

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

FACULTAD DE DERECHO

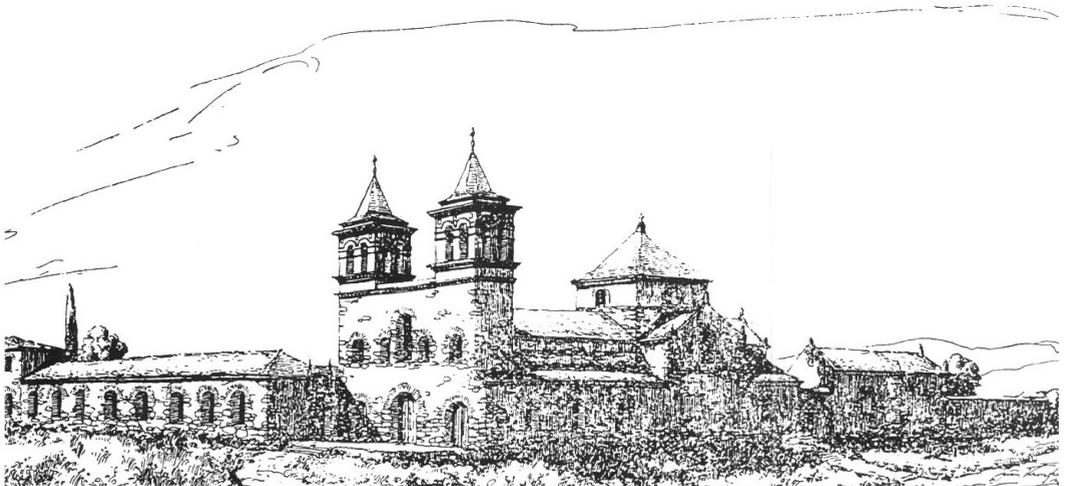
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

VOL. IX • Nº 2 • NUEVA SERIE II (2018)

ISSN 1850-9371



*Incorporada a LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadadas) (Nivel I)

*Incorporada al NÚCLEO BÁSICO DE REVISTAS CIENTÍFICAS ARGENTINAS - CAICYT

*Incorporada a LatinREV (FLACSO Argentina)

*Incorporada a la Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias

ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea)

DIRECTOR HONORARIO

Víctor F. Reinaldi

DIRECTORA

Zlata Drnas de Clément

SECRETARIA

Carla Saad

COMITÉ DE REDACCIÓN

CONSEJO ASESOR

Marcela Aspell (CONICET)

Manlio Bellomo (Universidad de Catania- Sicilia - Italia)

José Antonio Escudero López (UNED - España)

Gonzalo Fernández (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)

Carlos Garriga (Universidad del País Vasco - España)

Hortensia Gutiérrez Posse (Universidad Nacional de Buenos Aires - Argentina)

Ricardo Haro (Universidad Blas Pascal - Argentina)

Waldemar Hummer (Universidad de Innsbruck - Austria)

Alicia Morales Lamberti (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)

Juan Carlos Palmero (Academia Nacional de Derecho de Córdoba - Argentina)

Antonio Remiro Brotóns (Universidad Autónoma de Madrid - España)

Horacio Roitman (Universidad Empresarial Siglo 21 - Argentina)

Jorge Horacio Zinny (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)

CONSEJO DE REDACCIÓN

UNC

José C. Bocchiardo

Eduardo Fanzolato

Alberto Zarza Mensaque

Ricardo Mirolo

Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará

Ernesto J. Rey Caro

Efraín Hugo Richard

Rafael Vaggione

Dirección, redacción y correspondencia

Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-RA

Tel. 0054 351 4332059

revistafacultad@derecho.unc.edu.ar

facultadrevista@yahoo.com.ar

REGLAMENTO DE LA REVISTA

NORMAS EDITORIALES

1. Naturaleza y objetivos de la Revista de la Facultad de Derecho

La Revista es continuación de la publicación del mismo nombre que se editara entre 1993 y 2000, la que, a su vez, prosiguiera la labor de los antiguos *Anales* y el *Boletín de la Facultad*. Es una publicación impresa, científica, arbitrada, con una periodicidad de dos números por año, cuyo propósito es difundir en el ámbito jurídico profesional, académico y educativo, los estudios llevados a cabo en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular. Su objetivo es presentar la producción científica de sus miembros y colaboradores a la comunidad académica jurídica, estimular la difusión de la labor científico-académica de sus docentes, la aproximación interdisciplinaria y la provisión de materiales para los aprendizajes de los estudiantes. Los Profesores de la casa son invitados naturales a presentar contribuciones a la Revista, si bien recibe colaboraciones de autores ajenos a la entidad editora. Sólo admite trabajos inéditos no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas. La Revista cuenta con un Consejo Asesor y un Consejo de Redacción. La Revista no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores. La presentación de los trabajos implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales del presente reglamento. En líneas generales, las fechas de cierre para la recepción de trabajos en el primer y segundo semestres son 15 de marzo y 15 de septiembre de cada año, respectivamente.

2. Contenido de la Revista

Cada número contará con las siguientes secciones: a) Doctrina; b) Jurisprudencia (notas a fallo); c) Reseñas; d) Crónicas; e) Cualquier otro ítem que a consideración del cuerpo directivo se estime conveniente incorporar.

3. Lineamientos para los trabajos

El trabajo deberá seguir los siguientes lineamientos:

3.1. Extensión

Los artículos de doctrina al igual que las notas a fallo no deberán sobrepasar la cantidad de 20 páginas.

3.2. Forma del escrito

El escrito debe entregarse en impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio, escrito de un solo lado y sin enmiendas. Se entregará en Ca-

seros 301, piso 1, 5000 Córdoba-Argentina, en tres copias, una de las cuales deberá carecer de toda referencia, incluso de notas que permitan identificar el autor. Las demás copias, al igual que un CD a adjuntar a la presentación, deberán consignar el nombre del autor y del archivo. Asimismo, el trabajo deberá enviarse por correo electrónico a facultadrevista@yahoo.com.ar.

El archivo deberá estar confeccionado en Word para Windows.

La *Portada* deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones).

3.3. Abreviaturas y otros signos

Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en *itálica*, salvo que se empleen letras griegas.

Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSES, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010. Los títulos no llevarán punto.

Las expresiones “artículo”, “decreto”, “resolución”, “inciso”, “disposición”, “instrucción” y “ley” irán en minúscula y desarrolladas.

Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.

Las llamadas de las notas de pie de página irán con número, en superíndice, sin paréntesis.

El punto será el último signo de la frase (después de las comillas, después del número de la llamada de nota de pie de página). Ejemplo: “111. *Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes (...)*”.

Para destacar palabras o textos se usará *itálica* (no negrita, no subrayado). Los números de las normas no llevarán punto. En cambio sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias.

Los meses deberán escribirse con minúscula.

Las designaciones generales irán en minúscula (ej.: “juez”, “tribunal”, “presidente”), mientras que las designaciones específicas llevan mayúscula inicial (ej.: Tribunal Federal N° 1).

El inciso deberá llevar un paréntesis de cierre luego de su numeración o denominación. Por ej.: inciso 1), inciso a).

Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en *itálica*.

3.4. Tablas y figuras

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.5. Citas de pie de página

3.5.1. Citas bibliográficas en trabajos jurídicos

Cuando se efectúen citas bibliográficas en notas de pie de página, las mismas deberán indicar:

-el apellido con mayúscula seguido de coma y el nombre con minúscula salvo la letra inicial seguido de punto, o el apellido e inicial/es del/los nombre/s del autor con mayúsculas y punto;

-el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;

-el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica, se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta y en el orden indicado los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras mayúsculas el apellido e inicial/es del/los nombre/s del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Ejemplos: RUBINSTEIN, Santiago. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22. y pp. 24-28 o RUBINSTEIN, S. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22 y pp. 24-28; LAURENZO COPELLO,

Patricia. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, N° 34, Madrid, 1999, p. 8 o LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, N° 34, Madrid, 1999, p. 8; DURÁN CHAVARRÍA, Douglas. "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en GONZÁLEZ OVIEDO, M. - TIFFER SOTOMAYOR, C. (coords.). *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-47.

3.5.2. Citas de jurisprudencia

En las citas se consignará: Tribunal, "Autos" (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ej.: TSJ Cba, Sala Laboral, "Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.", abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.

3.5.3. Citas electrónicas

Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

4. Material a presentar con el trabajo

Los trabajos presentados deberán estar acompañados por:

-Nota dirigida a la Dirección de la Revista, solicitando la publicación del trabajo; declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.

