aquéllos. Dificilmente podría haber discrepancias acerca de la situación que hoy prevalece —cuyas características mencionaron los comparecientes—, de la urgencia de modificarla y de la necesidad de actuar de común acuerdo.

*ASUNTO DEL INTERNADO JUDICIAL
CAPITAL EL RODEO I Y EL RODEO II. VENEZUELA.
Resolución del 8 de febrero de 2008*

1. Concurro en la adopción de las medidas provisionales concernientes a reclusos de los internados judiciales El Rodeo I y El Rodeo II, mediante Resolución del 8 de febrero de 2008, a la que agrego este voto. En los considerandos de aquélla se hace el examen de diversas cuestiones relevantes a propósito de las medidas provisionales que dicta la Corte conforme a sus atribuciones convencionales. Los puntos de vista que ahora expongo recogen opiniones que he manifestado, reiteradamente, en anteriores oportunidades.

2. Las características que reviste el caso (o asunto) al que atañen estas medidas favorecen el análisis practicado por la Corte y la emisión de los criterios a los que adelante me referiré. Así,
 - a) se trata de grupos de personas internas en instituciones de reclusión, no de personas aisladas cuyos derechos se hallen en riesgo;
 - b) la Comisión, solicitante de las medidas, ha tomado en cuenta frecuentes hechos violentos en agravio de internos en la cárcel de El Rodeo, que conciernen a derechos esenciales de la persona humana, como la vida y la integridad, cuya protección requiere ciertas medidas específicas y directas;
 - c) la existencia de hechos de esa naturaleza y la adopción de las medidas conducentes a la protección de los derechos respectivos no excluyen la eventual presencia de violaciones de otro carácter (en mayor o menor medida relacionados con aquéllos) que procede atender con acciones públicas diversas; y
 - d) el asunto aún no ha llegado, a través de demanda (o presentación del caso), al conocimiento (contencioso) de la Corte.
3. La Resolución a la que agrego este voto reconoce que la Corte Interamericana puede adoptar determinadas decisiones jurisdiccionales vinculantes con respecto a problemas que no figuran en casos contenciosos (según la caracterización generalmente adoptada a este respecto), y mucho menos constituyen solicitudes (consultas) de opinión.
4. La Corte posee, pues, atribuciones jurisdiccionales diversas de las comúnmente llamadas consultivas y contenciosas. En ejercicio de ellas se pronuncia sobre cuestiones que aún no corren por el cauce formal del proceso jurisdiccional interamericano (atribuciones preventivas) o dispone actos acerca del cumplimiento de las decisiones finales que ha dictado como culminación de ese proceso (atribuciones ejecutivas o de cumplimiento) (Cf: mi examen de estas atribuciones en García Ramírez, Sergio, La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2006, esp. pp. 87 y ss., 136-137 y 246-247).
5. Si existe la necesidad, advertida por la Comisión Interamericana, de proteger derechos en riesgo, pero todavía no se ha llevado el punto al conocimiento de la Corte, abriendo así la contienda procesal (el litigio sustancial es anterior y subyacente a aquélla), no es posible sostener que el Tribunal ejerce una competencia contenciosa idéntica a la que despliega cuando la Comisión ha presentado la controversia ante la Corte. Esta diferencia permite identificar la especie de atribuciones jurisdiccionales preventivas que antes mencioné.