-Breve *curriculum vitae* (diez renglones como máximo).

5. Corrección de pruebas

La Revista habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

6. Arbitraje

La evaluación se realizará por expertos externos, especializados en las temáticas abordadas en cada trabajo. El arbitraje adopta un sistema de doble ciego, ya que se enviará el trabajo de forma anónima a un evaluador especialista en el área, quien remitirá a la dirección de la Revista su ponderación. La evaluación será re-trasmitida al autor, permaneciendo los árbitros anónimos para el autor. Los evaluadores tendrán por misión ponderar la pertinencia del tema para la Revista, su originalidad, el aporte realizado, claridad de expresión, metodología, conclusiones, resultados y bibliografía. Su juicio podrá indicar: -que el trabajo está en condiciones de ser aceptado como está; -que está en condiciones de ser aceptado previa realización de las modificaciones indicadas; -que el trabajo debe ser rechazado.

7. Entrega de la publicación al autor y difusión de la Revista

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición dos ejemplares de la Revista.

La Revista se publica en forma impresa. La Facultad envía ejemplares a las principales bibliotecas jurídicas argentinas y extranjeras. Se puede acceder a ella de forma gratuita (sólo lectura) a través de sitio web de la Facultad (www.derecho.unc.edu.ar).

8. Derechos de Autor

La publicación del artículo implica la donación de los derechos de autor a la Facultad de Derecho, conservando el autor su derecho a utilizar el artículo en publicaciones de su autoría o páginas web referidas a su trayectoria. Para el caso de otro tipo de publicaciones, antes de su utilización, deberá obtener autorización de la facultad.

9. Publicación del artículo

La publicación del artículo dependerá de la evaluación referida bajo el punto 6. *Arbitraje*. Aceptado el artículo, ingresará en el orden de publicación conforme al espacio disponible en cada número de la Revista.

10. Cuestiones no previstas

Las cuestiones no previstas en el reglamento serán resueltas por la Dirección de la Revista juntamente con el Consejo de Redacción.

VIOLAR DERECHOS HUMANOS PARA PROTEGERLOS. UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DESDE EL CAMBIO DE SIGLO*

VIOLATE HUMAN RIGHTS TO PROTECT THEM.

*AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN
COURT OF HUMAN RIGHTS SINCE THE TURN OF THE CENTURY*

*Ezequiel Malarino***

Resumen: El trabajo analiza los rasgos centrales de la jurisprudencia de la Corte IDH desde el cambio de siglo. Su idea central es mostrar que la Corte ha adoptado una concepción punitivista de los derechos humanos y poner en evidencia problemas en su argumentación jurídica. Primero, el trabajo muestra que a través de interpretaciones poco apegadas al texto de la CADH ha creado nuevos derechos de las víctimas que neutralizan derechos esenciales del imputado expresamente reconocidos en la CADH. Segundo, el trabajo se ocupa de las dos vías a través de las cuales la Corte IDH ha procurado imponer esta jurisprudencia punitiva en las jurisdicciones nacionales. Por un lado, critica la interpretación exageradamente amplia que la Corte IDH ha hecho sobre lo que puede ordenar como reparación por la violación de un derecho. Por el otro, plantea dudas sobre los fundamentos de la doctrina del control de convencionalidad. Por último, pone en evidencia ciertas inconsistencias de la argumentación de la Corte IDH en torno al deber de perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. Argumenta que si

* Trabajo recibido el 30 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 27 de septiembre del mismo año.

** Abogado con diploma de honor en la Universidad de Buenos Aires (1996). Doctor en Derecho por la Universidad de Macerata, Italia (2006). Investigador adjunto del CONICET (desde 2016). Profesor de cátedra nivel avanzado de Derecho Penal de la Universidad de San Andrés (desde 2016). Profesor visitante regular de la Universidad de Trento, Italia (desde 2006). Director académico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Georg August-Universität de Göttingen (desde 2013). Ha realizado estudios de investigación doctorales (Münster, Paris 1 Pantheon-Sorbonne y Macerata) y posdoctorales (Cambridge, Nottingham, Hebrew University, Göttingen y Humboldt-Berlin). Ha sido becario del DAAD, de la Fundación Alexander von Humboldt, del Institute for Advanced Studies de Israel y del Ministerio para la Investigación Científica de Italia, entre otras.

el deber de perseguir y sancionar se deriva, como sostiene la Corte IDH, del deber de garantía (artículo 1.1 CADH) a través de la idea de la prevención, entonces no es posible derivar de allí una prohibición absoluta de leyes de amnistía de graves violaciones a los derechos humanos, ni tampoco un derecho de las víctimas de violaciones de derechos pasadas a la persecución penal y castigo de los responsables de esas violaciones.

Palabras-clave: Graves violaciones a los derechos humanos - Deber de perseguir y castigar - Derecho de las víctimas a que se persiga y castigue - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Expansionismo penal.

Abstract: This article analyses the main features of the Inter-American Court of Human Rights' case law in the 21st century. Its central purpose is to show that the IACHR has endorsed a punitivist conception of human rights and to highlight some flaws in its legal argumentation. Firstly, it shows that by means of victims-oriented interpretations, lacking support in the text of the American Convention, the Court has created new victims' rights, which neutralise fundamental, expressly granted rights of the accused. Secondly, the article deals with two ways through which the IACHR has seek to impose its punitivist jurisprudence on national authorities. On the one hand, it criticizes the extremely broad interpretation regarding what the IACHR can order as a reparation for a human rights violation. On the other hand, it casts doubts on the foundations of the doctrine of conventionality control. Lastly, the article points out some inconsistencies in the IACHR's reasoning about the duty to prosecute and punish serious human rights violations. It maintains that a duty to prosecute and punish can be derived from the duty to ensure (article 1.1 ACHR) only through the idea of crime prevention. But, if this is so, it is not possible to derive from such a duty neither an absolute prohibition of amnesty laws for serious human rights violations nor a victim's right to prosecute and punish.

Keywords: Serious human rights violations - Duty to prosecute and punish - Victim's rights to prosecute and punish - Inter-American Court of Human Rights - Punitivism.

Sumario: I. Introducción.- II. Los derechos de las víctimas y la comprensión punitivista de los derechos humanos.- III.- La imposición de la jurisprudencia punitiva en el ámbito interno.- IV. El deber estatal de investigar, perseguir y sancionar: algunas tensiones entre su fundamento y sus derivaciones.

I. Introducción

Uno de esos rasgos más salientes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de los últimos quince o veinte años es, sin duda alguna, su comprensión punitivista de los derechos humanos. A través de interpretaciones poco apegadas al texto de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Corte IDH ha ido creando una serie de nuevos derechos de las víctimas que tienen el efecto de neutralizar derechos esenciales del imputado expresamente reconocidos en

la CADH. Uno de los pilares de esta interpretación punitivista de los derechos humanos es el reconocimiento de un derecho de las víctimas a que el Estado investigue, persiga y castigue a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, derecho que ha sido derivado del deber estatal de investigar, perseguir y castigar esas violaciones.

Tales derechos de creación jurisprudencial importan un expansionismo penal, dado que tienen por consecuencia erigir a la pena como reacción ineludible frente a una violación de derechos humanos. De este modo, los derechos humanos, reconocidos desde siempre exclusivamente como *límites* al poder punitivo estatal, son vistos ahora también como *justificaciones* de ese poder punitivo. Con esto, el derecho internacional de los derechos humanos ha dado un vuelco copernicano. El objetivo, absolutamente legítimo, de brindar una protección amplia a la víctima de violaciones a los derechos humanos ha desembocado en una amplia desprotección de los acusados frente al poder punitivo del Estado. Las reglas del debido proceso y las garantías penales frente a la pena, medios paradigmáticos del derecho internacional de los derechos humanos para proteger al individuo frente a la coerción estatal, son ahora relativizadas para tener en cuenta intereses de las víctimas que exigen protección. La paradoja es evidente: para proteger derechos humanos se violan derechos humanos.

Este giro punitivista fue hecho posible gracias a un marcado activismo judicial, producto de “interpretaciones” extremadamente libres de la CADH, y fue acompañado por la pretensión de la Corte IDH de posicionarse como una autoridad supranacional suprema en el espacio interamericano, pretensión que se manifestó con el intento, principalmente por medio de sus sentencias a reparaciones, de arrogarse funciones consideradas tradicionalmente del resorte exclusivo de las autoridades nacionales. En otras palabras, la Corte IDH no sólo hizo una interpretación de los derechos convencionales que condujo a un expansionismo punitivo, sino que también procuró que esa interpretación fuera adoptada por las autoridades nacionales.

El presente trabajo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, se presentarán ejemplos de creación judicial de nuevos derechos de la víctima de violaciones de derechos humanos y se mostrará cómo ellos afectan los derechos de los acusados en el juicio penal. La exposición pondrá en evidencia no sólo la interpretación punitivista de los derechos humanos que hace el tribunal interamericano, sino también serias falencias de su argumentación. En segundo lugar, el trabajo se ocupará de las dos vías a través de las cuales la Corte IDH ha procurado que esta jurisprudencia punitiva sea seguida en las jurisdicciones nacionales: las sentencias sobre reparaciones y la doctrina del control de convencionalidad. Al respecto, se argumentará, por un lado, que la Corte IDH hace una interpretación exageradamente amplia de lo que puede ordenar como reparación por la violación de un derecho y, por el otro, que la doctrina del control de convencionalidad tiene un fundamento endeble. Por último, se pondrán en evidencia ciertas inconsistencias de la argumentación de la Corte IDH en torno al deber de investigar, perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos y el pretendido derecho correlativo de las víctimas a que el Estado investigue, persiga y sancione

tales violaciones. En concreto, se argumentará que si el deber de investigar, perseguir y sancionar se deriva, como sostiene la Corte IDH, del deber de garantía previsto en el artículo 1 apartado 1) de la CADH, entonces no sólo no es posible derivar de allí un derecho de las víctimas de violaciones de derechos pasadas a la persecución penal y castigo de los responsables de esas violaciones, sino tampoco una prohibición absoluta, basada en imperativos de justicia (o en la idea de satisfacción moral de las víctimas), de leyes de amnistía de graves violaciones a los derechos humanos.

El objetivo general del trabajo es, por un lado, mostrar ciertos problemas en la argumentación de la Corte IDH en la derivación de derechos y, por el otro, poner en duda que esta jurisprudencia pro-víctima necesariamente mejore la protección de los derechos de la persona humana. Aunque el incremento de derechos de la víctima de una violación mejora su protección, ello puede traer aparejado una reducción de los derechos de otras personas, como los acusados de violaciones de derechos o las víctimas potenciales. Así, la doctrina de la Corte IDH, fundada en parte en el derecho de las víctimas a que el Estado persiga y sancione, según la cual las leyes que amnistían hechos calificables como graves violaciones de derechos humanos son inválidas y carecen de todo efecto jurídico, no sólo puede afectar derechos de los imputados -como el derecho, reconocido en la propia CADH, a no ser perseguido más de una vez por los mismos hechos (*ne bis in idem*) en relación con quien había sido perseguido y sobreseído en virtud de tales leyes-, sino que una prohibición absoluta de leyes de amnistía, al eliminar un elemento esencial para las negociaciones de un proceso de paz, puede ser funcional a la continuación de la actividad delictiva y, con ello, disfuncional a la protección de los derechos de las víctimas potenciales y, por lo tanto, de las personas.

II. Los derechos de las víctimas y la comprensión punitivista de los derechos humanos

La Corte IDH ha hecho mucho por posicionar a la víctima como un actor central del sistema interamericano y del derecho internacional en general: la ha reconocido como un verdadero sujeto del derecho internacional, dotándola de amplios poderes de intervención en el proceso interamericano (1), ha ampliado el concepto de víctima, concediendo legitimación sustantiva y procesal por derecho propio también a los familiares de la víctima directa de la violación del derecho (2), y ha reconocido nuevos derechos de la víctima más allá de lo previsto en la CADH (3). Según ha reconocido la Corte IDH, la posición central de la víctima en el sistema interamericano refleja una concepción del derecho internacional de los derechos humanos como un derecho

(1) Cfr. los reglamentos de la Corte IDH, especialmente, los reglamentos de los años 1996, 2000, 2003 y 2009.

(2) Cfr. Corte IDH, “Blake vs Guatemala”, sentencia (fondo), 24/01/1998, §§ 112 a 116; Corte IDH, “Villagrán Morales y otros vs Guatemala (‘Niños de la Calle’)”, sentencia (fondo), 19/11/1999, §§ 173-177; Corte IDH, “Bámaca Velásquez vs Guatemala”, sentencia (fondo), 25/11/2000, §§ 162 a 166; cfr. también el reglamento de la Corte IDH del año 2000 y los sucesivos.

(3) Para algunos ejemplos ver más adelante en el texto.

“orientado hacia la protección de la persona humana” (4). Sin embargo, que ese reposicionamiento de la víctima, logrado principalmente a través del reconocimiento de nuevos derechos que procuran eliminar obstáculos a la persecución y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, implique una mejor protección de la persona humana *en general* es algo sobre lo que puede discutirse largamente, dado que esos *obstáculos*, que ahora son derribados para mejorar la protección de las víctimas, son los mismos que tradicionalmente fueron concebidos como frenos al poder punitivo estatal para evitar abusos y arbitrariedades.

Estos nuevos derechos de las víctimas son de origen jurisprudencial; y lo son no meramente en el sentido débil de que fueron identificados con base en interpretaciones más o menos apegadas al texto de las reglas de la CADH, sino en el sentido fuerte de que fueron reconocidos *con prescindencia de ellas* o incluso *a pesar de* disposiciones explícitas en sentido contrario. El proceso a partir del cual la Corte IDH ha reconocido estos nuevos derechos de las víctimas es un claro ejemplo de activismo judicial. Aunque la Corte IDH no haya reconocido en sus sentencias que esos nuevos derechos son de pura creación pretoriana, el juez Sergio García Ramírez, escribiendo en un libro en homenaje de los primeros veinticinco años de funcionamiento del tribunal interamericano, parece haber admitido que la Corte IDH no se siente muy vinculada a la CADH. En efecto, describiendo la función judicial de los jueces del tribunal interamericano García Ramírez sostuvo, con total franqueza, que la CADH no es otra cosa que lo que la Corte IDH dice que es (5). Esta frase expresa una visión de la función del juez en la identificación del derecho propia de ciertas vertientes del realismo jurídico norteamericano. Sugiere que los jueces, especialmente aquéllos de los tribunales supremos en razón de estar investidos de la autoridad final para decir qué es el derecho, no están sujetos a las reglas. Este tipo de escepticismo ante las reglas niega a la formulación cualquier contenido significativo, porque el derecho es en última instancia aquello afirmado irrevocablemente en la sentencia (6). Sin embargo, las reglas del sistema interamericano sobre la producción del derecho no avalan la conclusión de que cualquier cosa que digan los jueces interamericanos sea derecho interamericano; esas reglas sólo confieren a la Corte IDH competencia para interpretar y aplicar las reglas existentes, no para alterar o suprimir esas reglas o introducir nuevas reglas al sistema (artículos 62,

(4) Corte IDH, “Villagrán Morales y otros *vs* Guatemala”, sentencia (reparaciones), 26/05/2001, voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, § 6.

(5) GARCÍA RAMÍREZ, S. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, AA.VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979:2004*, San José de Costa Rica, 2005, pp. 5 y ss. Aunque no está expresamente mencionada en su texto, García Ramírez hace referencia a la famosa frase de Charles Evans Hughes: “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the Supreme Court says it is*” (HUGHES, Ch. E. *Address and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York (1906-1908)*, Putnam’s son, Nueva York, 1908, pp. 139 y ss.).

(6) Sobre las diferentes formas de escepticismo ante las reglas, HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 169 ss.

76 y 77 de la CADH). Frases como la de Sergio García Ramírez sólo proporcionan un “ropaje verbal para ejercicio de una discrecionalidad ilimitada” (7).

En líneas generales, es posible decir que la Corte IDH por vía jurisprudencial ha creado un verdadero estatuto de la víctima opuesto al estatuto del imputado consagrado en la CADH, esto es, un *Bill of rights* no escrito de la víctima que neutraliza el *Bill of rights* escrito del imputado. Por esa razón, ya desde el inicio se ha señalado que un rasgo esencial de la jurisprudencia de la Corte IDH es su comprensión punitivista de los derechos humanos.

Paradigmático de esta jurisprudencia es el derecho de la víctima a que el Estado investigue, persiga y sancione a los responsables de graves violaciones de los derechos humano (8), derecho que, según algunas sentencias del tribunal interamericano, autorizaría a dejar de lado derechos fundamentales de la persona que corre el riesgo de una pena criminal. En efecto, la Corte IDH ha recurrido a ese derecho de las víctimas -y al deber estatal de perseguir y sancionar del cual es derivado- para fundamentar la creación jurisprudencial de reglas cuyo efecto es extender el poder punitivo estatal, como, por ejemplo, la regla que prohíbe el dictado de amnistías (9), la regla que excluye la prescripción (10); la regla que rechaza la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal (11); la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso (12); la regla que autoriza un *bis in idem* en caso de encontrarse nuevas pruebas luego de una sentencia penal condenatoria firme (13).