6. Lo anterior no modifica la radical identidad en el diseño de las medidas adoptadas por la Corte en los diversos supuestos en que interviene: amparar derechos de las personas, mediante la preservación de bienes jurídicos en peligro. El mismo diseño, por cierto, poseen las medidas cautelares que dicta la Comisión Interamericana.
7. En la Resolución correspondiente a los reclusos de El Rodeo, a la que se refiere este voto, la Corte procura precisar el alcance de sus conceptos sobre el carácter cautelar y tutelar de las medidas provisionales. Al hacerlo pone de manifiesto el deslinde (proyectado hacia la entidad y las finalidades específicas de las medidas) que es posible establecer entre la jurisdicción que ejerce cuando un asunto se halla en trámite ante la Comisión y cuando se encuentra bajo conocimiento de fondo por parte de la Corte, dentro de un procedimiento contencioso.
8. El Tribunal estima que el “carácter cautelar de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales” y a la preservación de la materia de éstos y la ejecución del fallo que pronuncie la Corte (cons. 7). En cambio, el “carácter tutelar” de las medidas implica “una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas” (cons. 8).
9. En términos generales, comparto ese esfuerzo de precisión conceptual, que contribuye a avanzar en el conocimiento de la protección jurisdiccional internacional de los derechos humanos. Mi propio análisis de los criterios invocados en el párrafo anterior me lleva a considerar que aquí se plantea más un punto de énfasis que un asunto de esencia. En efecto, creo que en todo caso hay un propósito tutelar (protección de derechos humanos) y cautelar (preservación de la materia del enjuiciamiento).
10. El objetivo cautelar resulta indudable cuando se trata de medidas dictadas en un caso contencioso (según la acostumbrada caracterización de éste), pero pudiera suscitar dudas cuando vienen a cuentas las medidas provistas en asuntos que permanecen ante la Comisión. Sin embargo, también en éstos existe —en mi opinión— un propósito y un resultado cautelares: proteger la materia del proceso que eventualmente se suscite ante la Corte, así como el efecto de la decisión final que recaiga en éste; e incluso proteger la materia del procedimiento que se realiza ante la propia Comisión Interamericana, que enfrentaría complicaciones adicionales, decaería o devendría infructuoso (desde la perspectiva práctica, que interesa profundamente a los particulares) si se consumaran las violaciones.
11. La Corte ha acentuado la necesidad, absolutamente consustancial al tema, de analizar cuidadosamente la extrema gravedad y urgencia del

- riesgo que se cierne sobre un derecho, así como la posibilidad de que sobrevengan daños irreparables para las personas, extremos en los que se funda la adopción de las medidas. En los términos de la Convención, éstas proceden en situaciones “límite”, cuando se actualizan aquellas circunstancias. Desde luego, la decisión de la Corte puede instalarse en apreciaciones *prima facie*—a falta de pruebas concluyentes, como sucede con frecuencia—, y puede y debe “evaluar (la extrema gravedad de la amenaza y las características y perspectivas de ésta) en función del contexto específico”.
12. Es evidente que el “propósito de ‘evitar daños irreparables’ (e incluso —agrego— la extrema gravedad y urgencia) suele tener relación con la naturaleza y contenido de los derechos amenazados”. De ahí que destaque naturalmente la protección de la vida y la integridad. Empero, no conviene excluir de plano la posibilidad de disponer medidas (bajo los mismos supuestos de extrema gravedad, urgencia y posibilidad de daños irreparables, que será preciso analizar en la especie) en el supuesto de otros derechos, cuando existan las condiciones que así lo determinen. En otra oportunidad, la Corte se ha pronunciado acerca de esta cuestión.
 13. Como integrante de la Corte Interamericana he participado en el conocimiento de un creciente número de asuntos concernientes a personas privadas de libertad en situaciones de extrema gravedad que es preciso atender urgentemente y de las que pudieran resultar daños irreparables para aquéllas. En los últimos años ha sido creciente el número de solicitudes de medidas provisionales relacionadas con los problemas carcelarios en los países americanos. Este tema, tan relevante y perturbador, fue objeto de especial señalamiento por la Corte ante los órganos políticos de la OEA.
 14. Cada vez que he intervenido sobre esta materia, sea como miembro o como Presidente de la Corte Interamericana, tanto en audiencias públicas como en expresiones escritas, he destacado la absoluta necesidad de que el Estado brinde inmediata y efectiva protección a la vida y la integridad de los reclusos. Son éstos los bienes y derechos que corren mayor peligro en las condiciones del cautiverio. De ahí la expresión: “ni una muerte más...” (*cf.* mis votos correspondientes a medidas provisionales en favor de reclusos, desde el referente a las Medidas provisionales relativas a la Cárcel de Urso Branco (Brasil), del 7 de julio de 2004, en García Ramírez, Sergio, Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. votos particulares, ITESO, Guadalajara/Universidad Iberoamericana, Puebla/, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México/Universidad Autónoma de Guanajuato, Guadalajara, México, 2005, pp. 367 y ss.).