Estas reglas especiales operan, principalmente, en relación con hechos que puedan entenderse como graves violaciones de los derechos humanos o crímenes internacionales, aunque, en algunos casos, la Corte IDH las ha extendido a casos del derecho penal común (14). Por otra parte, varias de estas nuevas reglas de creación judicial, además

(7) *Ibidem*, p. 182.

(8) Este derecho es derivado por la Corte IDH del deber estatal de investigar, perseguir y castigar, y éste, a su vez, del deber de garantía previsto en el artículo 1, apartado 1) de la CADH.

(9) Corte IDH, “Barrios Altos vs Perú”, sentencia (fondo), 14/03/2001, §§ 41-44; Corte IDH, “Almonacid Arellano vs Chile”, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 26/09/2006, §§ 105/129; Corte IDH, “Gomes Lund e outros (Gerrilha do Araguaia) vs Brasil”, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 24/11/2010, § 147 y ss.; Corte IDH, “Gelman vs Uruguay”, sentencia (fondo y reparaciones), 24/02/2011, §§ 183 y ss. y 241 y ss.

(10) Corte IDH, “Barrios Altos”, cit., §§ 41/44; Corte IDH, “Bulacio vs Argentina”, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 18/09/2003, §§ 116/117.

(11) Corte IDH, “La Cantuta”, cit., § 227; Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 151.

(12) Corte IDH, “La Cantuta”, cit., § 149.

(13) Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 154.

(14) En este punto, la Corte IDH ha sido muy poco consistente. Aunque en general ella aplica las reglas excepcionales en casos de “graves violaciones de derechos humanos” (cfr., entre muchos otros, Corte IDH, “Barrios Altos”, cit., §§ 41), a veces ha exigido un criterio más estricto como el

de eliminar obstáculos al ejercicio del poder punitivo estatal, también derogan derechos del acusado explícitamente reconocidos en la CADH. En estos casos, el activismo judicial de la Corte IDH no sólo es punitivista, sino también contrario a la CADH. Por lo demás, mientras que en algunos casos tales reglas fueron efectivamente usadas en la decisión de controversias -y en estos casos puede hablarse propiamente de *reglas-*, en otros sólo fueron afirmadas en un *obiter dictum*. Un caso singular es el surgimiento de la regla que prohíbe amnistiar graves violaciones a los derechos humanos. Si bien esa regla fue formulada originalmente en el precedente “Barrios Altos” (15), la Corte IDH no decidió ese caso *aplicando* esa regla. En efecto, la solución de anular las leyes de amnistía sobre las que versaba el caso había sido propuesta por los representantes del Estado peruano y aceptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en la audiencia de solución amistosa. La Corte IDH se limitó a homologar la solución consentida por las partes y a encontrarle una base normativa en la CADH. Sólo posteriormente la Corte IDH *aplicó* la regla Barrios Altos (“está prohibido amnistiar graves violaciones de los derechos humanos”) a casos en que el Estado no había reconocido su responsabilidad (16).

En lo siguiente se mostrarán tres ejemplos de este activismo judicial punitivista y contrario a la CADH.

Primer ejemplo. Según el artículo 8, apartado 4) de la CADH, “[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. No existe ninguna disposición de la CADH que establezca una excepción a esta regla. Sin embargo, la Corte IDH ha dicho: “(...) esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*” (17). El artículo 8, apartado 4) es desaplica-

de “crímenes de lesa humanidad” (Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 151 ss.) o “muy graves violaciones de derechos humanos” (Corte IDH, “Albán Cornejo vs Ecuador”, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 22/11/2007, § 111) pero, otras veces, las ha considerado aplicables en casos de meras “violaciones de derechos humanos” (Corte IDH, “Bulacio”, cit., §§ 116/117). Con este último criterio, la Corte IDH extiende las reglas de excepción a cualquier delito del derecho penal común que lesione un derecho protegido por la CADH y, por lo tanto, convierte reglas de excepción en reglas de aplicación ordinaria.

(15) Corte IDH, “Barrios Altos”, cit., § 41.

(16) Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 105-114.

(17) Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 154. En *La Cantuta* la Corte IDH dijo: “(...) el Estado no podrá (...) argumentar (...) cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* (...). Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas en los procesos penales militares” (Corte IDH, “La Cantuta”, cit., § 226).

do con base en “derechos de las víctimas” no explicitados en la CADH, “exigencias de justicia” identificadas discrecionalmente y, paradójicamente, la “letra y espíritu” de la CADH. Si con “espíritu” la Corte IDH quiere referirse a una interpretación basada en la voluntad de los redactores, entonces habría debido proporcionar argumentos a favor de esa interpretación. Independientemente de la discusión más bien filosófica acerca de si efectivamente los cuerpos colegiados pueden tener voluntad, no hay nada en los antecedentes de la CADH que sugiera que los redactores hayan querido establecer una excepción a la regla analizada para el caso de descubrirse nuevas pruebas luego de la sentencia condenatoria. Por el contrario, éste parece ser precisamente el caso central de aplicación de la regla que impide perseguir y sancionar más de una vez por el mismo hecho. Mayor perplejidad causa el basamento de esa jurisprudencia en la “letra” de la CADH, pues, al contrario de lo que sostiene la Corte IDH, la letra es clara y dice *ne bis in idem* para el imputado absuelto por sentencia firme.

Segundo ejemplo. El artículo 9, primera parte, de la CADH establece que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Ninguna disposición de la CADH establece una excepción a la regla de la irretroactividad de la ley penal y el artículo 27, apartado 2) expresamente rechaza que esta regla pueda ser suspendida aun en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. La Corte IDH, sin embargo, ha dicho: “(...) el Estado no podrá argumentar (...) irretroactividad de la ley penal (...) para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” (18) de hechos que según el derecho internacional serían calificables como crímenes contra la humanidad. La Corte IDH parece haber derivado la regla que permite la retroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales directamente del derecho internacional. Sin embargo, esto es problemático al menos por dos razones. Por un lado, no es claro que la Corte IDH esté facultada para derivar normas no escritas del orden jurídico internacional (las reglas de la CADH le atribuyen competencia solamente para interpretar y aplicar las disposiciones de la CADH); mucho menos cuando esas normas contradicen y dejan sin efecto disposiciones explícitas del derecho interamericano. Por el otro, no parece que esa regla efectivamente exista en el derecho penal internacional actual. El Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional recoge un principio de legalidad fuerte y esta comprensión fue confirmada por la Corte Penal Internacional en varias decisiones (19). La Corte IDH al excluir a los autores de crímenes internacionales del derecho a ser condenados únicamente si sus acciones u omisiones son delictivas en el momento del hecho, no sólo desconoce el artículo 9 que claramente dispone que “*nadie*” puede ser condenado con base en

(18) Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 151. Similar, Corte IDH, “La Cantuta”, cit., § 226.

(19) Sobre la revalorización del principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, cfr. NÚÑEZ, N. “La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 4, 2016, pp. 111 y ss.

normas posteriores al hecho, sino también el artículo 1 apartado 1) de la CADH que establece que los Estados parte deben respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH y garantizar su libre y pleno ejercicio a “*toda persona* que esté sujeta a su jurisdicción”; y “*persona*” según el artículo 1, apartado 2) es “todo ser humano”.

Tercer ejemplo. El artículo 8, apartado 1) de la CADH reconoce el derecho de “[t]oda persona (...) a ser oída (...) dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal (...)”. Ninguna disposición de la CADH restringe el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Sin embargo, la Corte IDH sostuvo: “(...) en este tipo de casos, el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable” (20). Con “este tipo de casos” la Corte IDH se refiere a crímenes contra la humanidad. Es cierto que la indeterminación del artículo 8, apartado 1) deja un amplio margen al juez para decidir cómo se establece el plazo razonable. Esto significa que la Corte IDH debe precisar la garantía, concretando los criterios según los cuales se establece la (ir)razonabilidad de la duración del proceso, pero no, en cambio, que ella esté autorizada a desaplicar un derecho expresamente garantizado por la CADH a toda persona sujeta a un procedimiento judicial. Si una persona condenada por (o absuelta de) un delito muy grave reclama ante el sistema interamericano que su proceso ha durado un tiempo irrazonable y que, por lo tanto, se ha violado el artículo 8 apartado 1) de la CADH, la Corte IDH deberá determinar si eso ha ocurrido o no y para hacerlo podrá echar mano a los criterios que ella misma ha elaborado para concretar la garantía. Lo que la Corte IDH no puede hacer es afirmar que el proceso tuvo efectivamente una duración irrazonable, pero que, en el caso concreto, la lesión de la garantía se justifica por la gravedad del delito atribuido. Esa garantía está prevista a favor de toda persona sujeta a un procedimiento judicial y la CADH no previó una excepción para la persona procesada por hechos penales graves. También una persona acusada de un hecho grave tiene derecho a que el sufrimiento que implica el proceso cese en un determinado tiempo. Por ello, ningún requerimiento de “justicia” basado en la gravedad del delito autoriza a la Corte IDH a denegar a una persona su derecho a que el proceso finalice dentro de un plazo razonable.

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

(20) Corte IDH, “La Cantuta”, cit., § 149.

compatibilizarse con el artículo 29, letra a) de la CADH que prohíbe que, a través de “interpretación”, se suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CADH o se los limite en mayor medida de lo que ella prevé.

III. La imposición de la jurisprudencia punitiva en el ámbito interno

La Corte IDH no se ha limitado a establecer una jurisprudencia que expande el poder punitivo del Estado y que, a veces, contradice reglas explícitas de la CADH. Ella pretende, además, que este nuevo equilibrio entre víctima e imputado, producto de la neutralización de normas de garantía prevista a favor del imputado, sea respetado por los tribunales penales y otras autoridades de los Estados parte de la CADH. Para ello, la Corte IDH se ha servido de dos mecanismos: las sentencias sobre reparaciones y la doctrina del control de convencionalidad.

1. Las sentencias sobre reparaciones. Las sentencias sobre reparaciones se han convertido en los últimos años en una piedra fundamental del sistema interamericano. Es posible coincidir con Sergio García Ramírez en cuanto a que “en esta materia se ha cifrado, con especial intensidad y profundidad, la fuerza creativa” de la jurisprudencia de la Corte IDH (21). En efecto, como reparación por la violación de un derecho garantizado en la CADH, la Corte IDH con frecuencia ha ordenado a los Estados que adopten medidas en ámbitos tradicionalmente considerados de competencia exclusiva del Estado por ser fuertemente expresivos de su soberanía nacional. Por ejemplo, ella ha ordenado la derogación o sanción de leyes o, incluso, de normas constitucionales (incidencia en la esfera del Poder Legislativo o constituyente), la revisión de decisiones de tribunales locales tanto en procesos pendientes como terminados con sentencia definitiva, o la adopción de medidas procesales concretas (incidencia en la esfera del Poder Judicial) y también la realización de políticas públicas, algunas incluso de gran envergadura, que implican la erogación de importantes recursos estatales (incidencia en la esfera del Poder Ejecutivo). Esta jurisprudencia sobre reparaciones sugiere que la Corte IDH pretende posicionarse como una autoridad supranacional suprema en el espacio americano (22).

(21) GARCÍA RAMÍREZ, “La jurisprudencia de la Corte...”, cit., p. 3, quien agrega: “Es interesante advertir cómo se avanzó en el espacio de las reparaciones en cada nueva sentencia sobre la materia que dictó la Corte, e incluso en las resoluciones de fondo” (p. 13).

(22) El siguiente pasaje del voto concurrente de García Ramírez en la sentencia “La Cantuta” sintetiza de manera muy clara esta posición: “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” (Corte IDH, “La Cantuta”, cit., voto concurrente del juez García Ramírez, § 24).

La Corte IDH no siempre mantuvo tal posición avasallante con respecto a las jurisdicciones nacionales. En sus primeros años de funcionamiento, ella sostuvo en repetidas ocasiones que su función no es sustituir a las autoridades nacionales, sino solamente constatar si el Estado incurrió en responsabilidad internacional. Ya en su primera decisión contenciosa en el caso “Velásquez Rodríguez”, la Corte IDH reconoció que “la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal” (23) y en muchos casos posteriores afirmó que no es competente para decidir procesos nacionales. Por ejemplo, en el caso “Niños de la Calle”, la Corte IDH rechazó la excepción preliminar de cosa juzgada planteada por Guatemala con el argumento de que su decisión no pretende la revisión de la sentencia de la Corte Suprema guatemalteca (24) La *Opinión consultiva 14/94* es también un muy buen indicador de que, en sus inicios, la Corte IDH tenía bien en claro que su competencia como tribunal internacional de derechos humanos era muy distinta de las competencias de las autoridades legislativas, judiciales y administrativas nacionales. En este caso, la Corte IDH tuvo que decidir cuáles eran las consecuencias jurídicas de una ley que manifiestamente viola la CADH. Luego de constatar que los Estados miembros tienen el deber de no aprobar leyes contrarias a la CADH, agregó: “La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho” (25).

De esta última afirmación a la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH que ordena a los Estados aprobar o suprimir leyes, tomar decisiones en procesos judiciales y adoptar políticas públicas de gran alcance hay un trecho muy largo. En lo siguiente se mostrarán dos ejemplos de sentencias sobre reparaciones que deciden cuestiones concebidas tradicionalmente del resorte exclusivo del Estado.

Paradigmático es el caso “Gelman” donde la Corte IDH ordenó a Uruguay reabrir las investigaciones penales sin tener en cuenta una ley que impedía tales persecuciones

(23) Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs Honduras”, sentencia (fondo), 29/07/1988, § 134. Por lo demás, aquí la Corte IDH constató que el Estado hondureño había incumplido el deber de perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos debido a que el proceso penal interno no había arrojado resultados positivos (había finalizado en sobreseimiento); sin embargo, la constatación del incumplimiento de ese deber no tuvo como efecto la reapertura del proceso judicial interno, sino únicamente la sanción internacional de Honduras.

(24) Corte IDH, “Niños de la Calle”, cit., §§ 17/20. Véase, además, Corte IDH, “Suárez Rosero vs Ecuador”, sentencia (fondo), 12/11/1997, § 37; Corte IDH, “Castillo Petruzzi vs Perú”, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 30/05/1999, § 90; Corte IDH, “Fermín Ramírez vs Guatemala”, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 20/06/2005, § 62; Corte IDH, “Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala”, sentencia (fondo), 8/03/1998, § 71; Corte IDH, “Raxcacó Reyes vs Guatemala”, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 15/09/2005, § 55; Corte IDH, “La Cantuta”, cit., § 156.

(25) Corte IDH, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención”, Opinión consultiva 14/1994, 9/12/1994, § 34.

(ley 15.848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado) a pesar de que esa ley había sido convalidada dos veces por el pueblo uruguayo a través de mecanismos de democracia directa (plebiscito y referéndum). En completo contraste con la *Opinión consultiva 14/94* recién citada, aquí la Corte IDH sostuvo que esa ley carecía de todo efecto jurídico en el ámbito interno y, por tal razón, no podía oponerse a la persecución y sanción por parte de los tribunales uruguayos de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos (26). Este caso muestra de manera ejemplar que para la Corte IDH el valor formal de la democracia, esto es, que quienes viven en una sociedad puedan decidir por sí mismos cómo quieren vivir independientemente de cómo sea como ellos quieren vivir, cuenta poco. Por lo demás, no es en absoluto claro que una regla que prohíbe irrestrictamente amnistiar graves violaciones a los derechos humanos proteja mejor los derechos humanos que una regla que autoriza la amnistía en circunstancias excepcionales. La primera regla hace de la persecución penal de los responsables un imperativo de justicia y responde a la idea de dar a quienes lo merecen lo que se merecen (o, bien, prioriza la persecución penal con base en la idea de satisfacer moralmente a las víctimas a través de la retribución, algo que, como veremos, resuena a venganza). La segunda, en cambio, prioriza la pacificación de la sociedad y, con ello, el cese del conflicto y la evitación de víctimas futuras. Lo que está en juego entonces es el valor del merecimiento (o bien, el valor de satisfacer el *sentimiento* de justicia -o de venganza- de las víctimas) frente al valor de la evitación de nuevos delitos; en otras palabras, retribución (venganza) *versus* vidas (27). Sea como fuera, una cuestión tan compleja debería ser decidida por una asamblea parlamentaria con sustento democrático y no, en cambio, por un órgano aristocrático compuesto por jueces *part-time* sin responsabilidad política.