15. No hay ni puede haber razón alguna para que el Estado se sustraiga al deber perentorio de proteger la vida y la integridad de individuos que se hallan sujetos a su inmediato, completo y constante control y que carecen, por sí mismos, de capacidad efectiva de autodeterminación y defensa.
16. En las “instituciones totales”, donde la libertad de la persona se halla de jure y de facto suprimida —o radicalmente coartada—, es particularmente intenso el deber de garante a cargo del Estado (deber que abarca, en la especie, reconocimiento, respeto y garantía). De aquí que sea razonable exigir a éste que evite de manera inmediata y absoluta la pérdida de vidas humanas como consecuencia de las condiciones violentas que imperan en las prisiones, sea que esa pérdida provenga de la acción directa de agentes del Estado, sea que derive inmediatamente de la acción de otras personas, que el Estado debiera prevenir e impedir.
17. Estimo adecuado que la Corte haya concentrado la orden jurisdiccional sobre medidas provisionales en el asunto de El Rodeo precisamente en las “que sean necesarias para proteger la vida e integridad de todas las personas privadas de libertad” en los lugares de reclusión de que se trata, sin agregar esta vez —como lo ha hecho en otras ocasiones— una larga relación de disposiciones sobre el régimen penitenciario. Estas tienen plena justificación, pero difícilmente sería posible atenderlas en la forma inmediata y radical en que se debe proveer a la protección de la vida y la integridad de los presos, sujetas a amenaza grave que reclama atención urgente.
18. Por supuesto, la preservación del conjunto de derechos del ser humano privado de libertad y la supresión de la intolerable violencia que existe en muchas prisiones, pasan por una reorganización integral, profunda, efectiva —no limitada a reformas normativas y discursos oficiales—, del régimen de custodia preventiva y penitenciaria, que requeriría, además, una honda reflexión acerca de su frecuencia y modalidades de aplicación y sustitución.
19. La tutela de la vida y la integridad constituye uno de los círculos concéntricos de protección de los derechos humanos en las prisiones, que abarcan, además de las medidas estrictamente conducentes a la preservación de esos bienes, todas las que tienden a garantizar el respeto a la dignidad humana de los reclusos y la obtención de los fines que se pretende alcanzar a través de la reclusión de los sentenciados. Pero los señalamientos acerca de la gran reforma pendiente y sus características resultan más propios de una sentencia de la Corte que de unas medidas provisionales, tomando en cuenta la naturaleza y alcance —material y temporal— de una y otras.

20. Todo esto lleva a reflexionar de nuevo sobre el tema verdadero de las medidas provisionales, habida cuenta de su carácter y de su posible eficacia. Fueron diseñadas para enfrentar problemas apremiantes, inmediatos o inminentes, a través de decisiones y acciones que no admiten demora. No siempre parecen idóneas para atender problemas de fondo, estructurales, que ofrecen diversas vertientes y demandan acciones múltiples, complejas y persistentes en el corto, el mediano y el largo plazos. De ahí la pertinencia de señalar, como lo ha hecho la Corte, que “mientras el Estado lleva a cabo las correcciones pertinentes para enfrentar sus problemas estructurales (en materia de prisiones), las personas recluidas en dicho establecimiento (El Rodeo I y II) que se vean afectadas por tales fallas deberán estar protegidas por medidas provisionales (...)” (cons. 14).
21. Desde luego, no sugiero la adopción de criterios rígidos e inalterables en relación con el punto al que se refiere el párrafo anterior. Las circunstancias dirán lo que sea recomendable conforme a la situación concreta y al proyecto uniforme de brindar efectiva —no sólo declarativa— protección a las personas.
22. Obviamente, el hecho de que la Corte ponga énfasis ahora en la protección de la vida y la integridad no priva de materia ni pretende cuestionar, por supuesto, la vigencia o la eficacia de las medidas previamente adoptadas en otros casos, conforme a sus propias circunstancias y según el desarrollo jurisprudencial del Tribunal interamericano.

Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre control de convencionalidad, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en octubre de 2015 en los talleres de GVG GRUPO GRÁFICO, S. A. de C. V., Leandro Valle núm. 14-C, colonia Centro, C. P. 06010, México, D. F. El tiraje consta de 4,000 ejemplares.

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi
María Ampudia González
Mariano Azuela Güitrón
Jorge Bustamante Fernández
Ninfa Delia Domínguez Leal
Rafael Estrada Michel
Marcos Fastlicht Sackler
Mónica González Contró
Carmen Moreno Toscano
Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

Norma Inés Aguilar León

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Secretario Ejecutivo

Héctor Daniel Dávalos Martínez

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Manuel Martínez Beltrán

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez





ISBN: 978-607-729-146-6



9 786077 291466