Otro ejemplo -de un orden completamente distinto- de esta tendencia de la Corte IDH a autoconcebirse como una autoridad supranacional suprema es el caso de la “Masacre Plan de Sánchez” (28). Aquí la Corte IDH ordenó a Guatemala implementar y desarrollar en ciertas comunidades afectadas por una masacre, en el plazo de cinco años e independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que ese país planeara destinar a esa región, entre otras cosas, una red de alcantarillado, un sistema de agua potable y la construcción y mejora de carreteras. La Corte IDH no explica, sin embargo, en qué medida tales obras de infraestructura *reparan* a las víctimas de una masacre. Tampoco explica si esas obras son necesarias en esa región, ni si tal erogación de recursos es posible sin desatender necesidades más acuciantes en esa u otra región. En sociedades con recursos escasos, como lo son las que integran el sistema

(26) Corte IDH, “Gelman”, cit., puntos 11 y 6 de la parte resolutive y §§ 238 y ss.

(27) Con mayor detalle, cfr. MALARINO, E. “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en contextos de transición”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED (9), 2013, 205-222.

(28) Corte IDH, “Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala”, sentencia (reparaciones y costas), 19/11/2004, punto 9 de la parte resolutive y §§ 109/111.

interamericano, la realización de una medida que requiere de la inversión de grandes recursos económicos implica la imposibilidad de realizar otras medidas. Por lo demás, puede dudarse de que la Corte IDH tenga las capacidades técnica (conocimientos macroeconómicos, etc.) y epistémica (conocimientos de campo) -y claramente no tiene la legitimidad democrática- para decidir esas cuestiones. Las autoridades nacionales no sólo están en mejor posición para evaluar si la medida es necesaria y si existen otras necesidades prioritarias, es decir, para determinar cómo distribuir adecuadamente los escasos recursos, sino que ellas tienen mayor legitimidad política para tomar esas decisiones; ellas tienen, en efecto, la responsabilidad política de proteger y brindar bienestar a *toda* la población de la mejor manera posible con los escasos recursos disponibles. La Corte IDH pasa por alto estas cuestiones cuando ordena la ejecución de tamañas obras de infraestructura sin hacer, ni poder hacer, una evaluación precisa de la necesidad e implicancias de la medida.

Estos ejemplos procuran plantear ciertas dudas respecto a si tal tipo de medidas de “reparación” a las víctimas entran efectivamente dentro de la competencia de un tribunal internacional de protección de derechos humanos(29). Por muy impreciso que el término “reparación” pueda ser no parece que rinda tanto como para convertir a la Corte IDH en legislador y constituyente de todos los Estados parte, ni tampoco en una suerte de Corte Suprema de las Cortes Supremas de esos Estados. Tampoco parece que esa norma llegue a tanto como para autorizar a la Corte IDH a decidir las políticas públicas nacionales. Por otra parte, es improbable que los Estados hayan querido ceder a la Corte IDH la decisión sobre asuntos tan estrechamente vinculados con la soberanía estatal y perder en tal medida su poder de autogobierno.

Esta jurisprudencia de la Corte IDH se enfrenta a críticas muy fuertes. Resumidamente: primero, la pretensión de erigirse en autoridad suprema en los ámbitos legislativo, ejecutivo y judicial es expresiva de una peligrosa concentración del poder (absolutismo); segundo, los jueces no son elegidos democráticamente (ausencia de legitimidad democrática); tercero, tampoco existe mecanismo alguno para su remoción en caso de desempeño irregular o abusivo (ausencia de responsabilidad política); cuarto, por razones de composición del tribunal, formación requerida y también presupuestarias la Corte IDH no está en buenas condiciones para conocer adecuadamente las necesidades de los Estados -aspecto esencial para la decisión de políticas públicas- (déficit epistémico); en fin, muchas de las medidas que la Corte IDH ordena como reparación de una violación de derechos humanos requieren de un profundo conocimiento sobre

(29) Por esto, es convincente la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN) de que la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH que surge del art. 68 apartado 1) de la CADH “debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional” (Cfr. CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, resuelta el 14/02/2017, considerando 20).

el ordenamiento jurídico en cuestión o conocimientos técnicos específicos de otro tipo que los jueces del tribunal interamericano no necesariamente tienen (déficit técnico).

Estas objeciones hablan a favor de que la Corte IDH ejerza un poco más de autorrestricción en sus condenas a reparaciones. Obviamente, con esto no se quiere decir que la Corte IDH no pueda constatar la responsabilidad internacional de un Estado cuando considere que una ley, un proceso o una práctica lesionan la CADH. Es claro que la Corte IDH puede y debe hacer ello y esa constatación de responsabilidad internacional funcionará, en los hechos, de estímulo para que el Estado evalúe la conveniencia de adoptar o derogar una ley, prever un mecanismo para anular los efectos de una sentencia que es contradicha por una decisión del tribunal interamericano, o bien modificar o implementar ciertas prácticas, medidas o políticas públicas. Pero de esto a que la Corte IDH pueda ordenar a un parlamento nacional votar una ley con determinado contenido, a una autoridad judicial nacional tomar una decisión procesal concreta o a una autoridad administrativa implementar una política pública hay una distancia enorme, precisamente la distancia que media entre no confundir la función de un tribunal internacional de derechos humanos con la función de las autoridades legislativas, judiciales y ejecutivas nacionales y la de hacerlo.

2. La doctrina del control de convencionalidad. La Corte IDH ha procurado imponer su “interpretación” punitivista de la CADH no sólo a través de las sentencias sobre reparaciones, sino también a través de la doctrina del control de convencionalidad. Como es conocido, esta doctrina establece que los tribunales y demás autoridades de los Estados parte deben controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH, y que, al realizar este examen, deben 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” (30). De este modo, parámetro para la determinación de la *convencionalidad* de una disposición del derecho interno no sería solamente la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH. En las consecuencias, esta doctrina crea el deber de las autoridades nacionales de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.

(30) Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 124: “La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Dado que ninguna disposición de la CADH establece que la *jurisprudencia* de la Corte IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales, es preciso analizar cuáles son los argumentos que da la Corte IDH para sostener esa doctrina (31).

En principio, la doctrina del control de convencionalidad y, en particular, el deber de las autoridades nacionales de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH que de allí se deriva no puede fundarse en el mero hecho de que la Corte IDH así lo estableció. En efecto, la obligatoriedad de la jurisprudencia de un tribunal no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia del mismo tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (¡también aquella que estableció el control de convencionalidad!) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir su jurisprudencia.

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es “intérprete última de la Convención Americana”. Sin embargo, éste es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 de la CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento sólo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos, esto es, para la Comisión IDH, pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad

(31) El artículo 68 apartado 1) de la CADH establece que “[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes”; esta disposición no se refiere, sin embargo, a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia de la Corte IDH. El texto del artículo 68 apartado 1) habla de “*cumplir* la decisión” y, por ello, indudablemente se refiere a lo ordenado por la Corte IDH y no a los fundamentos por los cuales se lo ordena, pues éstos no pueden ser cumplidos. El artículo 68 apartado 2), al establecer un régimen jurídico especial respecto de uno de los contenidos posibles de la parte dispositiva (la indemnización compensatoria), le da un respaldo sistemático a esta conclusión. Así, es posible concluir que el artículo 68 en sus dos apartados regula las obligaciones de los Estados en relación con la parte dispositiva de las sentencias de la Corte IDH. Mientras el apartado 1) establece que lo ordenado por la Corte IDH debe ser cumplido por los Estados partes (obviamente en los casos previstos en esa disposición), el apartado 2) dispone que cuando lo ordenado es una indemnización, su pago podrá ser ejecutado ante los tribunales del Estado condenado. Por ello, en el artículo 68 de la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la *jurisprudencia* de la Corte IDH.

de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quieta non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso.

Estos argumentos muestran que la famosa doctrina del control de convencionalidad no pisa sobre bases sólidas.

IV. El deber estatal de investigar, perseguir y sancionar: algunas tensiones entre su fundamento y sus derivaciones

Desde su primera decisión contenciosa, dictada en el caso “Velásquez Rodríguez”, la Corte IDH ha reconocido la existencia de un deber de investigar, perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. Aunque luego ha encontrado la base de ese deber también en el derecho a la protección judicial y el debido proceso (artículos 25 y 8 apartado 1] de la CADH), en esa decisión -y en muchas posteriores- lo ha derivado del deber general de garantía previsto en el artículo 1 apartado 1) de la CADH(32).

En este punto se analizará la derivación del deber de perseguir y sancionar del deber de garantía del artículo 1 apartado 1) de la CADH con el fin de esclarecer las consecuencias que de esa fundamentación pueden extraerse. En concreto, se argumentará que si el deber de perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos se deriva del deber de garantía, no sólo no es posible derivar de allí un derecho de las víctimas de violaciones de derechos *pasadas* a la persecución penal y castigo de los responsables de esas violaciones, sino que tampoco ese deber da apoyo a una prohibición absoluta, basada en imperativos de justicia, de leyes de amnistía de graves violaciones a los derechos humanos, como sostiene la Corte IDH.

1. La fundamentación preventiva del deber de perseguir y sancionar. El artículo 1 apartado 1) de la CADH establece dos deberes básicos de los Estados contratantes en relación con los derechos humanos reconocidos en esta Convención. Los Estados partes tienen la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en ese tratado (deber de respeto) y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía). De este último deber la Corte IDH ha derivado el deber de los Estados de perseguir y sancionar penalmente a los autores de delitos que puedan calificarse como graves violaciones a los derechos humanos. Interpretando el deber de garantía, en “Velásquez Rodríguez” la Corte IDH ha dicho: “Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en

(32) SEIBERT-FOHR, A. *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 55 ss.

general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (33). “[L]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (34). “Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención” (35).

Según la Corte IDH, la obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CADH implica que todo el aparato estatal debe estar organizado normativamente y actuar fácticamente de modo de garantizar el goce libre y pleno de tales derechos a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado. La investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos es vista como un medio para evitar nuevas violaciones a los derechos humanos, haciendo posible, de ese modo, que las personas gocen de sus derechos.

Tal *fundamentación preventiva* del deber de perseguir y sancionar surge explícitamente de sentencias de la Corte IDH. Así, en el caso “Paniagua Morales” -y en muchos otros posteriores- la Corte IDH ha sostenido que el Estado tiene el deber de perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos porque “la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos” (36). Esta visión, se compadece, por lo demás, con la consolidada posición de la Comisión IDH, quien no sólo reconoce explícitamente que los Estados tienen un deber de sancionar las graves violaciones de derechos humanos para evitar la reiteración delictiva, sino que incluso ha afirmado que el juicio y castigo a los responsables es la “medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos o más eficaz para garantizar los derechos humanos” (37).

(33) Corte IDH, “Velásquez Rodríguez”, cit., § 166.

(34) *Ibidem*, § 167.

(35) *Ibidem*, § 166.

(36) Corte IDH, “Paniagua Morales”, cit., § 173; Corte IDH, “Bámaca Velásquez”, cit., § 211; Corte IDH, “Loayza Tamayo vs Perú”, sentencia (reparaciones y costas), 27/11/1998, §§ 168 y 170; Corte IDH, “Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador”, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 1/03/2005, § 60. Más recientemente: Corte IDH, “La Cantuta”, cit., § 226: “De tal manera, en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes”.

(37) Comisión IDH, “Informe 133/99”, caso 11.725, Carmelo Soria Espinoza - Chile, 19/11/1999, § 66. Una fundamentación preventiva del deber de perseguir y castigar basada en el deber de garantizar el goce y respeto de los derechos humanos ha adoptado también el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cfr.

Junto a esta fundamentación preventiva del deber de perseguir y sancionar, la Corte IDH también ha dicho que la persecución y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos contribuye a la protección de la víctima y sus familiares. Así, en el mismo caso “Paniagua Morales” ya mencionado la Corte IDH también fundamentó el deber de perseguir y sancionar en que la impunidad conduce a la “total indefensión de las víctimas y sus familiares” (38). De modo similar, en el caso “Velásquez Rodríguez” sostuvo que la persecución y sanción de los responsables restablece “a la víctima en la plenitud de sus derechos” (39). Más allá de ello, y más importante, siempre que la Corte IDH entiende que un Estado ha infringido el deber de garantizar el goce de un derecho reconocido en la CADH por incumplir el deber de perseguir y sancionar, considera que ese Estado incumple ese deber *en relación con la víctima concreta* de la pasada violación de derechos que fue objeto del juicio interamericano. Por ejemplo, en el caso “Velásquez Rodríguez” la Corte IDH declaró a Honduras responsable de haber “violado en perjuicio de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez el deber de garantía del derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1.” en virtud de no haber investigado y sancionado las circunstancias de su desaparición (40). Esto parece sugerir que para la Corte IDH el deber del Estado de investigar, perseguir y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos tiene como correlato un derecho de la víctima concreta o sus familiares a que el Estado investigue, persiga y sancione a los responsables. Esto es un paso importante en la argumentación de la Corte IDH, pues ella no sólo deriva del deber de garantía del artículo 1 apartado 1) de la CADH un deber (objetivo) del Estado de investigar, perseguir y sancionar, sino también un derecho (subjeto) de la víctima a que el Estado investigue, persiga y sancione. La consecuencia de esto no solo es que la víctima puede exigir la investigación y el castigo en casos individuales, sino también, como ya se ha anticipado, que si el Estado no investiga y sanciona, lesiona un derecho de la víctima.

Si el juicio y castigo es el medio *más* eficaz para garantizar el goce de los derechos humanos, como sostiene la Comisión IDH, es algo de lo que puede dudarse. Pero la alegación más débil que hace la Corte IDH de que la persecución y sanción de los responsables contribuye a la prevención delictiva, esto es, que es un medio eficaz para este fin, es mucho más plausible. Por supuesto, si la pena disuade es una cuestión empírica; pero los estudios criminológicos más recientes (y confiables) muestran que existe una correlación entre expectativa de pena y disminución delictiva y que las alteraciones

TEDH, “X and Y vs Netherlands”, (Application 8798/80), 25/03/1985, § 27 y, en general, ORENTLICHER, D.F. “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime” *Yale Law Journal*, Vol. 100, issue 8, 1991, pp. 2576 a 2582 y 2600-2601.

(38) Corte IDH, “Paniagua Morales”, cit., § 173; Corte IDH, “Bámaca Velásquez”, cit., § 211; Corte IDH, “Loayza Tamayo”, cit., §§ 168 y 170; Corte IDH, “Hermanas Serrano Cruz”, cit., § 60.

(39) Corte IDH, “Velásquez Rodríguez”, cit., § 176.

(40) *Ibidem*, punto 4 de la parte resolutive.

en la probabilidad de imposición de la sanción son más relevantes para la disuasión que las alteraciones en su severidad, para nombrar las dos principales variables de la disuasión (41). Por eso, es posible coincidir con la Corte IDH en que la persecución y sanción de los delitos contribuye a la prevención.

Es posible coincidir con la Corte IDH también en cuanto a que el deber de perseguir y castigar, a través de la idea de la prevención, puede derivarse del deber de garantía del artículo 1 apartado 1) de la CADH. Si los delitos son investigados y sancionados, (algunos) potenciales autores serán disuadidos de cometer delitos, y usted y yo podremos disfrutar de nuestros derechos (a la vida, a la propiedad, etc.). Si, en cambio, existe impunidad, potenciales autores no tendrán razones (prudenciales) para abstenerse del comportamiento delictivo y, como consecuencia de ello, usted y yo probablemente no podamos disfrutar plenamente de nuestros derechos (42).

A continuación, se explicitarán las consecuencias que tiene esta fundamentación preventiva del deber de perseguir y sancionar con respecto a otras doctrinas sostenidas por la Corte IDH.

2. La prohibición de leyes de amnistía. En varios precedentes la Corte IDH ha establecido que las leyes de amnistía son incompatibles con la CADH. La doctrina fue establecida primeramente en el caso “Barrios Altos” y adquirió luego contornos más precisos principalmente en los casos “Almonacid Arellano” y “Gelman” (43). Mientras que en “Barrios Altos” había quedado abierta la cuestión de si la incompatibilidad convencional de las leyes de amnistía se refería únicamente a las leyes de autoamnistía -como era el caso bajo juzgamiento-, en “Almonacid Arellano”, primero, y más abiertamente en “Gelman”, después, la Corte IDH dejó en claro que toda ley de amnistía de “graves hechos contra el derecho internacional” o de “graves violaciones de derechos humanos” es inválida independientemente del proceso de adopción y de la autoridad

(41) NAGIN, D.S. “Deterrence: A Review of Evidence by a Criminologist for Economists”, *Annual Review of Economics*, Vol. 5, 2013, pp. 83-105; APEL, R. - NAGIN, D. S. “General Deterrence: A Review of Recent Evidence”, en WILSON, J. Q. y PETERSILIA, J. (eds.), *Crime and Public Policy*, Oxford University Press, Nueva York 2011, 4th ed., pp. 411-436; NAGIN, D. S. “Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century”, *Crime and Justice*, Vol. 23, 1998, pp. 1-42; APEL, R. “Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence”, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 29, 2013, pp. 67-101; DOOB, A. N. - WEBSTER, Ch. M. “Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis”, *Crime and Justice*, Vol. 30, 2003, pp. 143-195; VON HIRSCH, A. - BOTTOMS, A. - BURNEY, E. - WILKSTRÖM, P. O., *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

(42) Por supuesto, el deber de garantía no exige *necesariamente* una investigación y sanción penal. El goce de los derechos humanos podría ser garantizado por otros medios distintos al derecho penal. Sin embargo, si la investigación y sanción de los delitos se demuestra un medio idóneo y eficiente para tal fin, su derivación del deber general de garantía no sería problemática.

(43) Decisiones citadas en nota 9.

que la dictó (44). En este último caso, la Corte IDH sostuvo incluso, como ya fue mencionado, que una ley de amnistía que tiene por objeto graves violaciones de derechos humanos es inválida aun cuando haya sido aprobada por el parlamento democrático y confirmada dos veces por mecanismos de democracia directa (plebiscito y referéndum).

La Corte IDH ha apoyado la doctrina que proscribe las leyes de amnistías en el deber de investigar, perseguir y sancionar. Véanse, por ejemplo, los siguientes pasajes del caso “Gelman”: “las leyes de amnistía, en caso de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1 y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (...)” (45). “Las leyes de amnistías afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos (...)” (46). “(...) Precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpl[en] (...) el artículo 1.1 de la Convención”.

El argumento es que una ley de amnistía viola el deber de investigar, perseguir y sancionar dado que crea impunidad (47) y la impunidad, como se ha visto, propicia la reiteración delictiva, impidiendo el goce pleno y libre de los derechos reconocidos en la CADH, derechos que, de acuerdo al artículo 1 apartado 1), los Estados parte se comprometieron a garantizar. La argumentación de la CIDH presenta dos inconsistencias.

Primero, si la Corte IDH funda la proscripción de amnistías en el deber de investigar, perseguir y sancionar -el cual, como se ha visto, es derivado, a su vez, del deber de garantía-, entonces esa proscripción no puede limitarse a leyes de amnistía de *graves* violaciones de derechos humanos. Si ése es el fundamento de la incompatibilidad convencional de las leyes de amnistía, entonces toda amnistía de un delito que afecte un derecho reconocido en la CADH debería ser inválida, incluso leyes de amnistía que no se refieren a *graves* violaciones de derechos humanos. Esta limitación a las leyes de amnistía de graves violaciones a los derechos humanos es llamativa en la argumentación de la Corte IDH, dado que ella reconoce explícitamente que el deber de

(44) Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 120; Corte IDH, “Gelman”, cit., §§ 226 y ss.: “La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas ‘autoamnistías’ y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas” (§ 229).

(45) Corte IDH, “Gelman”, cit., § 226.

(46) *Ibidem*, § 227.

(47) Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 119: “Leyes de amnistía (...) conducen (...) a la perpetuación de la impunidad”.

perseguir y sancionar, derivado del deber de garantía, rige respecto de *toda* violación de un derecho de la CADH(48).

Segundo, y más importante, si el deber de investigar, perseguir y sancionar está fundado en la prevención delictiva, entonces la pena no estará más justificada siempre que existan razones para creer que ella producirá más delitos que los delitos que se espera prevenir a través de su imposición. Una prohibición *absoluta* de amnistía no puede derivarse del deber de investigar, perseguir y sancionar si éste se funda, como lo hace la Corte IDH, en el deber de garantía. Dado que ese deber tiene una fundamentación preventiva (y consecuencialista), sólo se opondría a una ley de amnistía si el castigo sigue siendo en el caso concreto un medio idóneo para evitar delitos futuros. Siempre que una ley de amnistía sea necesaria para frenar una situación de violaciones masivas de derechos humanos, el deber de investigar, perseguir y sancionar, fundado preventivamente, no proporcionará un argumento para oponerse a la amnistía, pues en tales casos es de suponer que la punición producirá más costos que beneficios en términos de prevención. A pesar de que la Corte IDH funda la regla que proscribe leyes de amnistía en el deber de perseguir y sancionar -y éste, a su vez, en el deber de garantía a través de la idea de la prevención- ella ha tratado siempre a esa regla como absoluta y ciertos pasajes de su jurisprudencia parecen insinuar una fundamentación deontológica. Así, la Corte IDH se ha opuesto a leyes de amnistía con el argumento categórico de que los hechos, *en virtud de su gravedad*, “no pueden quedar impunes” (49) o “no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía” (50); e incluso ha sostenido, siguiendo en este punto el Informe sobre el Estado de derecho y la justicia de transición del Secretario General de Naciones Unidas que los acuerdos de paz “(...) ‘nunca’ pueden prometer amnistías” (51). Esto muestra fuertes inconsistencias en la jurisprudencia de la Corte IDH. Por un lado, no es claro cómo la Corte IDH combina los argumentos consecuencialistas con los deontológicos; por el otro, una regla que proscribe una amnistía siempre y en toda ocasión sin importar las consecuencias no protege adecuadamente los derechos humanos y, ya por eso, no sólo no puede fundarse -como recién se ha dicho- en el deber de garantía, sino que sería incluso contraria a ese deber. En efecto, una prohibición absoluta de amnistías fundada en un deber categórico de investigar, perseguir y sancionar al eliminar un elemento esencial para las negociaciones de un proceso de paz puede ser funcional a la continuación de los crímenes y, con ello, disfuncional a la protección de los derechos de las personas (víctimas potenciales).

(48) Corte IDH, “Velásquez Rodríguez”, cit., §§ 172, 174, 176 y 177. “El Estado está (...) obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado derechos humanos protegidos por la Convención” (§ 177).

(49) Corte IDH, “La Cantuta”, cit., § 225; Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 111.

(50) Corte IDH, “La Cantuta”, cit., § 225.

(51) Corte IDH, “Almonacid Arellano”, cit., § 111; Informe del Secretario General de la ONU sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 3.08.2004, § 10.

3. El derecho de las víctimas a que el Estado investigue, persiga y sancione. Tampoco es convincente la derivación que hace la Corte IDH de un derecho de la víctima concreta -o de sus familiares- a que el Estado investigue, persiga y sancione a partir del deber del Estado de investigar, perseguir y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos (52). Si el fundamento de este deber es garantizar a las personas el goce de sus derechos humanos a través de prevenir violaciones a esos derechos, entonces no se ve cómo puede derivarse un derecho de la víctima concreta de violaciones *ya ocurridas*. La investigación, persecución y sanción penal de los responsables puede ser un medio para evitar violaciones *futuras* a los derechos humanos en virtud del efecto disuasivo de la sanción penal; pero ya conceptualmente es un sinsentido sostener que la investigación, persecución y/o sanción de un hecho actual es un medio idóneo para *evitar* violaciones que están en el *pasado*. Aquí otra vez parece haber un problema en la argumentación. Un derecho de la víctima de una pasada violación de derechos humanos -o de sus familiares- a que el Estado investigue, persiga y sancione a los responsables podría ser fundamentado si se acepta que las víctimas tienen un derecho a la satisfacción moral como una forma de reparación y que la pena es un medio para la satisfacción moral de las víctimas. Sea como fuere, y dejando de lado que un derecho de la víctima a la satisfacción moral *a través de la punición* de los responsables parece entrañar un derecho a la venganza (53), tal derecho no puede derivarse del deber de garantía a través del deber de investigar, perseguir y castigar fundado preventivamente. Este deber tiene como correlato no un derecho de la víctima concreta a que el Estado investigue, persiga y sancione, sino de las potenciales víctimas, es decir, un derecho de la sociedad en general. Entendido como un derecho de la sociedad no se opondría a que el Estado en situaciones excepcionales deje de investigar, perseguir o sancionar a responsables de violaciones de derechos humanos, si es que de ese modo se protegen mejor, en general, los derechos humanos, como, por ejemplo, podría ocurrir en ciertos escenarios de procesos de paz a través del dictado de una ley de amnistía.

(52) El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, si bien ha reconocido un deber estatal de perseguir y castigar violaciones severas de derechos humanos, ha rechazado expresamente un derecho de la víctima o sus familiares a lograr que el autor sea “perseguido penalmente”; cfr. “H. C. M. A vs Netherlands”, N° 213/1986, U. N. Doc. CCPR/C/35/D/213/1986 (1989), 3/04/1989.

(53) SILVA SÁNCHEZ, J. “Una crítica a las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor”, *Revista de Estudios de la Justicia* (11), 2009, p. 6.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2DA. QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2018
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA