

# Diálogo

# Jurisprudencial

Derecho Internacional de los Derechos Humanos  
Tribunales Nacionales  
Corte Interamericana de Derechos Humanos

JULIO - DICIEMBRE 2006

1



**IIDH**  
Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

# DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

TRIBUNALES NACIONALES

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Núm. 1 Julio-Diciembre de 2006



**IIDH**  
Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

MÉXICO, 2006

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sergio García Ramírez  
*Presidente*

Alirio Abreu Burelli  
*Vicepresidente*

Oliver Jackman

Antônio A. Cançado Trindade

Cecilia Medina Quiroga

Manuel E. Ventura Robles

Diego García Sayán

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
Asamblea General (2004-2006)

Thomas Buergenthal  
*Presidente honorario*

Sonia Picado Sotela  
*Presidenta*

Rodolfo Stavenhagen  
*Vicepresidente*

María Elena Martínez  
*Vicepresidenta*

Mayra Alarcón Alba  
Line Bareiro  
Lloyd G. Barnett  
César Barros Leal  
Allan Brewer-Carías  
Marco Tulio Bruni-Celli  
Gisèle Côté-Harper  
Margaret E. Crahan  
Mariano Fiallos Orianguyen  
Héctor Fix-Zamudio  
Robert K. Goldman  
Claudio Grossman  
Juan E. Méndez  
Sandra Morelli Rico  
Pedro Nikken  
Elizabeth Odio Benito  
Nina Pacari  
Máximo Pacheco Gómez  
Mónica Pinto  
Hernán Salgado Pesantes  
Wendy Singh  
Cristian Tattenbach

*Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos*

Evelio Fernández Arévalos  
Paulo Sérgio Pinheiro  
Florentín Meléndez  
Clare Kamau Roberts  
Freddy Gutiérrez Trejo  
Víctor E. Abramovich  
Paolo G. Carozza

*Corte Interamericana  
de Derechos Humanos*

Sergio García Ramírez  
Alirio Abreu Burelli  
Oliver Jackman  
Antônio A. Cançado Trindade  
Cecilia Medina Quiroga  
Manuel E. Ventura Robles  
Diego García Sayán

Roberto Cuéllar M.  
*Director ejecutivo*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Diego Valadés  
*Director*

José María Serna de la Garza  
*Secretario académico*

Raúl Márquez Romero  
*Jefe del Departamento de Publicaciones*

*DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL*

Roberto Cuéllar M.

Pablo Saavedra Alessandri

*Directores*

Raúl Márquez Romero

Marisol Molestina Gaviria

*Coordinadores editoriales*

Edición y formación en computadora: Karla Beatriz Templos Nuñez  
Diseño de portada: Carlos Martín Aguilera Ortiz

Primera edición: 2006

DR © 2006 Corte Interamericana de Derechos Humanos

DR © 2006 Instituto Interamericano de Derechos Humanos

DR © 2006 Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México  
ISSN en trámite

## CONTENIDO

<i>Contents</i> . . . . .	IX
Presentación . . . . .	XI
<i>Foreword</i> . . . . .	XV
Nota del editor . . . . .	XIX
<i>Editor's Note</i> . . . . .	XXI
Obligatoriedad de las normas internacionales de derechos humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. <i>Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, 7 de julio de 1992</i> . . . . .	1
Las opiniones consultivas como fuentes en el sistema normativo de Costa Rica: la libertad de expresión y la colegiación profesional obligatoria de periodistas. <i>Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 9 de mayo de 1995</i> . . . . .	25
Creación jurisprudencial del recurso de amparo para la protección de los derechos humanos. <i>Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, 24 de febrero de 1999</i> . . . . .	41
Límites sustantivos y procesales en la legislación anti-terrorista. <i>Extracto de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 3 de enero de 2003</i> . . . . .	51
Los derechos de la víctima en la acción de revisión de la sentencia penal y los límites de la cosa juzgada y el	



## CONTENIDO

principio <i>non bis in idem</i> . <i>Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia, 20 de enero de 2003</i> . . . . .	91
El sistema normativo y jurisprudencial internacional en derechos humanos y su valor en la interpretación de los derechos constitucionales: el derecho a la verdad. <i>Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 18 de marzo de 2004</i> . . . . .	135
El derecho internacional de derechos humanos y su vinculación axiológica con la Constitución. <i>Extracto de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1 de abril de 2004</i> . . . . .	151
Aplicación de las normas y jurisprudencia interamericanas de derechos humanos: el principio de unidad de la jurisdicción y la limitación de los alcances de la jurisdicción militar. <i>Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, 5 de mayo de 2004</i> . . . . .	165
Imprescriptibilidad de los delitos de <i>lesa humanidad</i> . <i>Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, 24 de agosto de 2004</i> . . . . .	181
Importancia de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos en la toma de decisiones por las autoridades internas: los casos de pena de muerte obligatoria. <i>Sentencia de la Supreme Court of Judicature Court of Appeal of Barbados, 2, 4 y 11 de marzo y 31 de mayo de 2005</i> . . . . .	199
Invalidez jurídica de las normas sobre “amnistías” respecto de violaciones a los derechos humanos. <i>Extracto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, 14 de junio de 2005</i> . . . . .	255

## CONTENTS

Foreword . . . . .	XV
Editor's Note . . . . .	XXI
Obligatory nature of international human rights norms in the system of sources for state legislation. <i>Sentence of the Supreme Court of Justice of the Republic of Argentina, July 7, 1992</i> . . . . .	1
Advisory opinions as sources in the Costa Rican normative system: freedom of expression and the obligation for the professional association of journalists. <i>Sentence of the constitutional branch of the Supreme Court of Justice of Costa Rica, May 9, 1995</i> . . . . .	25
Jurisprudential creation of a <i>recurso de amparo</i> for the protection of human rights. <i>Sentence of the Supreme Court of Justice of the Dominican Republic, February 24, 1999</i> . . . . .	41
Substantive and procedural limitations on anti-terrorist legislation. <i>Extract of the sentence of the Constitutional Tribunal of Peru, January 3, 2003</i> . . . . .	51
The rights of the victim in the review of criminal judgments and the limits of <i>res judicata</i> and the <i>non bis in idem</i> principles. <i>Sentence of the Constitutional Tribunal of Colombia, January 20, 2003</i> . . . . .	91

CONTENTS

The international normative and jurisprudential system on human rights and its value in the interpretation of constitutional rights: the right to truth. <i>Sentence of the Constitutional Tribunal of Peru, March 18, 2004</i> . . . . .	135
International human rights law and its axiomatic relationship with the Constitution. <i>Extract of the sentence of the constitutional branch of the Supreme Court of Justice of El Salvador, April 1, 2004</i> . . . . .	151
Application of Inter-American human rights norms and jurisprudence: the principle of jurisdictional unity and the limitation of the scope of the military jurisdiction. <i>Sentence of the Constitutional Tribunal of Bolivia, May 5, 2004</i> . . . . .	165
Imprescriptibility of crimes against humanity. <i>Sentence of the Supreme Court of Justice of the Republic of Argentina, August 24, 2004</i> . . . . .	181
Importance of international human rights systems in the decision-making process by the domestic authorities: the mandatory death penalty cases. <i>Sentence of the Supreme Court of Judicature Court of Appeal of Barbados, March 2, 4 and 11, and May 3, 2005</i>	199
Juridical invalidity of ‘amnesty norms’ with respect to human rights violations. <i>Extract of the sentence of the Supreme Court of Justice of the Republic of Argentina, June 14, 2005</i> . . . . .	255

## PRESENTACIÓN

La protección de los derechos humanos constituye la más importante y trascendente misión del orden jurídico. Instituida la sociedad política para preservar los derechos fundamentales de las personas, los Estados democráticos han expedido las normas e instituido los medios destinados a garantizar esa tutela en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones. Además, han concurrido en la gran tarea de instalar y desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos, que atiende a la protección de éstos por encima de las fronteras territoriales. Este reconocimiento constituye una hazaña jurídica de nuestro tiempo, fundada en convicciones compartidas y depositada en proyectos convergentes. En América, el marco de aquéllas y éstos se encuentra en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, espacio para la coincidencia de quehaceres nacionales e internacionales.

Los Estados americanos crearon, por acuerdo soberano, órganos de tutela internacional de los derechos humanos: la Comisión y la Corte Interamericanas, que han servido a esta causa a lo largo de varias décadas. La jurisdicción interamericana, depositada en la Corte —que funciona en San José, Costa Rica, desde 1979— tiene carácter complementario de la jurisdicción nacional: a ésta incumbe, en primer término, la protección de los derechos fundamentales de las personas. La Corte Interamericana, por su parte, interpreta y aplica los instrumentos internacionales que le confieren competencia, particularmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a su turno forma parte del ordenamiento aplicable al conjunto de los Estados americanos en la forma y términos previstos por la propia Convención y por las disposiciones internas de aquéllos.

## PRESENTACIÓN

Aun cuando las decisiones —sentencias u opiniones— de la Corte Interamericana poseen el alto valor que les otorga el derecho internacional en el que se sustentan, adquieren verdadera fuerza y amplio alcance cuando orientan, a partir de la interpretación de las normas internacionales, tanto la formulación de disposiciones internas, como el rumbo de la jurisprudencia nacional y las prácticas y programas de los gobiernos. La repercusión interna del sistema internacional confiere a éste pleno significado y extiende incalculablemente los beneficios que, de otra suerte, quedarían reducidos al ámbito de los litigios particulares propuestos a la consideración del juzgador internacional.

Hoy día, uno de los fenómenos más notables y apreciados en el desarrollo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es la recepción de las normas internacionales sobre derechos humanos en los ordenamientos de diversos países —con distintas modalidades— y la correspondiente recepción nacional de los criterios jurisprudenciales internacionales, que se ha presentado con creciente fuerza y frecuencia en numerosos países americanos. Los altos tribunales de éstos —Cortes Supremas y Cortes Constitucionales— han acogido las tesis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención Americana —y, en su caso, de otros instrumentos—, dotando así de nuevos horizontes a la tutela de los derechos humanos.

Es indispensable dar cuenta de esta nueva recepción nacional de las corrientes tutelares internacionales. Difundir este progreso, mostrando sus características y ampliando sus consecuencias, contribuirá al afianzamiento de la cultura contemporánea de los derechos humanos y, con ésta, a la efectiva tutela de millones de personas que aguardan los beneficios de una alianza fecunda entre la justicia nacional y la justicia internacional. A este propósito se destina la revista *Diálogo Jurisprudencial*, que editan conjuntamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. La Fundación Konrad Adenauer se ha sumado a esta iniciativa editorial, haciendo po-

sible que la publicación alcance el doble del tiraje originalmente previsto, con gran beneficio para los potenciales destinatarios de la publicación. Los editores han unido sus fuerzas en procuración de un fin común, al que anteriormente sirvió la *Revista Iudicium et Vita*, publicada de 1994 a 2000 por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, por siete números consecutivos, y que hoy hace suyo *Diálogo Jurisprudencial*.

En esta Revista se reunirá periódicamente cierto número —simplemente ejemplificativo; no sería posible ir más lejos— de sentencias emitidas por altos tribunales de países de América, cuyo conocimiento ilustra sobre el progreso al que nos hemos referido y brinda adecuado impulso para llevar adelante la gran tarea en la que se hallan comprometidas la jurisdicción internacional y las jurisdicciones nacionales. De ahí el nombre de la nueva publicación: *Diálogo Jurisprudencial*. Los interlocutores son los tribunales de ambas jurisdicciones, pero los destinatarios son aquellos millones de mujeres y hombres que pueblan los países de América.

En este primer número de *Diálogo Jurisprudencial* hemos reunido once sentencias sobre diversos temas, adoptadas en ocho países de nuestra región, que reflejan la recepción nacional de la jurisprudencia internacional. Los editores se han limitado a la recopilación de estas resoluciones judiciales para conocimiento y análisis de lectores interesados en esta materia —que, por su naturaleza, a todos interesa—, sin incluir comentarios o consideraciones críticas.\* Éstas corresponden a los estudiosos y, en su hora, a los juzgadores. La Corte Interamericana y ambos Institutos aportan, con objetividad y neutralidad —si se permite la expresión—, el material para el examen. La selección realizada, dentro de las naturales limitaciones del espacio disponible, no ignora la importancia de otros pronunciamientos. Esperamos contar con los medios para incrementar, en

\* Ha parecido indispensable, sin embargo, incluir antes de cada transcripción una noticia puramente descriptiva sobre el tema de la sentencia. Las sinopsis fueron elaboradas por Carlos Rafael Urquilla B., y las traducciones por Esmeralda López, Breanne Keiser y Francisco Rivera, a quienes los editores agradecen este trabajo.

*PRESENTACIÓN*

el futuro próximo, el número de sentencias recogidas en la Revista, para beneficio de los lectores y del propio Sistema Interamericano.

México, D.F., México / San José, Costa Rica

Sergio GARCÍA RAMÍREZ  
Presidente de la  
Corte Interamericana  
de Derechos Humanos

Sonia PICADO  
Presidenta del  
Instituto Interamericano  
Derechos Humanos

Diego VALADÉS  
Director del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la  
UNAM

Roberto CUÉLLAR M.  
Director Ejecutivo  
del Instituto  
Interamericano  
de Derechos Humanos

## FOREWORD

The protection of human rights constitutes the most important and transcendent mission of juridical order. The democratic States instituted a political society for the preservation of the fundamental rights of persons and set forth the norms and procedures intended to guarantee the protection in their respective jurisdictions. Additionally, they have taken on the great task of creating and developing international human rights law, which tends to the protection of these rights across territorial borders. This recognition presently constitutes a great juridical achievement, based on convictions, which are shared and deposited in convergent projects. In America, the basis of these convictions and projects are within the forum of the Inter-American System of Human Rights Protection which permits the convergence of national and international endeavors.

The American States created, by sovereign agreement, organs for the international protection of human rights: the Inter-American Commission of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. These organs have served the purpose of international protection throughout several decades. Inter-American jurisdiction, granted to the Court—based in San Jose, Costa Rica, since 1979—has a complementary role regarding national jurisdiction. The Court's main duty is the protection of fundamental rights of the individual. The Inter-American Court interprets and applies international instruments that grant its competence, in particular, the American Convention of Human Rights. The latter forms part of the legal order applied to the American States in such a manner which was foreseen by the very Convention and the internal legal order of such States.



## FOREWORD

Decisions —judgments or opinions— of the Inter-American Court carry great significance, which is granted to them by the very international law from which they are based. However, they derive their true strength and wide extension when, using the interpretation of international norms, they provide guidance for the formulation of internal law, the course of national jurisprudence and practices and programs of governments. Such a domestic impact gives true meaning to the international system and immeasurably extends the benefits that otherwise would be reduced to a particular realm of litigation placed before an international judge for consideration.

Presently, one of the most notable and accepted phenomenon in the development of the Inter-American System for Protection of Human Rights, is the acceptance of international norms on human rights in the legal order of various countries —with different modalities— and the corresponding acceptance, at the domestic level, of standards set in international jurisprudence, which has occurred with increasing might and incidence in several American countries. The high courts of the American States -Supreme and Constitutional Courts- have accepted the Inter-American Court of Human Rights, as the interpreter of the American Convention —and, when necessary, other instruments—, thus giving the protection of human rights new horizons.

It is indispensable to give importance to this new reception at the domestic level of these international trends. Promoting this progress, showing its characteristics and broadening its consequences, will contribute to the consolidation of the contemporary culture of human rights and to the effective protection of millions who await the benefits of a fruitful alliance between national and international justice. The Magazine *Diálogo Jurisprudencial* —which is edited by the Inter-American Court of Human Rights, the Inter-American Institute of Human Rights and the Institute of Juridical Researches of the National University of Mexico— seeks to fulfill this goal. The Konrad Adenauer Foundation has joined forces with this editorial initiative, making it possible to double the original press run,

for the great benefit of our potential readers. Presently, the editors of *Diálogo Jurisprudencial* have joined forces in search of this common goal. This effort was formerly realized by the publication of the journal *Iudicium et Vita*, published from 1994 to 2000 by the IIDH, for seven consecutive issues.

This Journal will periodically publish a certain number of judgments—which will include a few examples, for it is not possible to include them all—emitted by the high courts of the Americas. The study of such sentences will shed light on the progress, to which we have referred, and offer the appropriate motivation to move forward in the great task to which the international and national jurisdictions have committed themselves. For this reason, the name of the new publication is *Diálogo Jurisprudencial* (Jurisprudential Dialogue). The interlocutors are the tribunals of both jurisdictions, however, its target audience are the millions of women and men who inhabit the Americas.

In this first edition of *Diálogo Jurisprudencial*, we have assembled eleven judgments regarding diverse topics. They have been handed down in eight countries in our region, which reflect the national acceptance of international jurisprudence. The editors are limited to the compilation of these judicial resolutions in order to serve as a source of knowledge and analysis for readers interested in this matter—which by nature are of interest to all—, without considering commentaries or critiques.\* Further comments and analysis correspond to experts and, in due time, to judges. Both Institutes and the Inter-American Court provide, with objectivity and neutrality—if one should allow such an expression—, this material for examination. The selection is carried out, within the natural limitations of space availability, but does not ignore the importance of other pronouncements. We expect to count on resources in order to increase, in the near future, the number of judgments gathe-

\* Nevertheless, the editors consider it indispensable to include a purely descriptive note on the topic of the judgment before it is reproduced. The correspondent synopses were elaborated by Carlos Rafael Urquilla B., and their English translation by Esmeralda López, Breanne Kaiser and Francisco Rivera, to whom the editors are grateful for this work.

*FOREWORD*

red in the Journal, for the benefit of the readers and the Inter-American System.

México City, México/San José, Costa Rica

Sergio GARCÍA RAMÍREZ  
President of the  
Inter-American Court  
of Human Rights

Sonia PICADO  
President of the  
Inter-American Institute  
of Human Rights

Diego VALADÉS  
Director of the Legal Research  
Institute of the National Auto-  
nomous University of Mexico

Roberto CUÉLLAR M.  
Executive Director  
of the Inter-American  
Institute of Human  
Rights

## NOTA DEL EDITOR

La mayoría de las sentencias recogidas en este número de la *Revista Diálogo Jurisprudencial* se transcriben íntegramente. Cuando se ofrece un extracto —tomando en cuenta la extensión del documento original— se hace la aclaración correspondiente.

En algunas sentencias hay frases entre corchetes. Se trata de la sustitución editorial de ciertas abreviaturas no identificadas en el texto mismo de las sentencias, aunque bien conocidas en la práctica forense de los respectivos países. Se ha hecho esa sustitución para facilitar la lectura del texto, sin afectar el sentido original de la sentencia. Cuando en ésta se explica el significado de una abreviatura, se transcribe el párrafo pertinente. Las citas a pie de página y las referencias a fallos o sentencias se recogen en los términos que figuran en las resoluciones transcritas.

Las sentencias incluidas en esta publicación aparecen en el idioma en fueron dictadas. En cada caso se ofrece una sinopsis en español e inglés. El texto íntegro de las sentencias puede ser consultado en el disco compacto que acompaña a este número de la *Revista*.

## EDITOR'S NOTE

Most of the judgements collected in this edition of *Revista Diálogo Jurisprudencial* appear here transcribed in their entirety. However, several are given in extract form only, along with an explanatory note, because the original documents were too lengthy for inclusion.

A few of the judgements contain bracketed text where the editors of this publication have inserted the full meaning of abbreviations not identified in the original document, although well known in the forensic practice of the different countries. The intent of these substitutions is to make the text more readable without affecting the original meaning of the judgement. Those rulings that do explain the meaning of abbreviations contain the full transcribed text of the relevant paragraph. Footnote citations and other references to judgements or sentences are given just as they appear in the transcription.

The judgements published herein are given in the languages in which they were written, along with a synopsis in Spanish and English. The full text of the judgements may be found in a compact disc attached to this issue of the *Revista*.

OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS  
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS  
EN EL SISTEMA DE FUENTES  
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

**Sinopsis:** La Suprema Corte de Justicia de la nación argentina emite una sentencia mediante la cual aborda la temática de la obligatoriedad de las normas internacionales de derechos humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino. El caso tiene una discusión principal sobre los alcances del derecho de rectificación o respuesta, reconocido en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sentencia analiza, entre otros, los efectos que produce la ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, disponiendo que su ratificación reconoce primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. En lo que respecta al derecho de rectificación o respuesta, la sentencia establece que el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es plenamente operativo, en virtud de su formulación, y que la referencia a la ley es únicamente para efectos de reglamentación, pero no afecta la exigibilidad del mismo. Asimismo reconoce la importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ser ésta interpretación de las normas de la Convención citada.

**Synopsis:** Argentina's Supreme Court delivered a judgment addressing the obligatory nature of international human rights norms as a source for Argentinean legislation. The case focused on the scope of the right of reply acknowledged in article 14 of the American Convention on Human Rights. The judgment analyzes the effect of the ratification of the Vienna Convention on the Law of Treaties, confirming that its ratification acknowledges the primacy of international law over domestic law. In respect to the right of reply, the judgment establishes that article 14 of the Ame-

*OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES*

*rican Convention on Human Rights is clearly operative, in virtue of its formulation, and that the reference to the law relates only to legal development and not exigibility. It further acknowledges the importance of jurisprudence from the Inter- American Court of Human Rights for providing the normative interpretation of the Convention.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA NACIÓN ARGENTINA

FALLO 315:1492 - 7 DE JULIO DE 1992  
CASO EKMEKDJIAN V. SOFOVICH Y OTROS

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Miguel Ángel Ekmekdjian en la causa Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, para decidir sobre su procedencia.

*Considerando:*

1) Que la Sala H. de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó el amparo interpuesto por Miguel Ángel Ekmekdjian, en ejercicio del derecho de réplica, contra Gerardo Sofovich. Contra dicho pronunciamiento el actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja.

2) Que de acuerdo a lo expuesto por el recurrente, lesionado profundamente en sus sentimientos religiosos,... promovió demanda de amparo contra Gerardo Sofovich, para que se lo condenara a leer en el programa “La Noche del Sábado” —que se emitía por el canal 2 de televisión— una carta documento que le remitiera contestando a Dalmiro Sáenz, quién expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María, en la audición del sábado 11 de junio de 1988. Que, como la carta no fue leída, debió iniciar juicio de amparo, fundado en el derecho de réplica que, según su criterio, le concede el [artículo] 33 de la Constitución Nacional y el [artículo] 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23054 y vigente para la República argentina desde el depósito del instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1984.



*OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES*

3) Que el fundamento central utilizado por el *a quo* para rechazar las pretensiones del actor consiste en considerar que el [artículo] 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho de respuesta “en las condiciones que establezca la ley”, razón por la cual el propio tratado inhibe la autofuncionalidad de la respuesta normada en él mientras no se reglamenten sus requisitos sustanciales y se regule procesalmente su ejercicio. Considera, en consecuencia, que el derecho de respuesta no tiene carácter operativo, como lo resolviera esta Corte en el caso E.60.XXII “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo”, el 1o. de diciembre de 1988. A este fundamento el *a quo* agrega que el propio actor reconoció no ser titular de un derecho subjetivo a la respuesta que reclama sino que tiene un interés de carácter difuso, lo que obsta a su legitimación, pues conforme a la índole del derecho de respuesta o rectificación, éste sería un derecho de la personalidad o personalísimo, lo que involucra en su titularidad a un determinado sujeto —persona física— y excluye a los de carácter difuso o colectivo, concluyendo que el actor no está habilitado para obtener una sentencia estimatoria.

4) Que en el caso existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria del Tribunal, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas (artículos 31 y 33 de la Constitución Nacional y 14 del Pacto de San José de Costa Rica).

5) Que, por otra parte, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, cons. 5 y sus citas).

6) Que, de manera preliminar, cabe dejar claramente sentado que en esta causa no se encuentra en tela de juicio que la libertad de prensa, en su acepción constitucional, es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio idó-

neo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad de los poderes públicos. En tal carácter es un adecuado instrumento de ordenación política y moral en la nación. Este pensamiento responde en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta, ya que no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de las autoridades intervinientes. Dentro de ese marco, las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social, ya que su actividad está dirigida al bien de la sociedad y por tanto de todos y cada uno de sus miembros. En tal sentido, esta Corte ha dicho que

entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (Fallos: 248:291).

7) Que en este caso, por el contrario, el núcleo de la cuestión a decidir radica en la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona en cuanto lesiona el respeto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión. Es decir, se trata del equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional, y en definitiva, de la tutela de la dignidad humana, en tanto se vea afectada por el ejercicio abusivo de la información. En particular, corresponde decidir si el denominado “derecho de réplica o respuesta” integra nuestro ordenamiento jurídico como un remedio legal inmediato a la situación de indefensión en que se encuentra el común de los hombres frente a las agresiones a su dignidad, honor e intimidad cuando son llevadas a cabo a través de los medios de comunicación social.

## *OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES*

8) Que a lo largo de los siglos XVII y XVIII y hasta fines del siglo XIX la cuestión de pensar y expresar el pensamiento se resolvía en la lucha de los individuos frente al Estado por la conquista de la libertad de expresión y la consagración del derecho de prensa. Estas reivindicaciones individuales, verdaderas conquistas del liberalismo, se encuentran consagradas en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre: “la libre comunicación de pensamientos y expresiones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo individuo puede escribir, hablar, imprimir libremente”. Pero en nuestro tiempo —se aduce— por obra y gracia de la revolución técnica, los contendientes en la lucha por el dominio y control de los medios de comunicación han cambiado. El individuo como sujeto activo está virtualmente eliminado. Quienes se enfrentan son el Estado y los grupos; y los grupos entre sí.

No siempre se movilizan las pasiones por la reivindicación de un derecho. Se lucha por los más eficaces y poderosos medios técnicos de formación del pensamiento, las actitudes y comportamientos humanos. Las nuevas técnicas suponen financiamiento, gastos y costos que están fuera de las posibilidades del común de los hombres. A éstos les queda la posibilidad de elegir el diario, la estación de radio, o el canal de televisión cuyas palabras e imágenes habrán de incorporarse al mundo de sus representaciones, condicionarán sus opiniones, formarán sus hábitos y comportamientos. Del derecho activo de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, es decir, del derecho de información, poco le queda al hombre de nuestro tiempo; le resta el derecho pasivo a saber, a conocer, a que le digan lo más verazmente posible lo que ocurre, es decir, el derecho social a la información.

En consecuencia ¿qué derecho tiene el común de los hombres cuando es ofendido y difamado, por el ejercicio abusivo, inexacto o agravante de la información periodística, radial o televisiva? Ya no están a su alcance —se afirma— los medios con que contaba en los siglos XVIII y XIX. Las salas de los directores de las empresas periodísticas, de radio o televisión están fuera de su acceso; y en ellas se reúnen los que tienen en su mano

irrumper en su destino individual, difamarlo o ridiculizarlo o exponer su intimidad a la mirada de todo el mundo. Son seres distantes, que manejan un poder inconmensurable en una civilización audiovisual que tiene como accesorio a la letra impresa (Rivero, J., *Le Statut des techniques le formation de l'opinion, l'opinion publique*, Presses Universitaires de France, 1957, pp. 113 y ss.). Se manifiesta así un injusto reparto de los poderes sociales que exige ser corregido a través de mecanismos razonables y apropiados.

9) Que estos cambios, que han modificado la situación de la prensa, han sido reconocidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América. En *Miami Herald Publishing Col., Division of Knight Newspapers, Inc. v. Tornillo* (418 U.S. 241 —1974—), la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo: “...la prensa de hoy es en verdad muy diferente de aquélla que existió en los primeros años de nuestra existencia nacional”.

En la última mitad del siglo una revolución de las comunicaciones permitió la introducción de la radio y la televisión en nuestras vidas. La promesa de una comunidad global cobró realidad a través del uso de los satélites de comunicación, y el espectro de una nación “cableada” a través de la expansiva red de cables de televisión. La prensa impresa, se dice, no ha escapado a los efectos de esta revolución. Los periódicos se han transformado en grandes empresas y son ahora muchos menos para servir a una mucho más grande población alfabeta. Cadenas de periódicos, periódicos nacionales, cables nacionales, servicios de noticias y periódicos únicos en un pueblo, son las características dominantes de una prensa que se ha transformado en no competitiva y enormemente poderosa; influye en su capacidad para manipular la opinión popular y cambiar el curso de los acontecimientos.

La eliminación de la competencia entre periódicos es mayor en las grandes ciudades, y la concentración del control de los medios que resulta de que el único periódico pertenece a los mismos intereses que también posee una estación de radio y televisión, son componentes en este camino hacia la concentración de la información. El resultado de estos grandes cambios ha sido el colocar en pocas manos el poder de informar a la población americana y de formar la opinión pública. Muchas de las opiniones vertidas en editoriales

## *OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES*

y comentarios que se imprimen, provienen de estas redes nacionales de información, y como resultado, en temas nacionales y mundiales tiende a haber una homogeneidad de estas opiniones. Los abusos de estos reportajes manipulados, se dice que son el resultado de la gran acumulación de poder irrevisable de estos modernos imperios de comunicación.

En efecto, se aduce, el público ha perdido la capacidad de responder o contribuir de una manera significativa en el debate de los distintos temas. El monopolio de los medios de comunicación permite poco o casi ningún análisis crítico, excepto en las publicaciones de profesionales, que tienen un limitado número de lectores.

Esta concentración de organizaciones de noticias a nivel nacional —como otras grandes instituciones— se ha transformado en algo muy remoto y algo irresponsable frente al basamento popular de que depende, y que a su vez depende de él.

La solución obvia, que era accesible a los disidentes en una época temprana, cuando ingresar al negocio de la publicación era relativamente barato, hoy en día sería la de tener periódicos adicionales. Pero los mismos factores económicos que han provocado la desaparición de un vasto número de periódicos metropolitanos, han hecho que el ingreso a ese mercado de ideas que se sirve de la prensa, resulte algo casi imposible. Se dice que el reclamo de los diarios de ser “subrogantes del público” acarrea con ello una obligación fiduciaria concomitante de estar a la altura de dicho mandato. Desde esta premisa se razona que el único modo efectivo de asegurar justicia, certeza y de otorgar responsabilidad, es que el gobierno intervenga positivamente. El fin de la Primera Enmienda de que el público sea informado, está hoy en peligro porque “ese mercado de ideas” es ahora un monopolio controlado por los dueños del mercado.

10) Que, como ya se señalara, en el análisis valorativo del denominado “derecho de respuesta”, no sólo se encuentra en juego la tutela de la libertad de expresión o el derecho de imprimir sin censura previa, sino también la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad, garantía que puede encontrar un medio apto de ejercicio a través de la rectificación, respuesta o procedimientos que se apro-

ximen a ese objeto. Ambos valores deben ser debidamente sopesados, sin perder de vista que, con la respuesta, se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad, A que la vida del común de los hombres no sea convertida en materia de escándalo por el periodista, el comentarista o el locutor de turno. A que su vida, su privacidad, su honra siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo.

11) Que está fuera de discusión que los que manejan los medios de comunicación social —los medios técnicos de información—, ejercen influencia sobre la opinión pública y que el extraordinario poder de sugestión de esas técnicas en la elaboración de estructuras mentales, condiciona la vida humana.

Por otra parte, nadie puede negar ni desconocer la influencia enorme de signo positivo que han ejercido y ejercen los medios de información y la comunicación colectiva. La humanidad ha entrado en una nueva era iluminada, precisamente, por los progresos técnicos y científicos.

La información colectiva pone el mundo a disposición de todo el mundo. La universalidad e instantaneidad de la noticia, de lo que sucede a los hombres en el mundo entero y en el orden nacional o local, ese flujo diario ininterrumpido de cuanto acontecimiento ha ocurrido y pueda interesar a la vida humana, amplía el horizonte social y cultural poniendo a disposición de todos, sin distinción objetiva de ninguna especie, el conocimiento del ritmo del acontecer humano. Ha creado lazos de solidaridad esencial en escala mundial. El hombre se ha habituado a ver el mundo como cosa propia, pues la comunicación colectiva lo ha reducido a los términos de una comarca. Los límites geográficos han perdido significación y sentido. Una nueva dimensión tiene su soporte en este hecho incontrastable: lo universal tiene cabida en la mente humana como un dominio propio.

12) Que todo lo expuesto permite una mayor comprensión del derecho de prensa. El acrecentamiento de influencia que detentan los medios de información tiene como contrapartida una mayor responsabilidad por parte de los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión, las que se

## *OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES*

han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo, pues “si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad” (Fallos: 310:508).

La prensa de nuestro país debe ser objeto de la máxima protección jurisdiccional en todo cuanto se relacione con su finalidad de servir legal y honradamente a la información y a la formación de la opinión pública, es decir, a la función que le compete en servicio de la comunidad.

No obstante, ese especial reconocimiento constitucional no significa impunidad (Fallos: 310:508) ni elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos, pues en nuestra Constitución no ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión o la sedición, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones (Fallos: 167:138).

Así entonces, frente a los avances y al uso que se dé a los medios de comunicación no parece inapropiado considerar que el porvenir de la sociedad contemporánea depende del equilibrio entre el poder de los medios y la aptitud de cada individuo de reaccionar ante cualquier intento de manipulación.

13) Que entre las técnicas de prevención y de seguridad para evitar, atenuar y reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación se encuentra el ejercicio de los derechos de respuesta y de rectificación. En este sentido, resulta un antecedente relevante de la creación normativa de este derecho, el proyecto de Código de Honor de Periodistas de las Naciones Unidas, admitido por una comisión de la Asamblea General de 1952, que estableció en su artículo 2o. que “la buena fe con respecto al público constituye el fundamento de todo periodismo auténtico. Cualquier información que, una vez hecha pública se revelase incorrecta o nociva, deberá ser rectificadada espontáneamente y sin demora. Las opiniones y las noticias no confirmadas serán presentadas como tales y tratadas en consecuencia”. El Código de Ética del Círculo de Antioquía de 1970, en su artículo 3o. establece como obligación del periodista el

“poner todo su empeño en buscar la verdad y, cuando haya incurrido en error, toda su capacidad en enmendarlo”. La Carta del Periodista de Francia en 1965, categoriza las faltas profesionales y considera como las de máxima gravedad “la calumnia, las acusaciones no probadas, la alteración de documentos, la deformación de los hechos”. La Carta de Chile (1969) amplía el contenido de la réplica, bastando con que la persona afectada crea necesario dar una respuesta o aclarar una situación como para que nazca el derecho y pueda ser ejercido. La Unión Europea de Radiodifusión (1969) recomendó a sus asociados que transmitieran rectificaciones. La Sociedad Suiza de Radiodifusión (1981) dio directivas sobre las condiciones y formas de las respuestas.

Asimismo, además del agraviado, también gozan de este derecho los parientes en Bélgica (ley de 1961), Dinamarca (ley 330 de 1976), Francia (le droit de réponse de 1881), Uruguay (artículo 7o. de la ley 16099). Otras legislaciones lo otorgan a las personas morales: Austria (1981), Suiza (ley 1937), Chile (ley 15479), Uruguay y Francia. La Convención sobre Derecho de Rectificación de las Naciones Unidas de 1952 lo instituye para los Estados.

Pero hay coincidencia universal de que el mismo no puede ser reconocido a partidos o ideologías políticas para evitar que paralice la función esencial que cabe a la prensa, en un país que comulga con ideales democráticos.

14) Que, en ese orden de ideas, el derecho de respuesta o rectificación se encuentra incorporado en varias Constituciones provinciales; así en la de Catamarca, artículo 15; en la de Formosa, artículo 12; en la de Jujuy, artículo 23; en la de La Pampa, artículo 8o.; en la de Neuquén, artículo 22; en la de Salta, artículo 23; en la de San Juan, artículo 25; en la de San Luis, artículo 21; en la de Santa Cruz, artículo 15; en la de Santa Fe, artículo 11; en la de Santiago del Estero, artículo 20 y en la de Tierra del Fuego, artículo 47. Actualmente ha sido reconocido, con excepción de Cuba, en la mayor parte de los países de América Latina y también en Europa occidental.



## *OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES*

En el ámbito nacional, a su vez, existen procedimientos que se correlacionan con el derecho de respuesta. El derecho a la intimidad y al honor tienen una estructura tutelar en el artículo 1071 bis del Código Civil, que establece que “el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad y el hecho no fuere un delito penal”, podrá pedir al juez, “de acuerdo con las circunstancias, la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”. Esto se complementa, en cuanto al honor, con lo dispuesto por el artículo 114 del Código Penal, que determina que “cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa... el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción”.

15) Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o rectificación ha sido establecido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23054 y ratificado por nuestro país el 5 de septiembre de 1984, es ley suprema de la nación conforme a lo dispuesto por el [artículo] 31 de la Constitución Nacional. Cabe, entonces, examinar si —como afirma el recurrente— aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa.

16) Que, en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse.

17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánica-

mente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados ([artículo] 86, [inciso] 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales ([artículo] 67, [inciso] 19 Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la nación ([artículo] 86, [inciso] 14 Constitución Nacional).

18) Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por ley 19865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no existe fundamento normativo para acordar prioridad” al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el [artículo] 27 de la Convención de Viena, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

19) Que la necesaria aplicación del [artículo] 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cual-

## *OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES*

quier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado [artículo] 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.

20) Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.

En el supuesto del [artículo] 14.1 su redacción es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación. La norma expresa: 1) “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”. 2) “En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido”. 3) “Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística cinematográfica, de radio o televisión tendrá una per-

sona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

La interpretación textual según la cual toda persona “tiene derecho a...” despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que “la ley debe reconocer” ([artículo] 17) o “estará prohibido por la ley” ([artículo] 13,5).

21) Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, [artículo] 1o.)—. Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el [artículo] 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá “en las condiciones que establezca la ley”, quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (Opinión Consultiva 7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”, Serie A, Núm. 7 [párrafo] 24). Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el [artículo] 14.1, “reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible” (*ibidem* [punto resolutivo] 2.A). y que la frase “en las condiciones que establece la ley” se refiere a cuestiones tales como “si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc.” (*ibidem* [párrafo] 27), pero que

el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme al artículo 1.1.

## OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

...En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención (*ibidem*, párrafo 28).

22) Que en dicha Opinión Consultiva la Corte Interamericana sostuvo que “todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin”.

Que las palabras “en las condiciones que establezca la ley” se refieren a los diversos temas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas ([confrontar] Fallos: 302:1284, entre otros).

Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto.

23) Que, el derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad la aclaración, gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que los difundieron. En cuanto a su encuadre jurídico, no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva. No se trata de la querrela por calumnias o injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios.

La información difundida puede afectar la dignidad, la honra o la reputación de una persona y sus más profundas convicciones y la justicia tiene el deber de permitirle defenderse con inmediatez y eficacia. Se trata de una garantía para la efectiva protección de la dignidad humana, de la que forman parte la

honra, la reputación y la privacidad afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de una publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión ([artículos] 14, 1o. y 3o. del Pacto de San José de Costa Rica). Éste también es el carácter que le asigna la Comisión Lüchinger, en Suiza, para la que “el derecho de respuesta es la expresión y la consecuencia de los derechos de la personalidad en general. Toda persona debe poder justificarse a los ojos de la opinión pública, cuando los medios han divulgado, a su respecto, alegaciones que atentan contra sus intereses personales” (“Commission d’expert pour l’examen de la protection de la personnalité en droit civil”, *Rapport final*, Berna, 1974, [page] 21).

Es decir, que así como todos los habitantes tienen el derecho de expresar y difundir, sin censura previa, su pensamiento—ideas, opiniones, críticas— por cualquier medio de comunicación; así también todo habitante—que por causa de una información inexacta o agraviante sufra un daño en su personalidad— tiene derecho a obtener mediante trámite sumarísimo una sentencia que le permita defenderse del agravio moral mediante la respuesta o rectificación, sin perjuicio del ejercicio de las restantes acciones civiles y penales que le pudieren corresponder.

24) Que corresponde ahora tratar el tema de la legitimación del actor. Parece obvio señalar que una respuesta afirmativa a la cuestión constituye condición esencial para que el Tribunal pudiera haber afrontado la trascendente temática desarrollada en este pronunciamiento. Efectivamente, en un orden lógico de la decisión, ante el señalamiento del *a quo* de negar legitimación al demandante, si la Corte compartiera ese razonamiento debería desestimar sin más el recurso. De lo contrario, las reflexiones del Tribunal acerca del derecho de rectificación o respuesta, no tendrían la autoridad de un “fallo o sentencia” (arg. artículo 2o. de la ley 27). Empero, no es menos cierto que la falta de legislación en el orden nacional sobre la materia, el carácter de primer pronunciamiento sobre el asunto, y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión, proporciona a los

## OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

fundamentos de la legitimación del demandante carácter provisional, susceptible de sufrir mutaciones de acuerdo a la evolución del Instituto.

25) Que cualquiera sea el nombre que se le hubiese asignado a la acción intentada en estos autos, por aplicación del principio *iura curia novit*, esta Corte está facultada a superar óbices formales cuando se trata, como en el *sub examine*, de una persona que se ha sentido mortificada en sus sentimientos más profundos por expresiones ínsitamente agraviantes para su sistema de creencias, considerando la presencia de un acto ilícito o en su caso, de un abuso del derecho. En sentido estricto, Dalmiro Sáenz con sus expresiones vertidas en la audición de Gerardo Sofovich —quien posibilitó el uso del medio—, interfirió en el ámbito privado del señor Miguel Ángel Ekmekdjian, conmoviendo sus convicciones más profundas. Esta conducta —reconocida por el demandado a fs. 102/105— ha interferido arbitrariamente en la vida ajena, mortificando sus sentimientos, lo que implica un verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador.

Así, en el derecho norteamericano, a los efectos de considerar la habilitación de la revisión judicial se distinguen los intereses “materiales”, los “ideológicos” y los que se refieren a la vigencia efectiva de la ley (Stewart, Richard B., “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 8, junio de 1975, p. 1669). Se destacan aquí los denominados “intereses ideológicos”, que son aquellos que buscan “la afirmación de principios morales o religiosos” (*ibidem*, p. 1734) y aunque *prima facie* no deben ser acogidos a los efectos de la revisión judicial (“standing”, p. 1638) si son triviales o insustanciales, esto no supone una exclusión absoluta cuando dicho interés alcanza suficiente fuerza y compromiso en la persona que la invoca. Nótese que esta admisión (si bien por vía de excepción) del “interés ideológico” como habilitante de la tutela judicial lo es, en el derecho comentado, para accionar en orden a revisar la acción u omisión de las agencias administrativas. Cuanto más entonces cuando, como en el caso, se trata simplemente de admitir la “réplica” en reparación de un fuerte senti-

miento religioso ofendido, sentimiento que encuentra en nuestra sociedad sustanciales raíces culturales e institucionales.

Debe advertirse —con relación al caso planteado— que se trata de un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional, que requiere —para habilitar el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta— una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado, sino una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental. En estas condiciones, la afirmación que provoca la rectificación o respuesta invade, como ya se dijo, los sentimientos más íntimos del afectado, convirtiéndose así —y tratándose de un sentimiento o creencia de sustancial valoración para el derecho— en un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentales frente a quienes, sin razón alguna, los difaman hasta llegar al nivel del insulto soez, con grave perjuicio para la libertad religiosa. Estos extremos quedarán sujetos a la severa valoración del juez de la causa, aunque no cabe duda de que, en tales condiciones, la ofensa afecta la honra personal, por tanto a uno de los derechos subjetivos que mayor protección debe recibir por parte del ordenamiento jurídico.

Ejercido este derecho de responder a los dichos del ofensor, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, en las condiciones que el legislador establezca —o el juez, frente a la omisión del legislador, estime prudente considerar— a los efectos de evitar que el derecho que aquí se reconoce se convierta en un multiplicador de respuestas interminables.

A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o seme-



## OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

jante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora.

Así entonces, se logra armonizar la indudable dimensión personal de la ofensa a las profundas creencias, sentimientos o valores, reconocidos como sustanciales, con la practicidad de un sistema que no está dirigido a complicar, en un nivel de absurdo, el ejercicio de la libertad de prensa y de los derechos del sujeto propietario del órgano de comunicación masiva de donde partió la ofensa.

26) Que en los autos “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo”, esta Corte por voto mayoritario reiteró el criterio expuesto en la sentencia dictada *in re* “Costa, Héctor Rubén c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, C752 XIX y C753 XIX, del 12 de marzo de 1987, según el cual “el derecho a rectificación o respuesta, contenido en el [artículo] 14.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo, interno” y que toda restricción a la prensa “debía estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo” (*in re* “Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otros”, Fallos: 311:2553, Considerandos 9 y 10 y sus citas). Si bien por las razones expuestas fundamentalmente en los anteriores considerandos 15 a 20, en su actual composición este Tribunal no comparte los precedentes citados, resulta útil señalar que aquéllos guardan sólo analogía formal con el presente.

27) Que la defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su artículo 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación —a través de los medios de difusión— de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difun-

dido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva.

Por ello las sociedades que más se destacan en la protección del pluralismo religioso, no han dejado de atender a esta delicada cuestión, estableciendo regulaciones apropiadas a aquella finalidad. Así en el Código de la Televisión, de los Estados Unidos, en el capítulo referido a “Normas generales para los programas”, punto 5, se expresó que “no están permitidos los ataques contra la religión y las creencias religiosas... El oficio de pastor, sacerdote o rabino no debe ser presentado de tal suerte que ridiculice o menoscabe su dignidad”. También el Código de la Radio de la Asociación Nacional de Radiodifusoras señaló, en su capítulo referido a Religión y Programas Religiosos, punto 2, que “deben evitarse los ataques contra las confesiones religiosas”. El Código de Autorregulación —Asociación Cinematográfica de Norteamérica— prevé que “se debe respetar y defender la dignidad y valores básicos de la vida humana”. “La religión no debe ser degradada. Las palabras o símbolos que desprecien a grupos raciales, religiosos o nacionales no deben ser utilizados para instigar el fanatismo o el odio...” (*Confr.* Rivers W. y Schramm W., “Responsabilidad y Comunicación de Masas”, 1973).

En distintos ordenamientos jurídicos, por lo demás, se ha otorgado especial protección al sentimiento religioso “en su aspecto de valor, de un bien de tal importancia para ciertos sujetos que una lesión en el mismo puede comportar para el afectado una grave pérdida y aflicción” (*Confr.* Vitale, Antonio, *Corso di diritto ecclesiastico*, Milán, 1992, pp. 393 y ss.).

Nuestro ordenamiento —continúa el autor citado refiriéndose a la legislación italiana— considera tan importante a aquel bien, y tan graves ciertas lesiones que puede recibir de determinados comportamientos sociales, que interviene sobre estos comportamientos lesivos a través de sanciones drásticas y aflictivas, en cuanto directa o indirectamente inciden sobre la libertad personal, tal cual son las sanciones penales.

El bien a proteger es identificado con el sentimiento religioso: el título IV del segundo libro del Código Penal está dedicado a los de-

## OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

litos contra el sentimiento religioso... que es en sustancia, aquel sentimiento de intenso respeto y de veneración que cada fiel nutre por la doctrina, los símbolos y las personas de la propia religión, de manera que una ofensa a aquellos provoca en el fiel un profundo sufrimiento por el hecho de ver dañado un bien al que considera de gran valor, y que la Corte Constitucional considera como ‘entre los bienes constitucionalmente relevantes (Corte Cost. 8 de julio de 1975 n. 188, Giur. Cost. 1975, pp. 1508 ss.).

Por otra parte, la House of Lords sostuvo una decisión de la Court of Appeal que, en el caso “R. v. Gay News” (1979) 1 QB 10 consideró delito de blasfemia a una publicación de contenido “desdeñoso, vituperante, grosero o ridiculizante en materias relativas a Dios, Jesucristo, la Biblia, o, la Iglesia de Inglaterra...”. Sin embargo se aclaró que

no es blasfemar hablar o publicar opiniones hostiles a la religión cristiana, o negar la existencia de Dios, si la publicación es expresada en un lenguaje decente y temperado. El test a ser aplicado se vincula a la manera en la cual la doctrina es sostenida y no a la sustancia de la doctrina en sí misma. Todo aquél que publique un documento blasfemo es culpable del delito de publicar un libelo blasfemo. Todo aquél que se expresa en un lenguaje blasfemo es culpable del delito de blasfemia (Denning, Lord, *Landmarks in the Law*, pp. 298 ss., esp. p. 304).

28) Que resta, por fin, formular algunas precisiones sobre la forma de ejercicio del derecho de respuesta. En tal sentido, se reitera que la importancia que los medios de comunicación social tienen en la sociedad contemporánea, y la situación estratégica que se reconoce a la prensa escrita dentro del sistema constitucional argentino, los obliga moral y materialmente a cumplir con responsabilidad sus funciones, para beneficio de los mismos y de la comunidad; y evitar, corregir y reparar los abusos y excesos que pudieren cometer. En particular, cuando la información afecta la reputación, la honra y el honor de las personas violando el derecho que todo hombre tiene a su intimidad, fama y estima, toda vez que no puede quedar la personalidad humana a merced del poder de los medios. Esto los

obliga a tomar conciencia de que la conciencia de la propia dignidad no se silencia ni satisface con indemnizaciones pecuniaras ni con publicaciones extemporáneas dispuestas por sentencias inocuas por tardías. “La cruda noción anglosajona de vindicar el honor «by getting cash» ha llegado a ser insatisfactoria para mucha gente decente. Esta quiere un proceso menos sórdido y más conveniente, que enfoque su atención en lo que más importa: los errores de las declaraciones de los demandados” (Zacharie, Chafee Jr., *Government and Mass Communications*, Chicago, The University of Chicago Press, 1947, I-145).

29) Que, asimismo, la respuesta o rectificación tutela bienes de naturaleza civil, no política ni electoral. La mayoría de las noticias contestables no son ilícitas y la respuesta es sólo un modo de ejercicio de la misma libertad de prensa, que presupone la aclaración razonablemente inmediata y gratuita en el mismo medio, que publicó la información considerada ofensiva, en trámite simple y expeditivo, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles o penales que pudieran corresponder al afectado.

30) Que, en efecto, no cabe confundir las consecuencias de una condena criminal sustentada en el artículo 114 del Código Penal —que presupone la tramitación de todo un proceso judicial ordinario con amplitud de debate y prueba— con el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Aquella disposición tiende a que se repare el honor en la misma forma, modo o semejanza que la conferida por el ofensor en los casos en que la ofensa hubiere sido propalada por la prensa. Es así que, en tal supuesto, la reparación deberá hacerse en el mismo periódico, en el mismo lugar y con los mismos caracteres que la noticia injuriosa. Más aún, si la sola publicación del escrito de retracción fuera insuficiente para reparar el honor del ofendido, se ha considerado necesario que sea precedido por el comentario injurioso y que la declaración se refiera a él.

31) Que la vía sumarísima del amparo elegida por el accionante, ante la negativa del requerido de difundir la respuesta, resulta adecuada frente a la naturaleza del derecho, que busca ser protegido judicialmente. En tal sentido, corresponde una

*OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES*

vez más evocar que esta Corte estableció “que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” (“Siri, Ángel”, Fallos: 239:459).

32) Que, por tal razón, y por su propia naturaleza, el espacio que ocupará la respuesta no debe exceder del adecuado a su finalidad, y en modo alguno, debe ser necesariamente de igual extensión y ubicación que el que tuvo la publicación inicial; ello, desde luego, en un contexto de razonabilidad y buena fe, pero evitando una interpretación extensiva del instituto que lo torne jurídicamente indefendible y ponga en peligro el regular ejercicio del derecho de información, pilar básico de las instituciones republicanas (Fallos: 311:2553). En el caso, resulta suficiente con la lectura de la primera hoja de la carta del actor obrante a [folios] 61.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Se condena al demandado, señor Gerardo Sofovich, a dar lectura únicamente a la primera hoja de la carta del actor obrante a [folios] 61, en la primera de las audiciones que con ese nombre u otro similar actualmente conduzca el demandado ([artículo] 16, segunda parte, de la ley 48). Costas por su orden en razón de la complejidad de la causa. Agréguese la queja al principal y remítase.

LAS OPINIONES CONSULTIVAS COMO FUENTES EN EL  
SISTEMA NORMATIVO DE COSTA RICA: LA LIBERTAD DE  
EXPRESIÓN Y LA COLEGIACIÓN PROFESIONAL  
OBLIGATORIA DE PERIODISTAS

**Sinopsis:** La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica emite una sentencia sobre la obligación de la colegiación profesional de periodistas.

El caso se origina en una disputa de índole penal donde un ciudadano costarricense enfrenta un proceso por el delito de ejercicio ilegal de profesión, porque es un narrador deportivo de un medio de comunicación, labor que de conformidad con la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, sólo pueden realizar los periodistas inscritos en el Colegio. El accionante del proceso constitucional considera que la exigencia de colegiación es contradictoria con el derecho a la libertad de expresión reconocido por la Constitución de Costa Rica y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la fundamentación de la sentencia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica establece que la Ley impugnada reconoce como exclusivo de un periodista lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce como una libertad para todas las personas, por lo que dicha Ley es violatoria a la libertad de expresión. En adición a ello, la Sala Constitucional destaca que en 1985 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva solicitada por Costa Rica, para que aquella resolviera si la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica era compatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene el derecho a la libertad de expresión, de manera que el caso resuelto era una suerte de repetición de lo ya planteado en la opinión consultiva. La Sala Constitucional sostiene finalmente que quien formule una solicitud de Opinión Consultiva —como había hecho Costa Rica— debe ser considerado “parte” en el sentido del artículo 68.1 de la Conven-

## OPINIONES CONSULTIVAS COMO FUENTES

ción Americana sobre Derechos Humanos, y por lo tanto queda obligado a cumplir los términos de la Opinión Consultiva.

***Synopsis:** The constitutional branch of Costa Rica’s Supreme Court of Justice delivered a judgment compulsory licensing of journalists with the professional association of journalists. The case originated from a dispute of a criminal nature where a Costa Rican citizen faced proceedings for the crime of illegal exercise of the profession of a sports commentator, a position which, according to the Organic Law of the College of Journalists of Costa Rica, was reserved for journalists registered with the College. The applicant considered the existence of such a requirement to be in contradiction with the right to freedom of expression acknowledged by both the Constitution of Costa Rica and the American Convention on Human Rights. The Constitutional branch of Costa Rica’s Supreme Court of Justice established that the impugned law recognized journalists what the American Convention on Human Rights recognizes as a liberty of all persons, which rendered the law in violation of the right to freedom of expression. In addition, the Constitutional Court emphasized that in 1985 the Inter-American Court of Human Rights issued an advisory opinion, at the request of Costa Rica, in which the Court analyzed whether the Organic Law of the College of Journalists of Costa Rica was compatible with Article 13 of the American Convention on Human Rights which acknowledges the right to freedom of expression, so that the case at hand was a repetition of what was already stated in the Court’s advisory opinion. Furthermore, the Constitutional Court held that whoever requests an advisory opinion from the Inter-American Court—as Costa Rica had done— shall be considered a “party” in accordance with Article 68(1) of the American Convention on Human Rights, and is thus obliged to comply with the terms of the advisory opinion.*

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE  
JUSTICIA DE COSTA RICA

VOTO 2313-95 - 9 DE MAYO DE 1995  
CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA  
EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY ORGÁNICA  
DEL COLEGIO DE PERIODISTAS

Exp. 0421-S-90. Núm. 2313-95. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.- Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco, mayor, casado, locutor y comentarista deportivo, vecino de Nicoya, Guanacaste, portador de la cédula de identidad Núm. 5-189-145, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7o. de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

*Resultando:*

I. El accionante Róger Ajún Blanco, pretende a través de su acción, que se declare que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas infringe lo dispuesto por el artículo 7o. de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al establecer, que “Las funciones propias del periodista, sólo podrán ser realizadas por miembros inscritos en el Colegio”.

El asunto principal de esta acción es la causa que se tramita en su contra ante el Juzgado de Instrucción de Nicoya, por el delito de ejercicio ilegal de una profesión. Agrega el señor Ajún que el



## OPINIONES CONSULTIVAS COMO FUENTES

fundamento jurídico utilizado para tratar de cobrarle un carácter del cual carece, no obstante lo cual viene realizando un trabajo legítimo, ha sido el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, en concordancia con el ordinal 23 del mismo cuerpo legal, con lo cual se le ha venido dando el carácter de periodista por sus labores de comentarista, lo que no se corresponde con la realidad, pues él se desempeña como locutor y comentarista, “jamás como periodista” (folio 4). Finalmente, solicita se declare con lugar la acción porque las normas dichas violan el artículo 7o. de la Constitución Política, que otorga a los tratados internacionales (caso en el cual, afirma, está la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) rango superior a la ley ordinaria.

II. Conferida la audiencia a la Procuraduría General de la República, ésta estimó que existían defectos formales en el escrito de interposición de la acción, que la hacen improcedente por dos aspectos: *a)* falta de una exposición clara y precisa de sus fundamentos; y, *b)* carencia de interés pues la actividad de ser comentarista y locutor deportivo se regula en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, que dispone: “Los columnistas y comentaristas permanentes u ocasionales de todo tipo de medios de comunicación, pagados o no, podrán ejercer su función libremente, sin obligatoriedad de ser miembros del Colegio, pero su ámbito de acción estará limitado a esa esfera, sin poder cubrir el campo del reportero, especializado o no”.

En opinión de la Procuraduría, entonces, al ser la función del señor Ajún la de “comentarista”, no queda regulado por las normas que él impugna, de modo que la acción debe desestimarse.

En cuanto al fondo, la Procuraduría sostuvo que desde la emisión de la Opinión Consultiva OC-5-85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, surgió para el Estado de Costa Rica, la obligación ética de realizar las operaciones legislativas y judiciales dirigidas a establecer una conformidad, en beneficio de la vigencia y goce efectivos de los derechos humanos consagrados en la misma Convención Americana.

III. La parte contraria del asunto principal, el jefe del Ministerio Público, manifestó su inconformidad con la acción y pidió se declare sin lugar, debido a que, en su opinión, los colegios profesionales son los entes llamados a regular y velar por la actividad de los profesionales, lo cual es legítimo.

IV. La audiencia oral a que se refieren los artículos 10 y 85 de la ley de la Jurisdicción Constitucional, se celebró con la intervención de las partes, a las nueve horas con veinticinco minutos del día treinta de agosto de mil novecientos noventa.

V. Esta sentencia se dicta dentro de la autorización que otorgó a la Sala el Transitorio II, párrafo final de la Ley Núm. 7135 del 11 de noviembre de 1989, reformada por la Ley Núm. 7209 del 8 de noviembre de 1990. Redacta el magistrado Solano Carrera; y,

*Considerando*

I. A pesar de que la Procuraduría General de la República indica que no se dan los fundamentos claros y precisos que exige la ley que regula esta jurisdicción para la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad, la Sala no encuentra en ello sustento, pues sí existen los fundamentos en el libelo que se interpone la acción. En ese sentido, la Sala en Pleno, comparte lo actuado por la Presidencia al darle curso a la acción. Por otra parte, no hay duda de que la eventual aplicación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas viene a jugar un papel importante en la resolución del asunto base en que se invocó la inconstitucionalidad que nos ocupa. Es cierto que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, anuló la resolución que absolvió de toda pena y responsabilidad al accionante, al comprobarse en esa sede la falta de fundamentación de la sentencia del juez penal. Sin embargo, la causa contra el accionante subsiste, con cualquier posibilidad jurídica para el juez a quien le corresponda dictar nueva sentencia, lo que hace que la promoción de la presente acción sea razonable. Al aquí actor se le sigue causa por ejercicio ilegal de la profesión de periodista, puesto que el mismo imputado ha ejercido para conocidos medios informativos de la región de Nicoya y nacionales, como re-

## *OPINIONES CONSULTIVAS COMO FUENTES*

ceptor y divulgador de información, así como corresponsal, sin estar debidamente colegiado. Lo que ha de resolverse en la acción, se hace con base en la naturaleza incidental que tiene la acción dentro del asunto penal base, que se tramita ante el Juzgado de Nicoya. Y aun cuando la Procuraduría sostenga que el artículo 25 es el que le sería aplicable al señor Ajún, ciertamente esa norma deja a salvo de la obligación de ser colegiados a comentaristas y columnistas, pero abre una puerta insospechada a la interpretación cuando agrega, “pero su ámbito de acción (de comentaristas y columnistas, agrega quien redacta) estará limitado a esa esfera, sin poder cubrir el campo del reportero, especializado o no”.

II. Estima el actor que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas atenta contra la libertad de pensamiento y expresión establecida en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 7o. de la Constitución Política, toda vez que allí se dispone: “Las funciones propias del periodista sólo podrán ser realizadas por miembros inscritos en el Colegio”.

Eso significa, de conformidad con el artículo 23 de la misma Ley, que solamente es periodista y, por ende, sólo puede ser inscrito como tal en el Colegio, quien “tiene por ocupación principal, regular o retribuida, el ejercicio de su profesión en una publicación diaria o periódica, o en un medio noticioso radiodifundido o televisado, o en una agencia de noticias, y que obtiene de ella los principales recursos para su subsistencia”.

Lo anterior implica que para el ejercicio de esas actividades debe estarse colegiado como profesional en periodismo, para tener acceso no sólo a la búsqueda y recepción de información, sino también a los medios de publicación, escrita, de radio y televisión, como principal fuente de subsistencia. En la especie, al recurrente se le ha acusado de ejercer ilegalmente la profesión de periodista, y el escrito de denuncia, con toda claridad, expresa que

...en el desempeño de sus labores, el denunciado Ajún Blanco, realiza toda la gama de actividades relativas, concernientes y conducentes a localizar los hechos, así como a elaborar, redactar y difundir

## CASO ACCIÓN CONTRA EL ARTÍCULO 22

radialmente y hasta por otros medios periodísticos como son Radio Sonora y el periódico La República, de los cuales ha figurado aparentemente como su corresponsal en este cantón, las noticias que resultan de esos hechos.

El auto de procesamiento estableció que “se infiere además que el encartado es la persona que dirige el referido programa, y para obtener material a difundir el mismo realiza entrevistas, las graba y posteriormente las da a conocer al público”.

Continúa afirmándose, “Que la labor mencionada el imputado Ajún Blanco la realiza sin tener el título de periodista debidamente inscrito ante el Colegio respectivo. Es evidente que la labor del imputado Ajún Blanco no es —en el caso concreto— el de locutor, sino el de un profesional en periodismo, puesto que consigue y elabora el material informativo que posteriormente da a conocer a la opinión pública a través de su programa Al ritmo del Deporte”.

III. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13 dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos... o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de las ideas y opiniones...

Este texto tiene la virtud de que por una parte liga las libertades de pensamiento y de expresión, puesto que la primera no tendría sentido sin la segunda. Pero también nos pone de manifiesto, en protección de ambas, que la libertad de expresión no puede restringirse por ninguna vía, directa o indirecta, o por medios que impidan la libre circulación de ideas u opiniones, citando a modo de ejemplo y no taxativamente algunas condiciones de ese tipo.

Como instrumento de la libertad de expresión, hay un derecho de las personas a buscar, recibir y difundir cualquier infor-

## *OPINIONES CONSULTIVAS COMO FUENTES*

mación, y a escoger el medio para hacerlo. Por eso mismo, la cuestión que el accionante trae a decisión de esta Sala, es aquella relativa a que ciertas actividades que se traducen en buscar, recibir y difundir información, solamente puedan realizarlas ciertas personas investidas de un determinado carácter, no obstante que se trate de informaciones que están a disposición de cualquiera y que, por ello, no tienen un sello de intangibilidad que derive de algún motivo legítimo. De tal manera, lo que el accionante... estima que es mera función de locutor, adquiere a los ojos del fiscal y del propio juzgador penal (en el auto de procesamiento de la causa principal), connotaciones periodísticas, pues no otra cosa significa a los ojos de esos funcionarios, que aquél “consigue” (es decir “busca” o “recibe” en los términos de la Convención) y “elabora el material que posteriormente da a conocer a la opinión pública” (es decir, “difunde informaciones de toda índole”, “oralmente, por escrito o en forma impresa o artística”, o “por cualquier otro procedimiento de su elección”, para seguir citando el texto de la Convención).

Ciertamente, en una acción de inconstitucionalidad no se analiza el asunto judicial previo que le sirve de base. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que es la propia Ley de Jurisdicción Constitucional —[artículo] 75.1— la que manda que la acción de inconstitucionalidad debe ser un medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

Al accionante se le sigue una causa, pues, porque “consigue y elabora el material informativo que posteriormente da a conocer a la opinión pública”, según se vio del requerimiento de instrucción formal. Y es esencial señalar, dentro de lo que se implica en esta acción que, según la ley impugnada ([artículo] 22), solamente una persona de cierta calidad o condición puede realizar esos actos. Y esa calidad es, a la luz de lo preceptuado por el artículo 22 de la Ley impugnada, la de periodista debidamente inscrito en el Colegio respectivo. Lo grave es que la ley asigna como labores propias del periodista, precisamente aquéllas que la Convención Americana establece como una libertad de toda persona, esto es, buscar, recibir y difundir informaciones, coincidencia que no se ofrece con otro tipo de derechos fundamentales.

Corresponde a esta sede, entonces, a tono con el planteamiento de la acción, establecer si ir a las fuentes de información, entrevistar, enterarse, recopilar datos, interpretarlos y divulgarlos por los medios de comunicación, constituye una labor únicamente atinente al periodista inscrito en el Colegio respectivo. No comparte la Sala esa especie de “minimización” que hace la Procuraduría General de la República, en el sentido de que la actividad que desempeña el accionante está permitida bajo lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, como comentarista deportivo. No la comparte, porque de un lado, si la condición del accionante es claramente la de “otro profesional” no periodista en el tanto su actividad no es la que se contiene en los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, tal aspecto correspondería deslindarlo al juez de la causa, no a la Procuraduría General de la República ni a esta Sala. Pero, por otra parte, al estar *sub judice* la cuestión, claramente tendrá el juzgador penal que aplicar en la causa de base, la normativa aquí impugnada, ya sea positiva o negativamente, lo cual en estos momentos no puede anticiparse de modo cierto. Sin embargo y sobre este punto, valga agregar que ya se ha adelantado una posible aplicación normativa en el propio procesamiento que corre en el expediente principal, como se ha podido transcribir parcialmente.

IV. Paralelamente al señalamiento que ya se hizo respecto de la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hay una circunstancia, sin embargo, que en opinión de la Sala, debe ser analizada con carácter igualmente prioritario. El 8 de julio de 1985 el gobierno de Costa Rica formuló consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el mismo tópico aquí tratado. Expresamente consultó el gobierno en aquella ocasión dos aspectos, que en términos generales pueden sintetizarse así: *a)* opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas, a la luz de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, *b)* opinión sobre la compatibilidad de la Ley Núm. 4420, Orgánica del Colegio de Periodistas, que establece la colegia-

#### OPINIONES CONSULTIVAS COMO FUENTES

ción obligatoria, con las disposiciones de los citados numerales de la Convención.

Es de hacer notar dos cuestiones que si bien anecdóticas, ilustran claramente la dimensión de lo consultado y que finalmente la Corte decidió en su opinión. Una, que fue la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) la que en aquella ocasión solicitó al Poder Ejecutivo costarricense que formulara la consulta, dadas las dudas existentes sobre la obligatoriedad de la colegiación, no solamente en Costa Rica, sino en todo el continente americano. Lo interesante de esto es que el Estado de Costa Rica asumió la consulta como propia, dado que la SIP no tenía legitimación para formularla. Otra, que se aclaró a la Corte, que se consultaba no obstante adversar el criterio de esa SIP y, en cambio compartía el de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en Resolución Núm. 17-84, había declarado una compatibilidad de la ley Núm. 4420 con la Convención (caso Schmidt). Esto se hace muy significativo en opinión de la Sala, ya que siendo potestativo del gobierno formular o no la consulta, y prácticamente anticipando su adhesión a una tesis de las posibles sobre el tema, decidió formalmente someterse a la jurisdicción de la Corte, acto de excepcional entereza. Así lo reconoció la propia Corte Interamericana, ya que Costa Rica venía de ganar su caso (Schmidt) ante la Comisión y no obstante ello, decidió ir a la cúspide del sistema americano de protección de los derechos humanos.

V. La Corte emitió la Opinión Consultiva, bajo el [número] OC 5-85, del 13 de noviembre de 1985 y unánimemente declaró: 1. “Que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

2. Que la Ley Núm. 4420 del 22 de septiembre de 1969, Ley orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso —pleno— de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y trans-

mitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Omite la Sala referirse a las Opiniones Separadas y Declaraciones que algunos de los jueces consignaron, toda vez que para los fines de esta sentencia no adquieren la fuerza de la parte dispositiva, en los términos textualmente transcritos, si bien extienden y apuntalan el criterio de ilegitimidad de la colegiación de periodistas. La Opinión de la Corte es muy extensa y rigurosa en el tratamiento del tema, pero a fin de que más adelante esta misma sentencia pueda precisar su propio alcance, cabe señalar que en el numeral 34 de las consideraciones, está una parte clave de la decisión, cuando afirma que “en principio la libertad de expresión requiere que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a los medios de comunicación social”. Acto continuo, agrega la Corte que la libertad de expresión “también requiere que los medios de comunicación sean, en la práctica, verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla”. Y así, señala por la vía del ejemplo, que con lo anterior solamente son compatibles condiciones en las que: *a*) haya pluralidad de medios de comunicación social, *b*) prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera que sea la forma en que se manifieste y “la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”. Eso, además de lo que explícitamente señala el artículo 13 de la Convención, que en lo que estrictamente tiene que ver con esta acción, se torna demasiado notorio. La Corte acudió en apoyo de su argumentación, a los artículos 29 y 32 del propio Pacto de San José de Costa Rica, pues allí se contienen criterios de interpretación del instrumento y de esa normativa extrajo que las posibles restricciones permitidas por el artículo 13.2 deben ser compatibles con conceptos como “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas”, que se recogen a lo largo de su texto y que necesariamente deben servir de parámetro para sus decisiones.

VI. Ahora bien, si la Corte elogió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquélla fecha ha seguido suce-



#### *OPINIONES CONSULTIVAS COMO FUENTES*

diendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia. Eso llama a la reflexión, porque para darle una lógica al sistema, ya en la Parte I, la Convención establece dentro de los deberes de los Estados, respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2o.). Especialmente debe transcribirse lo que dispone el artículo 68: “1. Los estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes...”. Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes “sean partes”, solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención. Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima. Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7o. de la Constitución Política, ya que el 48 constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (véase Sentencia Núm. 3435-92 y su aclaración, Núm. 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.

VII. No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho— servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.1).

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mante-

## OPINIONES CONSULTIVAS COMO FUENTES

nerse una colegiatura —obligatoria— para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de “la fuerza moral de la opinión consultiva”, si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países —Estados— que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta —Opinión Consultiva— la puede archivar aquél lisa y llanamente.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC 5-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley Núm. 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación. Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.

VIII. Es necesario agregar que, por virtud de la reforma a la Constitución Política, se crea la Sala Constitucional, la cual entre sus amplias competencias tiene la de “declarar la inconstitucionalidad de las normas” (artículo 10). A su vez, la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla esa competencia y solamente para señalar dos ejemplos, dispone:

Artículo 1o. La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del derecho internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y

CASO ACCIÓN CONTRA EL ARTÍCULO 22

aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Artículo 2o. Corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: a)...

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad...

Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC 5-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley Núm. 4420, en cuanto se refiere a lo aquí discutido por el señor... es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política. Con la advertencia, por ser consustancial al control de constitucionalidad actual, que a la luz de lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta Sentencia tiene carácter declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia de la norma anulada. Como una consecuencia propia de este pronunciamiento, quienes hubieran sido condenados por violación a lo dispuesto por la norma anulada, podrán plantear recurso de revisión dentro de los quince días posteriores a la publicación de esta sentencia en el *Boletín Judicial*.

#### OPINIONES CONSULTIVAS COMO FUENTES

Esta declaración no prejuzga ni alcanza lo relativo a la legitimidad de la existencia del Colegio de Periodistas de Costa Rica, ni tampoco hace relación a la profesión de periodista, por no tratarse de aspectos que, a la luz de lo reglado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, hayan estado en lo impugnado por el accionante, o estuvieran directa o indirectamente relacionados con lo decidido, toda vez que la colegiación obligatoria de periodistas solamente es ilegítima en cuanto impida (véase OC 5-85) la libertad de expresión y el uso de los medios de comunicación social como instrumentos al servicio de aquélla y de la de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

#### *Por Tanto:*

Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el artículo 22 de la Ley Núm. 4420, del 22 septiembre de 1969. Esta sentencia es declarativa y sus efectos retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensiona esta sentencia en el sentido de que las personas que hubieran sido condenadas, por virtud de aquélla, pueden formular recurso de revisión, a la luz de lo dispuesto por el artículo 490, inciso 6, del Código de Procedimientos Penales, dentro de los quince días posteriores a la publicación de esta sentencia. Publíquese íntegramente esta sentencia en el *Boletín Judicial*. Reséñese en el *Diario Oficial La Gaceta*. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

## CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL RECURSO DE AMPARO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Sinopsis:** La Suprema Corte de Justicia de República Dominicana emite una sentencia por medio de la cual da vida al recurso de amparo, a partir del reconocimiento que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace en artículo 25.1 al derecho a un recurso rápido y sencillo. La Suprema Corte advierte que ninguna ley le ha confiado a los tribunales dominicanos competencia expresa para conocer de las acciones de amparo, por lo que recurre a sus poderes de ordenación del Poder Judicial, y ella establece, por mandato expreso de la sentencia, los tribunales competentes para conocer de la acción de amparo en primer grado, y los encargados de conocer, asimismo, en apelación en contra de sus sentencias, así como las reglas básicas del procedimiento, como una obligación derivada directamente de la figura procesal de protección judicial incluida en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

**Synopsis:** *The Dominican Republic's Supreme Court of Justice delivered a judgment giving life to the recurso de amparo, based on the acknowledgement contained in Article 25.1 of the American Convention on Human Rights regarding the right to a simple and prompt recourse. The Supreme Court warned that no law had explicitly conferred to Dominican tribunals competence over acciones de amparo. Thus, pursuant to the Supreme Court's authority over the judicial branch, it established tribunals with competence to hear the acción de amparo en primer grado, as well as tribunals with competence to hear appeals against the judgments of said tribunals, and also the basic rules of procedure, as an obligation derived directly from the procedural exigencies to the right of judicial protection contained in Article 25 of the American Convention on Human Rights.*

*CREACION DEL RECURSO DE AMPARO*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE REPÚBLICA  
DOMINICANA

24 DE FEBRERO DE 1999  
CASO PRODUCTOS AVON, S.A.

En Nombre de la República, la Suprema Corte de Justicia, regularmente constituida por los jueces Jorge A. Subero Isa, presidente; Rafael Luciano Pichardo, primer sustituto de presidente; Juan Guiliani Vólquez, segundo sustituto de presidente; Hugo Álvarez Valencia, Ana Rosa Bergés de Farray, Víctor José Castellanos Estrella, Eglys Margarita Esmurdoc, Margarita A. Tavares, Julio Genaro Campillo Pérez, Julio Ibarra Ríos, Edgar Hernández Mejía, Dulce Rodríguez de Goris, Juan Luperón Vásquez, Julio Aníbal Suárez y Enilda Reyes Pérez, asistidos de la Secretaria General, en la Sala donde celebra sus audiencias, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, hoy 24 de febrero del 1999, años 155 de la Independencia y 136 de la Restauración, dicta en audiencia pública la siguiente resolución: Vista la instancia suscrita por los licenciados Hipólito Herrera Vasallo y Luis Miguel Rivas, en representación de Productos Avon, S. A., sociedad de comercio organizada de conformidad con las leyes de la República, con domicilio social y oficinas en el Núm. 61 de la calle Virgilio Díaz Ordóñez, Ensanche Piantini, de esta ciudad, representada por su gerente general Luis Felipe Miranda, de nacionalidad peruana, mayor de edad, casado, de este domicilio y residencia, provisto de pasaporte Núm. 1879970, quien además actúa en su propio nombre, mediante la cual interponen formal recurso de amparo contra las sentencias dictadas por la Sala Núm. 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, del 10 de septiembre y 14 de octubre de 1998, y que termina así:



#### CREACION DEL RECURSO DE AMPARO

*Primero:* Que la Suprema Corte de Justicia declare, en la sentencia a intervenir, que el amparo es una institución del derecho positivo dominicano;

*Segundo:* Que la Suprema Corte de Justicia trace el procedimiento a seguir en materia de amparo de conformidad con las atribuciones otorgadas a la Suprema Corte de Justicia, por el artículo 29, inciso 2, de la Ley Núm. 821 de Organización Judicial, que textualmente prescribe: “Determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrentes, cuando no esté establecido en la ley, o resolver cualquier punto que para tal procedimiento sea necesario”, reconocido sistemáticamente en jurisprudencia constante de la Suprema Corte de Justicia;

*Tercero:* Que la Suprema Corte de Justicia ordene el sobreseimiento o suspensión de la demanda laboral en nulidad de desahucio, reintegro de trabajadores y reparación de daños y perjuicios, incoada por César Jiménez y Eudelio de la Cruz, en contra de los exponentes Productos Avon, S. A., y Luis Felipe Miranda, hasta tanto sea decidido de manera definitiva e irrevocable los recursos siguientes: *a)* El recurso de apelación interpuesto por Productos Avon, S. A. y Luis Felipe Miranda, en fecha 13 de octubre del año 1998, en contra de la sentencia de fecha 10 de septiembre del año 1998, dictada por la Sala Núm. 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional; *b)* El recurso de apelación interpuesto por Productos Avon, S. A. y Luis Felipe Miranda, en fecha 5 de noviembre del año 1998, en contra de la sentencia dictada en fecha 14 de octubre de 1998, por la Sala Núm. 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional”; Atendido, a que contra los impetrantes Productos Avon, S. A. y Luis Felipe Miranda, se sigue un proceso penal con constitución en parte civil por ante la Quinta Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, por violación a los artículos 391 y siguientes del Código de Trabajo y de la Ley Núm. 24-97, del 27 de enero de 1997; y otro proceso laboral en nulidad de desahucio, reintegro de trabajador y reparación de daños y perjuicios, por ante el Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, ambas acciones promovidas por César Jiménez y Eudelio de la

Cruz; Atendido, a que los impetrantes Productos Avon, S. A. y Luis Felipe Miranda, alegan en su instancia en síntesis, que las sentencias del 10 de septiembre y del 14 de octubre de 1998, dictadas por la Sala Núm. 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, lesionaron sus derechos fundamentales siguientes: *a*) derecho al debido proceso de ley; *b*) derecho a una actuación apegada a la ley o principio de la legalidad y *c*) derecho a ser juzgado por una jurisdicción competente; que en lo que concierne a la letra *a* la Sala Núm. 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional pretende juzgar sobre unas pretensiones derivadas de un hecho penal, previsto y sancionado por la Ley Núm. 24-97, como lo constituye la reparación de daños y perjuicios; que la incompetencia no ha sido planteada en relación a la nulidad del desahucio y reintegro de trabajador, sino exclusivamente sobre las pretensiones relativas a los daños y perjuicios derivados de un mismo y único hecho de naturaleza penal; que en la especie, los impetrantes, a pesar del principio “*non bis in idem*”, están siendo juzgados tanto por la jurisdicción laboral como por la jurisdicción penal, por un mismo hecho; que en lo que toca a la letra *b* este principio constituye un derecho para el justiciable y una obligación para el juez, y consiste en el hecho de que la autoridad, ya sea esta judicial o administrativa, debe actuar conforme a la ley, en virtud de la ley, y al amparo de la ley; que en la especie, el magistrado juez presidente de la Sala Núm. 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, mediante sus sentencias vulneró este principio en lo que respecta:

1) al efecto suspensivo del recurso de apelación, sobre una sentencia que no ha pronunciado condenaciones a sumas de dinero;

2) a prejuzgar la naturaleza de la sentencia impugnada por vía de apelación, lo cual es competencia de la corte de alzada; y

3) se fundamentó en el artículo 534 del Código de Trabajo, sobre el cual se promovió una excepción de inconstitucionalidad, la cual no debe acumularse con el fondo o acumular el sobreseimiento en virtud del efecto suspensivo del recurso de apelación.

## CREACION DEL RECURSO DE AMPARO

Atendido, a que los exponentes invocan como fundamento legal de su acción, los artículos 25.1 y 80. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Congreso Nacional por Resolución Núm. 739, promulgada el 25 de diciembre de 1977 y publicada en la *Gaceta Oficial* Núm. 9460, del 11 de febrero de 1978; 3, párrafo final, y 8 inciso 2 literal j) de la Constitución de la República; Atendido, a que los referidos artículos de la señalada convención expresan respectivamente:

(25.1). Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales;

(8). Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;

Atendido, a que los citados artículos de la Constitución expresan respectivamente:

(3, párrafo final). La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional General y Americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia a favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas;

(8, 2, j). Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa. Las audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la ley, en los casos en que la publicidad resulte perjudicial al orden público o las buenas costumbres.

Atendido, a que como se puede advertir de la lectura de los textos anteriormente transcritos, se trata de disposiciones que

tienen por objeto la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley y la misma convención, contra los actos violatorios de esos derechos, cometidos por personas que actúen o no en el ejercicio de funciones oficiales o por particulares; que contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que, al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo está abierto en favor de toda persona contra los actos que violen sus derechos fundamentales, “aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, evidentemente incluye entre éstas a las funciones judiciales; que si bien esto es así, no es posible, en cambio, que los jueces puedan acoger el amparo para revocar por la vía sumaria de esta acción lo ya resuelto por otros magistrados en ejercicio de la competencia que le atribuye la ley, sin que se produzca la anarquía y una profunda perturbación en el proceso judicial, por lo que tal vía queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional, del Poder Judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido.

Atendido, a que si bien el artículo 25.1 de la citada Convención prescribe que el recurso de amparo debe intentarse ante los jueces o tribunales competentes, y si también es cierto que la competencia, para este recurso, no está determinada por nuestro derecho procesal ni por ley especial alguna, como sí ocurre con la ley de *habeas corpus*, que atribuye competencia y reglamenta la forma de proceder para proteger la libertad física o corporal del ciudadano, no es menos cierto que como el recurso de amparo constituye el medio o procedimiento sencillo,

#### CREACION DEL RECURSO DE AMPARO

rápido y efectivo creado para todos los derechos consagrados en la Constitución y otras leyes excepto aquellos protegidos por el *habeas corpus*, ningún juez podría, si a él se recurre por una alegada libertad constitucional vulnerada, negar el amparo pretextando la inexistencia de ley que reglamente la acción ejercida.

Que si es válido que para la protección de los derechos se debe tener un medio, un camino especial que los haga efectivos, la Suprema Corte de Justicia está facultada, empero, para determinarlos cuando por omisión del legislador no se ha establecido el procedimiento adecuado.

Que no obstante ser de principio que sólo la ley atribuye competencia, al no existir ninguna disposición que ponga a cargo de determinado juez o tribunal el conocimiento del recurso de amparo, resulta forzoso admitir, al tenor del citado artículo 25.1, que cualquier juez o tribunal del orden judicial, podría válidamente ser apoderado de un recurso de amparo, siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona humana, pero, como ello traería consigo una competencia antojadiza y confusa, de las consideraciones que anteceden resulta evidente la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia, de conformidad con las atribuciones que le confiere el inciso 2 del artículo 29 de la Ley Núm. 821, de Organización Judicial, determine la competencia y el procedimiento que deberá observarse en los casos de apoderamiento judicial con motivo de un recurso de amparo.

Atendido, a que ha sido interpretado por esta Suprema Corte de Justicia, que los jueces de primera instancia, como jueces de derecho común, tienen plenitud de jurisdicción en todo el distrito judicial en el cual ejercen sus funciones y, por tanto, deben ser considerados como los jueces competentes a los cuales se refiere la ley, cuando lo hace en términos generales, en la extensión de su jurisdicción; que como el artículo 25.1 de la referida Convención se refiere precisamente en términos generales, a que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante “jueces o tribu-

nales competentes”, obviamente está atribuyendo, en nuestro caso, competencia para conocer en primer grado de la acción de amparo, a nuestros jueces de primera instancia; atendido, a que además, con el fin de no desnaturalizar la esencia de esta acción conviene se disponga la adopción de reglas mínimas para la instrucción y fallo de la misma y los recursos a que estará sujeta la sentencia que se dicte; Por tales motivos, la Suprema Corte de Justicia, después de haber deliberado,

*Resuelve*

*Primero:* Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución Núm. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3o. de la Constitución de la República.

*Segundo:* Determinar: *a)* que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado; *b)* que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; *c)* el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; *d)* la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; *e)* el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notifica-

#### CREACION DEL RECURSO DE AMPARO

da la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas.

*Tercero:* Declarar que no procede, en el caso de la especie, estatuir sobre el pedimento de sobreseimiento en razón de que corresponde al juez apoderado de lo principal pronunciarse sobre dicho pedimento.

*Cuarto:* Ordena que la presente resolución sea comunicada al magistrado procurador general de la República, para los fines de lugar. Firmado: Jorge A. Subero Isa, Rafael Luciano Pichardo, Hugo Álvarez Valencia, Juan Guiliani Vólquez, Ana Rosa Bergés de Farray, Eglys Margarita Esmurdoc, Margarita A. Tavares, Julio Genaro Campillo Pérez, Víctor José Castellanos E., Julio Ibarra Ríos, Edgar Hernández Mejía, Dulce Rodríguez de Goris, Juan Luperón Vásquez, Julio Aníbal Suárez y Enilda Reyes Pérez. Grimilda Acosta, secretaria general. La presente resolución ha sido dada y firmada por los señores jueces que figuran en su encabezamiento, en la audiencia pública del día, mes y año en él expresados, y fue firmada, leída y publicada por mí, secretaria general, que certifico.

## LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES EN LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA

**Sinopsis:** El Tribunal Constitucional del Perú emite una sentencia, extensa por la amplia cantidad de temas sustantivos y procesales que aborda, por medio de la cual resuelve una acción de inconstitucionalidad dirigida en contra de un conjunto de decretos leyes emitidos para construir el andamiaje legal en la lucha contra el terrorismo. El Tribunal Constitucional analizó en dicha sentencia, *inter alia*, la inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria, los derechos al debido proceso, al juez natural, de defensa, a no ser incomunicado, a la nacionalidad y a la integridad personal, así como al principio de presunción de inocencia y el plazo razonable. Esta amplia variedad de temas hace que el Tribunal Constitucional se vea en la necesidad de hacer interpretaciones y aplicaciones directas de la Constitución, así como interpretaciones y aplicaciones de la norma constitucional a partir de la interpretación que sobre similares principios —contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos— han realizado tanto la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Synopsis:** *The Constitutional Tribunal of Peru delivered a long judgment - due to vast quantity of substantive and procedural topics it dealt with - which resolved a constitutional challenge to a series of laws providing the legal framework for the fight against terrorism. The Constitutional Tribunal analyzed, inter alia, the unconstitutionality of the definition of treason, the rights to due process, a natural judge, defense, not be kept in isolation, nationality and personal integrity, as well as the presumption of innocence and the right to a hearing within a reasonable time. The variety of topics required the Constitutional Tribunal to make di-*



*LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES*

*rect constitutional interpretations and applications. It also analyzed various interpretations of the American Convention on Human Rights made by the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ-  
EXPEDIENTE 010-2002-AI/TC - 3 DE ENERO DE 2003

CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD  
CONTRA LOS DECRETOS LEYES 25475, 25659, 25708  
Y 25880, ASÍ COMO SUS NORMAS  
COMPLEMENTARIAS Y CONEXAS

ANTECEDENTES

Los demandantes manifiestan que las disposiciones legales que impugnan no sólo transgreden la Constitución actual y los tratados internacionales, sino que violan en el fondo y la forma la Constitución Política del Perú de 1979, vigente a la fecha en que el llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional los promulgó...

En cuanto a los Decretos Leyes Núms. 25475, 25659, 25708 y 25880, los demandantes indican que son inconstitucionales por contravenir en el fondo a la Constitución Política del Perú y no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establece; y que contradicen y violan los derechos fundamentales de la persona humana establecidos en la Constitución de 1993 y en los Tratados Internacionales suscritos por el Perú.

Respecto del principio de legalidad sostienen que, en el párrafo “d” del inciso 24 del artículo 2o., la Constitución prescribe: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Los demandantes enfatizan que el artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25475 defi-

## *LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES*

ne el llamado delito de terrorismo de manera abstracta violando el principio de legalidad. Solicitan que este Tribunal tenga presente, al resolver, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1993.

Con relación al Decreto Ley Núm. 25659, que tipifica el llamado delito de traición a la patria, en realidad —dicen— no tipifica ninguna figura nueva de delito, no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo establecido en el artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25475; y que su objetivo fue trasladar arbitraria e inconstitucionalmente el procesamiento y juzgamiento de civiles al fuero militar, no permitido por la Constitución de 1979, con lo cual también se ha violado el principio de legalidad.

Las modalidades delictivas descritas en los Decretos Leyes Núms. 25475 y 25659, según los demandantes, están comprendidas indistintamente tanto dentro del delito de terrorismo como del delito de traición a la patria. Consideran que se ha violado, de esa manera, el principio de legalidad previsto en las Constituciones de 1979 y 1993 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. La demanda, también, se funda en el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, lo que no podía ocurrir por cuanto los miembros de las Fuerzas Armadas estaban encargados de reprimir y combatir directamente a una de las partes del conflicto armado interno, siendo los militares la otra parte. Agregan que es el Poder Ejecutivo el que nombra a los jueces militares, quienes actúan con sujeción a la obediencia a sus superiores, vulnerándose el principio de que nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.

Consideran los demandantes que los decretos leyes que impugnan impiden el ejercicio del derecho de defensa, que es una garantía constitucional, al no permitir que los abogados defensores patrocinen simultáneamente a más de un encausado, así como el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto imponen al juez penal que dicte el auto apertorio de instrucción con

## CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

orden de detención. También sostienen los accionantes que se violan los derechos constitucionales a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y la tutela jurisdiccional, a no ser incomunicado sino tan sólo por el tiempo necesario, a la pluralidad de instancias, entre otros.

Los demandantes, igualmente, invocan el artículo 8o., inciso 1, del Pacto de San José de Costa Rica y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en el caso de Jaime Castillo Petruzzi y otros, en que se “Ordena al Estado Peruano adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sin excepción alguna”.

Finalmente, los demandantes estiman que los Decretos Leyes materia de la acción de inconstitucionalidad violan los derechos constitucionales a las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento, de respeto de la integridad física, psíquica y moral de las personas, de privación de la libertad mediante cadena perpetua, por ser inhumana, cruel y degradante, de proporcionalidad de las penas, de negación de los beneficios penitenciarios y del derecho internacional humanitario...

## FUNDAMENTOS

### *I. La posición institucional y la delimitación del petitorio*

1. La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia.

Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de “construir”, para sí, una sociedad donde se

## *LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES*

asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad.

2. Tras las atrocidades de las agrupaciones violentistas apareció también, residualmente, un comportamiento estatal innoble a la causa de los derechos humanos, infecundo para la cimentación de los valores democráticos y ofensivo a las leyes del Creador.

En las actuales circunstancias, es un imperativo histórico reencauzar la lucha contra la violencia sin distinción de signo, origen o fuente de inspiración. Para tal efecto, el respeto a la dignidad de la persona debe ser el parámetro que oriente tal reformulación de la política antisubversiva.

Consustancial a ello es, también la necesidad de conocer la verdad y la búsqueda de la justa sanción a los responsables de hechos ignominiosos. El Estado está obligado ética y jurídicamente a investigar la violación de los derechos humanos cometidos a lo largo de estos luctuosos años. Para que ello ocurra civilizadamente, se requiere, entre otras medidas, adecuar la normatividad de conformidad con los estándares establecidos por la comunidad internacional...

### *III. La legislación antiterrorista*

7. El Congreso de la República delegó facultades legislativas en el presidente de la República mediante la Ley Núm. 23230, publicada el 15 de diciembre de 1980, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Constitución Política de 1979. En uso de esa atribución constitucional delegada fue expedido el Decreto Legislativo Núm. 46, del 10 de marzo de 1981, por el cual se establecieron severas sanciones para quienes, con propósito de intimidación, alterasen la paz interna o el orden público empleando explosivos o bombas hasta llegar al extremo de poner en peligro la vida o la salud de las personas o causarles la muerte. Dicho Decreto Legislativo sustituyó al Decreto Ley Núm. 20828 y tuvo por objeto “acondicionar las normas represivas y procesales a los principios del derecho procesal liberal, que garanticen una justa aplicación de la ley punitiva, con ma-

por razón cuando la República ha retornado irrenunciablemente al cauce de su vida constitucional y democrática”.

8. Diez años después, también por delegación de facultades legislativas al presidente de la República, a través de la Ley Núm. 25280, publicada el 30 de octubre de 1990, se promulgó el Código Penal, mediante el Decreto Legislativo Núm. 635, del 3 de abril de 1991, en cuyos artículos 319 a 324 se tipificó el delito de terrorismo en sus diversas modalidades. Estas normas, por lo tanto, sustituyeron a las que contenía el Decreto Legislativo Núm. 46.

Cuando el Código Penal cumplía un año de vigencia, se produjo el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 que, mediante los cuatro Decretos Leyes materia de esta demanda de inconstitucionalidad, abrogaron la legislación precedente...

#### VII. *La inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria*

36. El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes en relación con el tipo penal para el delito de traición a la patria. En efecto, este delito no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo tipificado en el artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25475. Ello fluye del texto mismo del artículo 1o. del Decreto Ley Núm. 25659, cuando indica que “*Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25475...*”. Similar criterio se deriva de un examen comparativo de las modalidades previstas en los artículos 1o. y 2o. del Decreto Ley Núm. 25659 con las especiales características que se exigen en los artículos 3o. y 4o. del Decreto Ley Núm. 25475. En esencia, pues, un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos.

37. En la misma situación se encuentran los siguientes casos: el inciso *a* del artículo 1o. y el inciso *a* del artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25659, los que se asimilan a los artículos 2o. y 3o., inciso *a*, primer párrafo, del Decreto Ley Núm. 25475, respectivamente. El inciso *b* del artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25659 se asimila al artículo 3o., inciso *a*, segundo párra-

fo, del Decreto Ley Núm. 25475. El inciso c del artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25659 se asimila al inciso a del artículo 4o. del Decreto Ley Núm. 25475. Y, finalmente, el inciso b del artículo 1o. del Decreto Ley Núm. 25659 se asimila al inciso e del artículo 4o. del Decreto Ley Núm. 25475.

38. En este contexto, si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria.

39. A juicio del Tribunal Constitucional, ello afecta el principio de legalidad penal, ya que da lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad del Ministerio Público y las autoridades judiciales, quienes podrían subsumir la comisión de un mismo delito en distintos tipos penales. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido:

...las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes Núms. 25475 y 25659 —terrorismo y traición a la patria—... podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos... La imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso correspondiente (*Caso Castillo Petruzzi*, párrafo 119).

40. Además, el Tribunal Constitucional considera que, en el caso de las disposiciones impugnadas (artículos 1o. y 2o. del Decreto Ley Núm. 25659), es posible detectar un vicio de irrazonabilidad de la ley, ya que mientras el legislador perseguía regular el tipo penal del delito de traición a la patria, sin embargo, al final, terminó regulando —en realidad, repitiendo—

el tipo penal del delito de terrorismo. Y todo ello, con el propósito de sustraer a la competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria su juzgamiento, y, al mismo tiempo, modificar el régimen de las penas aplicables.

41. El Tribunal Constitucional estima, por lo tanto, que debe declararse la inconstitucionalidad de los artículos 1o. y 2o. del Decreto Ley Núm. 25659 y, por conexión, debe extender sus efectos a los artículos 3o., 4o., 5o. y 7o. del mismo Decreto Ley Núm. 25659.

Asimismo, por idéntica razón, son inconstitucionales los artículos 2o., 3o. y 4o. del mismo Decreto Ley Núm. 25744. Finalmente, en lo que se refiere al artículo 8o. del referido Decreto Ley Núm. 25659, se debe precisar que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de los artículos 1o. y 2o. del Decreto Ley Núm. 25659, el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325 del Código Penal mantiene su plena eficacia, puesto que, como expresa el referido artículo 8o. del Decreto Ley Núm. 25659, éste no fue derogado sino quedó en suspenso.

42. Con relación al artículo 6o. del Decreto Ley Núm. 25659, relativo a las acciones de *habeas corpus*, por conexión, también es inconstitucional la frase “o traición a la patria”, por lo que dicho precepto subsistirá de la siguiente manera: “La acción de *habeas corpus* es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12 de la Ley Núm. 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo, debiendo observarse las siguientes normas de procedimiento:...”. Este último precepto, en los términos antes mencionados, no impide la interposición del *habeas corpus* cuando una persona se encuentre procesada por el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325 del Código Penal, en cuyo caso se aplicarán las reglas previstas en las Leyes Núms. 23506 y 25398...

## X. *El derecho al debido proceso*

### §10.1. *El derecho de acceso a la justicia*

89. Como ha señalado el Tribunal, detrás de la constitucionalización de procesos como el *habeas corpus*, el amparo o el



## LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES

*habeas data*, nuestra carta magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales (*Caso Tineo Cabrera*, Exp. Núm. 1230-2002-HC/TC). Un planteamiento en contrario conllevaría la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139, inciso 3, de la Constitución...

91. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera pertinente evaluar el inciso 4 del artículo 6o. del Decreto Ley Núm. 25659, modificado por el artículo 2o. de la Ley Núm. 26248, y analizar su constitucionalidad a la luz del derecho de acceso a la justicia y, específicamente, del derecho a un *recurso sencillo, rápido y efectivo* ante los tribunales frente a actos que violan los derechos fundamentales, reconocido en el artículo 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El precepto aludido del Decreto Ley Núm. 25659 señala:

La acción de *habeas corpus* es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12 de la Ley Núm. 23506, a favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo o traición a la Patria, debiendo observarse las siguientes normas de procedimientos:...

4) No son admisibles las acciones de *habeas corpus* sustentadas en los mismos hechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o ya resuelto.

92. Un sentido interpretativo de la norma en cuestión podría desembocar en la idea de que, no obstante la modificación realizada, aún existe una desproporcionada restricción del derecho de acceso a la justicia, pues es difícil concebir sustento en la interposición de una acción de *habeas corpus* que no encuentre razón de ser en los hechos que son materia de procedimiento. Con lo cual, aun si existiera afectación del derecho a la libertad individual, si esta afectación se deduce de una irrazonada y desproporcionada valoración de los hechos que dan lugar al procedimiento, no habría lugar a la interposición del *habeas corpus*. Evidentemente, así interpretada la disposición, al dejar en estado de indefensión al justiciable, sería inconstitucional.

93. Sin embargo, si se interpreta en el sentido de que el precepto *sub exámine* evita que el detenido, implicado o procesado, a través del *habeas corpus*, busque que el juez constitucional, basándose en el análisis de los hechos por los que es procesado, emita juicio en torno a su inocencia o culpabilidad en la causa que se le sigue, la disposición no es inconstitucional. En efecto, mientras que el primer sentido interpretativo significaría una inaceptable intromisión en una labor que es exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria; en cambio, interpretada del segundo modo, el artículo 6o., inciso 4 del Decreto Ley Núm. 25659 es compatible con el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo del artículo 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como este Tribunal Constitucional ha expresado en el Caso Tineo Cabrera antes citado.

§10.2. *El derecho al juez natural*

a) *Juzgamiento de civiles por tribunales militares*

94. Conforme se desprende de la demanda, los demandantes cuestionan la constitucionalidad de los Decretos Leyes que regulan el delito de traición a la patria, entre otras razones, porque atribuyen competencia a los tribunales militares para juzgar a los civiles que hayan cometido dicho delito, lo que consideran atentatorio del derecho al juez natural.

95. Independientemente de que este Tribunal ya se haya pronunciado sobre la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria, considera ineludible, en primer término, efectuar un análisis del primer párrafo del artículo 173 de la Constitución. Este precepto establece:

En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

## LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES

96. La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático. Aunque no puede dejarse de advertir que, incluso en esos debates, muchos de sus miembros advertían la preocupación de que, pese a tratarse de una norma que pretendía regular una situación coyuntural, ella (el artículo 173 de la Constitución) se incorporase en el *corpus* de la Constitución. A su juicio, por la naturaleza coyuntural del tema, esta autorización para que militares puedan juzgar a los civiles debió regularse en una disposición transitoria.

97. Sin embargo, más allá de estos antecedentes y de su interpretación histórica, sabido es que, una vez que entra en vigencia la norma, ésta tiene vida propia, por lo que, su interpretación puede (e incluso debe) encontrarse más allá de cuál haya sido la voluntad del legislador al expedirla.

98. También los órganos de protección supranacional de los derechos humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han sido especialmente críticos con esta forma de comprender el artículo 173 de la Constitución y, en particular, con su desarrollo y aplicación por la legislación de menor jerarquía.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de reiterados pronunciamientos, ha señalado que no es posible que los tribunales militares sean competentes para juzgar a civiles, pues ello lesiona el derecho al juez natural reconocido en el artículo 80., numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte indicó que

el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar... supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter. Cuando la justicia militar asume competencia so-

#### CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

bre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso (*Caso Castillo Petruzzi*, párrafo 128).

99. De otro lado, en la sentencia del 18 de agosto de 2000, la Corte consideró que: "...la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las Fuerzas Armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a dichos grupos" (*Caso Cantoral Benavides*, párrafo 114). Según la Corte, cuando las Fuerzas Armadas sean las encargadas de combatir a aquellos individuos que posteriormente son acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria o terrorismo, éstos no pueden ser, a su vez, competentes para procesarlos y juzgarlos, ya que la primera es una facultad "natural" de la institución castrense, mientras la segunda no.

100. Finalmente, considerando la manera como está legislado el sistema de nombramiento de los jueces militares en el Perú, la Corte cuestionó la independencia de éstos en el procesamiento de civiles. En efecto, en la ya aludida sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte señaló que,

de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del Sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares (*Caso Castillo Petruzzi*, párrafo 130).

La Corte, asimismo, ha señalado que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están íntimamente vinculadas al Poder Ejecutivo, siendo su jefe supremo el presidente de la República, razón por la que entre ellos existe una relación de obediencia manifiesta, no existiendo motivo por el que se pueda suponer que esta relación desaparezca cuando los miembros de la institución castrense cumplen labores jurisdiccionales.

## *LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES*

101. De similar criterio ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, incluso, en su Informe correspondiente al año 1996 hizo notar sus observaciones con los alcances del artículo 173 de la Constitución, recomendando al Estado peruano su modificación (recomendación Núm. 2), por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, del 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, sostuvo que

El derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y aun cuando puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un juicio justo, se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan; el derecho a defenderse personalmente o mediante la asistencia de abogado de su elección y —en los casos que así lo requiera la justicia— librarse de cargos, así como a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

102. El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural.

103. El derecho al juez natural está reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, según el cual “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley...”. La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de re-

glas preestablecidas con base en distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etcétera), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2 del mismo artículo 139) e imparcialidad en la resolución de la causa.

Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del “modelo constitucional del proceso” recogido en la carta fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de *debido*. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas mínimas garantías, recogidas fundamentalmente en el artículo 139 de la Constitución, sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas, aun cuando dichas normas establezcan algún criterio de excepción.

104. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173 de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse.

En efecto, una interpretación literal del artículo 173 de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

105. Tal interpretación de la norma constitucional de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, por otra parte, exigida por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exige, pues, no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles, aun en los casos de delitos por terrorismo y traición

#### *LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES*

a la patria, pues ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural.

106. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al “órgano”, sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que éstas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución.

107. Además, el Tribunal Constitucional considera que esta última posibilidad no debe entenderse como regla general, sino siempre como una hipótesis de naturaleza excepcional, toda vez que, por su propia naturaleza, las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular —ni siquiera en el procedimiento— los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad. Los términos en los que este Tribunal Constitucional ha interpretado este dispositivo constitucional sólo han tenido el propósito de hallarle un sentido hermenéutico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecua el artículo 173 de la Constitución a la referida Convención.

108. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que, incluso al dictarse una ley con el propósito de regular este régimen excepcional sobre la base del primer párrafo del artículo 173 de la Constitución, su aplicación se encuentra condicionada a que dichas reglas del procedimiento sean compatibles con la Constitución y, de manera particular, con el debido proceso.

109. En ese sentido, al haberse previsto que tribunales militares puedan ser competentes para juzgar a civiles, así se trate del delito de traición a la patria o de terrorismo, el Tribunal Constitucional considera inconstitucionales el artículo 4o. del Decreto Ley Núm. 25659 y el artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25880 y, por conexión, también los artículos 2o. y 3o. del Decreto Ley Núm. 25708...

§10.3. *El derecho de defensa*

114. Por otro lado, se alega que los Decretos Leyes en referencia violan el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Tal impugnación se ha planteado desde una doble perspectiva: en primer término, se sostiene, con carácter general, que todos los Decretos Leyes impugnados “transgreden abiertamente el derecho de defensa, lo niegan, por lo que los procesos realizados al amparo de estas normas acarrearán la nulidad absoluta e insalvable de los mismos”. En segundo lugar, esta vez, de manera específica, se precisa: *a)* que el inciso *f* del artículo 12 del Decreto Ley Núm. 25475 es inconstitucional al establecer que “el defensor sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación”; y, *b)* el inciso *c* del artículo 20. del Decreto Ley Núm. 25744 prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio, prohibición que, en su momento, también disponía el artículo 18 del Decreto Ley Núm. 25475, hoy derogado por la Ley Núm. 26248...

*c) Inciso c del artículo 20. del Decreto Ley Núm. 25744  
limitación del derecho de defender*

124. Los demandantes sostienen que el inciso *c* del artículo 20. del Decreto Ley Núm. 25744 es inconstitucional, ya que prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio. Refieren, asimismo, que similar prohibición, en su momento, la establecía también el artículo 18 del Decreto Ley Núm. 25475, que hoy se encuentra derogado por la Ley Núm. 26248.

125. Como es obvio, nada ha de decir este Tribunal Constitucional respecto al artículo 18 del Decreto Ley Núm. 25475, pues, como se ha sostenido, en la actualidad se encuentra derogado. Sí ha de detenerse, sin embargo, en el análisis del inciso



## LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES

*c* del artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25744, que modifica el Decreto Ley Núm. 25475, según el cual:

Durante la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, así como en el cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la Patria a que se refiere el Decreto Ley Núm. 25659, se observará, en lo que fuere pertinente, lo establecido en los artículos 12, 13, 17, 18, 19 y 20 y Séptima Disposición Final y Transitoria del Decreto Ley Núm. 25475, con las siguientes modificaciones:

...c) Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional, en ninguna de las etapas sea Investigación Policial, Instrucción o el Juicio. Están exceptuados de esta disposición los abogados defensores de Oficio.

126. A primera vista, pareciera que la limitación que establece el inciso *c* del artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25744 no incide, en realidad, sobre el derecho de defensa, sino, por el contrario, sobre la libertad del ejercicio de la profesión, en este caso, de los profesionales del derecho. La verdad, sin embargo, es que tratándose de una restricción sobre tal libertad, también lo es sobre el derecho de defensa, que si, como antes se ha dicho, también garantiza que el encausado pueda elegir libremente a su defensor, restringe las posibilidades de esa libre elección, en la medida que una vez que el letrado se constituya como defensor de una persona determinada, ya no podrá encargársele y/o aceptar la defensa de otra.

127. Se trata, desde luego, de una limitación del derecho, en un doble sentido: por un lado, al derecho de elegir libremente un abogado, y, por otro, a la libertad en el ejercicio de la profesión de abogado. En cuanto disposición limitativa del ejercicio de derechos constitucionales, *per se*, no es inconstitucional, pues como ha tenido oportunidad de advertir este Tribunal, en el Estado constitucional de derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues éstos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos constitucionales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en

el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales.

128. Y es que para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, ésta debe respetar su contenido esencial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no considera que la limitación sobre el ejercicio del derecho de elegir libremente un defensor afecta su núcleo duro, esto es, la posibilidad de que el encausado en un procedimiento investigatorio, o en un proceso judicial, esté en la capacidad de elegir y, por lo tanto, que no se le imponga un letrado. Y es que si la disposición cuestionada limita las opciones de la elección (el defensor de uno ya no podrá ser elegido por otro), ello, en principio y con carácter general, no genera indefensión, toda vez que tal elección podrá realizarse entre otros letrados.

129. Ese ha sido el mismo criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener, en relación al precepto impugnado, que “La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculpado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, *per se*, una violación del artículo 8.2.d. de la Convención” (*Caso Castillo Petruzzi*, párrafo. 147).

130. No es ajeno a este Tribunal que esa negación de la incompatibilidad, *per se*, del inciso *c* del artículo 2o. del Decreto Ley Núm. 25744 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede sino entenderse en los alcances generales con los cuales está formulado dicho precepto legal, pero que, en su aplicación concreta, especialmente en un ámbito territorial donde no haya la posibilidad de elección entre diversos profesionales del derecho, por su ausencia, tal aplicación —ya que no la disposición— sí pueda lesionar el derecho en cuestión.

131. Otro tanto cabría, ahora, señalar respecto a la limitación de la libertad de ejercicio de la profesión que, como contenido implícito de la libertad de trabajo, se encuentra reconocida en el inciso 15 del artículo 2o. de la Constitución. Tal libertad de trabajo no puede considerarse vulnerada en su contenido esencial porque, en el ámbito concreto de un tipo especial de

## LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES

delitos, se limite que el profesional en derecho pueda hacerse cargo de la defensa de más de un encausado. Y es que tal limitación, concretamente referida a un único delito, no significa que tal profesional del derecho pueda tenerla para asumir otras figuras delictivas.

No deja de preocupar a este Tribunal, por otro lado, que, so pretexto de la gravedad de ciertos delitos, las medidas bajo análisis puedan extenderse a otras figuras reguladas por el Código Penal. Por ello, considera este Supremo Intérprete de la Constitución, que medidas de esa naturaleza no pueden configurarse como una regla general, sino de manera excepcional y siempre que los fines que con tales medidas se persigan alcanzar sean estrictamente proporcionales con la restricción impuesta.

### §10.4. *La presunción de inocencia*

132. Por otro lado, se acusa que el inciso *a* del artículo 13 del Decreto Ley Núm. 25475, modificado a su vez por la Ley Núm. 26248, viola el principio de presunción de inocencia reconocido en el literal “e” del inciso 24 del artículo 2o. de la Constitución, ya que establece que:

Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal quien dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad con excepción de la libertad incondicional.

a) *El derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, autonomía judicial e interpretación sistemática de la ley procesal penal*

133. Señalan los demandantes que dicho precepto legal afectaría el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y el derecho reconocido en los artículos 7o., numeral 6 y 8o., numeral 1, de la Convención Americana de Dere-

#### CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

chos Humanos, en el sentido de que dichos dispositivos garantizan el derecho de la persona a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que éstos decidan, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordenen su libertad si fueron ilegales.

134. Con referencia a esta impugnación del artículo 2o., inciso *c*, del Decreto Ley Núm. 25744, considera este Tribunal Constitucional que, en principio, de él no es posible inferir, en ningún modo, que se impida, obstaculice o disuada, que el afectado con la prisión preventiva pueda recurrir la decisión que afecta su libertad locomotora. Este supremo intérprete de la Constitución es consciente que, hasta hace poco, en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional prevalecía la idea de que, con excepción del ejercicio de los recursos dentro del mismo proceso penal, el mandato de detención no podía ser cuestionado en otro tipo de procesos y, particularmente, en el ámbito del *habeas corpus*. Sin embargo, como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal (entre otros, en el Caso Tineo Cabrera, Exp. Núm. 1230-2002-HC/TC), el artículo 8o., numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y, en consecuencia, nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar si un acto, cualquiera que sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero una cosa es que se haya considerado en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional que determinados actos, como el mandato de detención, no puedan ser objeto de control mediante el *habeas corpus*, y otra, muy distinta, que la disposición impugnada lo prohíba *per se*. La primera es un problema de interpretación. La segunda, en cambio, de validez...

#### b) *El mandato de detención y presunción de inocencia*

138. Especial atención se debe prestar a los términos en que se formula la impugnación del inciso *a* del artículo 13 del De-

creto Ley Núm. 25475 porque supuestamente viola el principio de presunción de inocencia. De los argumentos expuestos por los demandantes, parece desprenderse que la lesión sobre tal principio se generaría, además, por el hecho de que, pese a presumirse la inocencia del procesado, la disposición impugnada obligaría al juez a dictar mandato de detención, invirtiendo de ese modo la presunción de inocencia por la de culpabilidad.

139. Este criterio no es compartido por el Tribunal Constitucional. En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de apreciar (así, por ejemplo, en los Casos Grace Riggs, Tineo Cabrera, et-*cétera*), el mandato de detención o, lo que es lo mismo, la detención judicial preventiva, no constituye una sanción punitiva, pues se trata, en esencia, de una medida cautelar, de carácter excepcional, cuyo dictado sólo puede decretarse bajo el escrupuloso respeto de las condiciones legales que autorizan su dictado, que, como se sabe, se halla regulado básicamente por el artículo 135 del Código Procesal Penal.

140. El problema, no obstante, aparentemente es otro. Que de una lectura literal de dicho precepto legal pareciera desprenderse la obligación del juez penal, al dictar el auto apertorio de instrucción, y sin tomar en consideración las causas legalmente establecidas en el artículo 135 del Código Procesal Penal, de decretar automáticamente el mandato de detención contra los procesados por el delito de terrorismo. Según este punto de vista, la detención judicial preventiva ya no constituiría una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o la misma eficacia del resultado del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.

141. Si ese fuera el sentido del inciso *a* del artículo 13 del Decreto Ley Núm. 25475, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona con base en la peligrosidad o a la naturaleza del delito, “podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley” (*Informe Núm. 02/97*, párrafo 51).

Y es que la detención preventiva, constituyendo una restricción de la libertad individual pese a que durante el proceso se presume que el encausado es inocente, sólo puede ser dispuesta si, en un asunto determinado, ésta es juzgada indispensable; lo que presupone, consiguientemente, que no se pueda establecer legislativamente el carácter obligatorio de su dictado. Este último criterio se deriva directamente de lo señalado en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “la prisión preventiva de las personas no debe ser la regla general”, pues, como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello “sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

142. Sin embargo, más allá de lo que hasta aquí ha expresado este Tribunal Constitucional, al igual que lo ha sostenido respecto a la alegación de violación del principio de autonomía judicial, dicha disposición puede también entenderse en un contexto sistemático, esto es, que la atribución de dictar mandato de detención, regulada por el inciso *a* del artículo 13 del Decreto Ley Núm. 25475, necesariamente debe entenderse bajo los alcances del artículo 135 del Código Procesal Penal. Desde este punto de vista, la apertura de instrucción penal contra el encausado, eventualmente, podría terminar con el dictado de una medida cautelar, como la detención judicial preventiva, si es que se cumplen los presupuestos legales allí regulados y no porque el juez penal esté obligado a hacerlo.

Y es que, de conformidad con el artículo 7o., numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la validez de la detención judicial preventiva no sólo está condicionada a la

observancia del principio de legalidad, esto es, que las causales de su dictado sean previstas en el derecho interno, sino, además, a que dichas razones de justificación se encuentren conformes con la Constitución, ya que nadie puede ser privado de su libertad física “salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Lo que quiere decir que no sólo basta con que las razones que puedan dar origen a la detención judicial preventiva estén señaladas en la ley, sino, además, que ellas se encuentren conformes con la Constitución.

143. En torno a ello, el Tribunal Constitucional debe recordar, especialmente teniendo en consideración los graves problemas ocasionados por las prácticas terroristas en nuestro país durante los últimos años, que además de las razones previstas en el artículo 135 del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tienen que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público.

No obstante, si se introdujera la primera de las causales de justificación señaladas, no debe olvidarse que, como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad (*Informe Núm. 02/97, párrafo 32*).

144. Y, en lo que se refiere a la necesidad de preservar el orden público, no debe perderse de vista las especiales advertencias que, sobre el particular, ha efectuado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según las cuales “en circuns-

tancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar” (*Informe* Núm. 02/97, párrafo 36).

145. No obstante, como también ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado”, y que, “en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal” (*Informe* Núm. 02/97, párrafos 36 y 37). En cualquier caso, esta posible extensión de los motivos de justificación de la detención judicial preventiva, a fin de ser considerados judicialmente, previamente requieren ser incorporados a la legislación nacional, por expresa exigencia del artículo 7o., numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se ha dicho.

146. Más allá de estos dos últimos párrafos, el Tribunal Constitucional considera que el inciso *a* del artículo 13 del Decreto Ley Núm. 25475 no es, *per se*, inconstitucional, lo que no quiere decir que, en su aplicación, no pueda juzgarse la validez de una detención judicial preventiva que resulte incompatible con la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

#### §10.5. *Medios probatorios*

147. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del inciso *c* del artículo 13 del Decreto Ley Núm. 25475, sobre la afirmación de que, “*con la prohibición al encausado de ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial se impide contradecir lo afir-*



*mado por la policía, dándole al atestado el valor de prueba plena”...*

El texto legal de la citada norma, es el siguiente:

*Artículo 13. Normas para la Instrucción y el Juicio.* Para la instrucción y el juicio de los delitos de terrorismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas:... c). En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial.

148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú.

El derecho a “interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, como se enuncia en el literal “f”, numeral 2, del artículo 80. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

149. Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho.

150. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes

#### CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita. Como expresa San Martín Castro

en cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de prueba sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel (San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, 1999, vol. I, p. 61).

151. Es en este contexto en el que el Tribunal Constitucional considera que debe analizarse los alcances del límite al derecho a la prueba previsto en el artículo 13, inciso c, del Decreto Ley Núm. 25475. Dicho precepto, como antes se ha recordado, señala que: “En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial”.

Se trata, como se observa, de un límite al derecho de interrogar a los testigos que, en concreto, por razón de sus funciones, hayan participado en la elaboración del atestado policial. Es decir, no se trata de una prohibición generalizada para interrogar a los testigos de cargo, cualquiera sea su clase, sino sólo circunscrita a quienes participaron en la elaboración del atestado policial, esto es, a los miembros de la Policía Nacional del Perú.

152. En consecuencia, cabe analizar si tal limitación, por ser irrazonable, no respeta el contenido esencial del derecho reconocido en el literal “f”, numeral 2, del artículo 80. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A juicio del Tribunal Constitucional, dos son cuando menos los sentidos en los que cabe entender tal restricción:

*LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES*

- a. Por un lado, impedir, sin más, que los acusados por el delito de terrorismo puedan interrogar a su captores.
- b. Restringir tal interrogatorio, pues con ello se persigue proteger la vida e integridad de los miembros de la Policía Nacional del Perú y las de sus familiares.

153. Evidentemente, si la razón para justificar tal limitación se amparase sólo en la primera de las razones, la restricción impuesta al derecho en cuestión sería inconstitucional, por adolecer de razones objetivas y razonables que la justifiquen. No es la misma situación, sin embargo, si se trata de comprender tal limitación con la perspectiva de los fines constitucionales que con ella se persiguen alcanzar y que son expuestos en el apartado “b”, antes enunciado.

Aunque en la acción de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no considera hechos, pues su razonamiento es abstracto entre la norma con rango de ley impugnada y la Constitución, no ignora la abundante prueba documental existente sobre asesinatos cometidos por los delincuentes terroristas contra miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que participaron en la lucha contra la subversión.

154. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que, si bien la realización de un proceso con las debidas garantías es un derecho que se debe respetar en toda circunstancia, también lo es que, la limitación de determinados contenidos, como el de interrogar a los que elaboran el atestado policial, se encuentra perfectamente justificada si es que, con tal limitación, el legislador persigue proteger derechos fundamentales tan valiosos como la vida y la integridad personal.

155. No es ajeno a este Tribunal Constitucional lo que, a propósito de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de expresar, en particular, en el Caso Castillo Petruzzi:

la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la Policía como de las Fuerzas Armadas, que hayan parti-

#### CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

cipado en las diligencias de investigación. Por otra, la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial. La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (párrafos 153-155).

156. No obstante ello, los fundamentos expuestos por este Tribunal con relación a la validez de la limitación contenida en el artículo 13 del Decreto Ley Núm. 25475 no deben entenderse como opuestos a lo declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por las siguientes razones:

- a. El pronunciamiento de la Corte en el sentido indicado se realizó en un caso concreto y no de manera abstracta, donde a la limitación del derecho reconocido en el literal “f”, del numeral 2, artículo 8o. de la Convención se sumó la violación del derecho a contar con un defensor desde el momento en que el procesado rindió su manifestación; este último tema sobre el cual el Tribunal antes ha tenido oportunidad de pronunciarse. Es decir, según la Corte, la violación del artículo 8o., numeral 2, literal “f”, de la Convención se produjo como consecuencia de la vulneración conjunta al derecho a ser asistido por un abogado defensor antes de su manifestación.
- b. En nuestro ordenamiento interno, y concretamente, en el proceso penal, no existe el sistema de la prueba tasada o prueba plena, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, existe la libertad de apreciación por el juez de todas las pruebas, la que deberá efectuarse bajo el criterio de conciencia.

157. En ese sentido el atestado policial no tiene, ni ha tenido en el pasado, el carácter de prueba plena. Excepcionalmente, el artículo 62 del mismo cuerpo adjetivo le ha conferido la calidad de elemento probatorio, siempre que en la investigación policial

## LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES

hubiera intervenido el representante del Ministerio Público, en cuyo caso su apreciación se sujeta a la norma anteriormente indicada.

158. En esa medida, el Tribunal Constitucional entiende que la justificación de las limitaciones al derecho en referencia, también impone al juez penal una carga adicional, que se deriva implícitamente de la limitación; es decir, que cualquier sentencia condenatoria que se pudiera expedir no sólo puede sustentarse en la versión del atestado policial, sino que debe ser corroborada con otros tipos o medios de pruebas.

159. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que la limitación al derecho probatorio establecida por la norma cuestionada, dentro del marco del proceso que regula este tipo de delitos, es razonable, ya que: *i)* atiende a la necesidad de proteger o resguardar los derechos constitucionales de las personas que hayan intervenido en la investigación policial, como su derecho a la vida o integridad física, etcétera, *ii)* salvo tal limitación, se mantiene incólume la posibilidad de ofrecer y actuar toda la amplia gama de medios probatorios pertinentes; *iii)* conforme ya se mencionó anteriormente, el atestado policial, cuando en la investigación ha intervenido un representante del Ministerio Público, es un elemento probatorio más, lo que no quiere decir que sea el único o que tenga la calidad de prueba plena, pues en su caso éste deberá ser meritudo por el juez, conjuntamente con los demás medios probatorios, conforme a su criterio de conciencia (artículos 62 y 283 del Código de Procedimientos Penales); y *iv)* si de lo que se trata es cuestionar el contenido del atestado policial a través del interrogatorio a sus autores, la limitación no comprende el derecho de tacha que eventualmente pueden hacerse valer contra él...

### §10.6. *El derecho a un proceso que dure un plazo razonable:* *[artículo] 1o. del Decreto Ley Núm. 25708*

164. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 1o. del Decreto Ley Núm. 25708, según el cual:

#### CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley Núm. 25659, se aplicará el procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el Teatro de Operaciones. El juez instructor expedirá sentencia en el término máximo de diez (10) días naturales, pudiendo emplear supletoriamente en la sustanciación de los procesos las normas contenidas en el artículo 13 del Decreto Ley Núm. 25475.

165. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria regulado por el Decreto Ley Núm. 25659, y tratándose el artículo 1o. del Decreto Ley Núm. 25708 de una norma cuya finalidad fue establecer un procedimiento conforme al cual se debió juzgar aquel delito, por extensión éste también es inconstitucional, en la medida que, además, prevé un plazo extremadamente breve para la realización del procedimiento investigatorio, vulnerando así el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser oído con las debidas garantías “dentro de un plazo razonable”, reconocido en el artículo 8o., numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

166. En efecto, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Y es que, como expresa Nicolo Trocker, en afirmación válida, *mutatis mutandis*, “Razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria” (Trocker, Nicolo, “Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2, 2001 citado, p. 407).

167. El Tribunal Constitucional considera que un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apre-

## LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES

surada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación “de cualquier acusación penal”, vulnera el derecho a un proceso “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”. El factor razonabilidad aquí no está destinado a garantizar la duración excesiva del proceso, sino a cuestionar la desproporcionada perentoriedad con que éste ha sido configurado por el legislador. Tales alcances del derecho, por lo demás, se derivan directamente del artículo 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención...”.

168. En el “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, de fecha 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana señaló que

Los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo incluyen también el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Si bien el concepto de plazo razonable no es fácil de definir, se han articulado ciertos requisitos previos en éste y en otros sistemas de derechos humanos que se consideran necesarios para dar debido efecto a este derecho. Se ha sostenido en particular que el plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto.

### §10.7. *El derecho de no ser incomunicado*

169. Asimismo, se cuestiona la constitucionalidad del inciso *d* del artículo 12 del Decreto Ley Núm. 25475 por violar el literal “g” del inciso 24 del artículo 2o. de la Constitución. Dicho precepto impugnado establece que:

En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes:...

#### CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

d) Cuando las circunstancias lo requieran y la complejidad de las investigaciones así lo exija, para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación, podrá disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por el máximo de ley, con conocimiento del Ministerio Público y de la autoridad jurisdiccional respectiva.

170. Se sostiene que dicho precepto viola el derecho “de toda persona de no ser incomunicada”, ya que dispone “la incomunicación absoluta de los detenidos”, produciéndose “la negación absoluta del derecho de defensa”. Consideran los demandantes que “sólo el juez tiene facultad para disponer la incomunicación de un detenido, pero sólo en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y respetando el derecho que tiene el detenido para comunicarse con su abogado defensor”.

171. Dos son los temas que, a juicio del Tribunal Constitucional, son imprescindibles analizar: *a)* los alcances del derecho a no ser incomunicado; y *b)* la autoridad responsable para disponerla.

172. En lo que atañe al primer aspecto, nuevamente el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a no ser incomunicado no es un derecho absoluto, sino susceptible de ser limitado, pues como el mismo literal “g”, inciso 24, del artículo 2o. de la Constitución se encarga de precisar, tal incomunicación puede realizarse en los casos indispensables para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. En tal supuesto, “la autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida”.

En consecuencia, no hay un derecho absoluto a no ser incomunicado. Éste puede efectuarse, excepcionalmente, en los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado como muy grave. Además, el Tribunal Constitucional considera que cuando la Constitución alude a la existencia de un “caso indispensable”, con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para



#### LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES

otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos” (*Caso Suárez Rosero*, párrafo 51).

173. En segundo lugar, aunque el literal “g”, inciso 24, del artículo 2o. de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental.

174. Por ello, a juicio de este supremo intérprete de la Constitución, el inciso *d* del artículo 12 del Decreto Ley Núm. 25475 es inconstitucional.

175. Finalmente, el Tribunal Constitucional considera que con la incomunicación de un detenido por el delito de terrorismo no se afecta el derecho de defensa, ya que conforme se expresa en el segundo párrafo del artículo 2o. de la Ley Núm. 26447, éste garantiza la participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado, la que no podrá limitarse, “aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido”...

#### XIV. *El derecho a la nacionalidad*

213. El derecho de nacionalidad es el derecho que posee toda persona por el hecho de haber nacido dentro del territorio de la República del Perú, denominándose peruanos de nacimiento. También son peruanos de nacimiento los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Son también peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

Este derecho está reconocido por el artículo 2o., inciso 21, de la Constitución Política, según el cual toda persona tiene derecho a la nacionalidad y nadie puede ser despojado de ella. El

párrafo segundo del artículo 53 de la propia Constitución señala que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.

214. En los instrumentos internacionales suscritos por el Perú también se declara el derecho a la nacionalidad. Así, el artículo XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, menciona que: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 15, indica: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, se refiere a este tema en el numeral 3, artículo 20: “A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad”.

215. Uno de los casos previstos en el artículo 7o. del Decreto Ley Núm. 25475 es el delito de apología cometido fuera del territorio peruano, caso que va en la misma línea preventivista general, en la que accesoriamente a la pena privativa de libertad se sanciona con la pérdida de la nacionalidad.

216. En nuestro medio, la pérdida de la nacionalidad funciona respecto de los ciudadanos peruanos por nacimiento y extranjeros naturalizados. El artículo 7o. del Decreto Ley Núm. 25475 parece que ha creado un nuevo tipo de pena, aumentado el catálogo de penas diseñado en el Código Penal. Así los artículos 30 y 31 enumeran los casos de penas. La pérdida de la nacionalidad en tanto pena no se encuentra prevista en dichos artículos.

En conclusión, la pena de pérdida de la nacionalidad es violatoria de lo previsto en la Constitución Política y los tratados internacionales, debiendo declararse su inconstitucionalidad.

#### XV. *El derecho a la integridad personal*

217. La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la carta fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificar-

se todo Estado constitucional y democrático de derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.

218. Como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante ello, en ningún caso puede ser permitido desconocer la *personalidad* del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consustanciales. La dignidad, así, constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.

219. El respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado constitucional de derecho. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que “todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado contra la dignidad humana” (*Caso Loayza Tamayo*, párrafo 57).

220. Es cierto, que así como el *ius puniendi* del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean

el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etcétera. No obstante, en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar cómo promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139, inciso 22) de la Constitución), se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana.

221. La calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal, depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de la misma. No puede desatenderse que, aunque proporcional, la simple imposición de la condena ya implica un grado importante de sufrimiento en el delincuente, por ello sería inconcebible que ésta venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envilecimiento en la persona.

Dicho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la *psiquis* del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional.

222. El artículo 20 del Decreto Ley Núm. 25475 dispone que los condenados por terrorismo cumplirán la pena “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención”. Asimismo, establece que “en ningún caso... los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”. Esta misma línea fue seguida por el inciso *b* del artículo 3o. del Decreto Ley Núm. 25744, declarado anteriormente inconstitucional.

223. El Tribunal Constitucional considera, en atención a lo ya expuesto, que someter a un sentenciado a una pena que suponga

## LOS LÍMITES SUSTANTIVOS Y PROCESALES

el aislamiento absoluto durante el periodo de un año constituye una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de un trato cruel e inhumano. Lo propio acontece con la exigencia de mantener al recluso en celdas unipersonales durante todo su periodo de confinamiento en un centro penitenciario. Por ello, los preceptos referidos, en cuanto consignan dichas medidas, son violatorios del artículo 2o., inciso 1, de la Constitución y del artículo 5o., incisos 1, 2 y 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al afectar el derecho a la libertad personal.

224. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que son inconstitucionales las frases “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego”, así como “En ningún caso, y bajo responsabilidad del director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”, por lo que el artículo 20 del Decreto Ley Núm. 25475 subsiste, redactado de la siguiente forma:

Artículo 20 (Decreto Ley Núm. 25475): Las penas privativas de libertad establecidas en el presente Decreto Ley se cumplirán, obligatoriamente, en un centro de reclusión de máxima seguridad, con trabajo obligatorio por el tiempo que dure su reclusión.

Los sentenciados por delito de terrorismo tendrán derecho a un régimen de visita semanal estrictamente circunscrito a sus familiares más cercanos. El Sector Justicia reglamentará el régimen de visita mediante Resolución Ministerial...

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

### FALLA

Declarando... *Fundada*, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: decláranse inconstitucionales el artículo 7o. y el inciso *h* del artículo 13 del Decreto Ley Núm. 25475 así como la frase “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego” y “En nin-

#### CASO ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

gún caso, y bajo responsabilidad del director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación” del artículo 20 del Decreto Ley Núm. 25475. También es inconstitucional el inciso *d* del artículo 12 del mismo Decreto Ley 25475.

Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o. y 7o. del Decreto Ley Núm. 25659. También la frase “o traición a la patria” del artículo 6o. del mismo Decreto Ley Núm. 25659 y los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto Ley Núm. 25708; los artículos 1o. y 2o. del Decreto Ley Núm. 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2o., 3o., y 4o. del Decreto Ley Núm. 25744.

*Declara* que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia por haberse producido la sustracción de la materia, en relación con el inciso *f* del artículo 12 conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico Núm. 123; así como en relación con el artículo 18, conforme a lo expuesto en los fundamentos 124 y 125; con los artículos 15, 16 y la Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Ley Núm. 25475, según se expuso en el fundamento Núm. 111 de esta Sentencia.

*E Infundada*, por mayoría, la demanda en lo demás que contiene, formando parte integrante de la parte resolutive de esta sentencia los fundamentos jurídicos Núms. 56, 58, 59, 62, 63, 65, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 88, 93, 104, 106, 107, 128, 130, 131, 135, 137, 142, 146, 154, 159, 172 y 174, y, en consecuencia, son vinculantes para todos los operadores jurídicos dichos criterios de interpretación...

*Dispone* la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y su archivamiento.

## LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN DE LA SENTENCIA PENAL Y LOS LÍMITES DE LA COSA JUZGADA Y EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

**Sinopsis:** La Corte Constitucional de la República de Colombia emite una sentencia por medio de la cual resuelve una acción de inconstitucionalidad dirigida en contra de una de las normas que regulan la procedencia de la acción de revisión de la sentencia penal condenatoria cuando surjan hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo del debate, que redunden en la demostración de la inocencia o inimputabilidad del condenado. La interpretación jurídica que subyace en la sentencia pasa por indagar los alcances de la garantía del *non bis in idem* y del instituto de la cosa juzgada. La Corte Constitucional colombiana apoyada en la interpretación de los órganos interamericanos de derechos humanos de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familiares, así como a las regulaciones existentes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, indica que las garantías aludidas se relativizan en función de la consecución de un orden justo cuando se está en frente de violaciones de derechos humanos. De este modo, la acción de revisión procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un procesamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión de control de derechos humanos, aceptada formalmente haya constatado la existencia del nuevo hecho o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente procede cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, constaten un incumplimiento protuberante de las obliga-

## DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

ciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.

***Synopsis:** The Constitutional Court of Colombia delivered a judgment which resolved a constitutional challenge aimed at a norm regulating the appropriateness of the review of a criminal judgment when new facts or evidence not known at the time of the debate are revealed, which tend to prove the innocence or lack of criminal responsibility of the convict. The judgment explored the scope of the principles of non bis idem and res judicata. The Colombian Constitutional Court based on the interpretation of the Inter-American Human Rights bodies in relation to the rights of victims of human rights violations and their families, as well as the norms contained in the International Criminal Court stated that the aforementioned guarantees become relative pursuant to the achievement of a just order when faced with human rights violations. In this way, a review is appropriate where there has been a preclusion of the investigation, where the proceedings have ceased, and where there has been a judgment of acquittal, so long as the case entails human rights violations or serious breaches of international humanitarian law, and a domestic judicial proceeding, or a decision by an international human rights supervisory body violations, has established the existence of a new fact or evidence not known at the time of the debate. Similarly, said review is appropriate where a domestic judicial decision or a decision of an international human rights supervisory body affirms the non-compliance of the Colombian State of its obligation to seriously and impartially investigate said violations.*



CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA  
DE COLOMBIA - SENTENCIA C-004/03  
20 DE ENERO DE 2003

CASO DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD  
CONTRA EL ARTÍCULO 220, NUMERAL 3 PARCIAL  
DE LA LEY 600 DE 2000 O CÓDIGO  
DE PROCEDIMIENTO PENAL

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano... demanda el artículo 220, numeral 3 parcial de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISIÓN

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada, conforme a su publicación en el *Diario Oficial* Núm. 44.097, del 24 de julio del 2000, y se subraya el aparte demandado:

LEY 600 DE 2000  
(Julio 24)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal...

Artículo 220. Procedencia. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

### DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por una misma conducta punible que no hubiese podido ser cometida sino por una o por un número menor de las sentenciadas.

2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.

3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, *que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.*

4. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por una conducta típica del juez o de un tercero.

5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa.

6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria.

### III. LA DEMANDA

El actor considera que la expresión acusada viola el artículo 13 de la Constitución. Según su parecer, si es obligación del funcionario judicial investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado, no existe ninguna razón para que la revisión del fallo, al surgir hechos o pruebas nuevas no conocidas por el juez de los debates durante el proceso, sólo opere para absolver al procesado o declarar su inimputabilidad, pues se deja *“por fuera la posibilidad de hacer justicia frente a los hechos o pruebas nuevas que puedan aparecer y que lleven a revisar el fallo para una responsabilidad penal mucho más grave y una mayor indemnización frente a quienes padecieron algún perjuicio con el hecho dañoso”*. Esta situación es, se-

gún su parecer, discriminatoria pues en los procedimientos debe predominar el derecho sustancial, y la obligación del funcionario judicial es que exista un real y efectivo restablecimiento del derecho de las víctimas.

El actor considera que ni el fenómeno de la cosa juzgada ni el principio del *non bis in idem* justifican ese trato diferente, en favor del procesado, pues ese principio establece que no se puede volver a juzgar a una persona por los mismos hechos o la misma conducta, “y en este caso: 1) no se esta juzgando dos veces, se está revisando simplemente el único fallo existente; y 2) se esta revisando no por los mismos hechos, sino por hechos o pruebas nuevas que no fueron conocidos por el juez durante el curso del proceso”.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. *Intervención del Ministerio del Interior*

El ciudadano Francisco Beltrán Peñuela, actuando como apoderado del Ministerio del Interior, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de la expresión acusada. Según su parecer, es normal que la causal de revisión opere como está establecida en el precepto parcialmente acusado, por lo que considera que existe “*una incorrecta interpretación del actor en cuanto a la aplicación de la ley penal, mas no una violación del artículo 13 de la C.P.*”.

##### 2. *Intervención de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario*

El ciudadano Juan Manuel Charry Urueña, en su calidad de decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, interviene en el proceso para justificar la constitucionalidad de la expresión acusada.

El ciudadano comienza por resaltar que la acción de revisión permite modificar fallos penales injustos y expresa la tensión

#### *DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN*

“que en el Estado social de derecho se presenta o se puede presentar entre dos valores, la seguridad jurídica y el valor de lo justo”. Luego describe su evolución en el derecho colombiano, y explica que en el pasado esta acción había sido consagrada únicamente en favor del procesado, en caso de sentencias condenatorias, pero que en el actual estatuto procesal puede intentarla cualquiera de los sujetos procesales, a saber, el procesado, la parte civil, el agente del Ministerio Público y el fiscal. Y que procede también, en ciertos eventos, contra sentencias absolutorias. Sin embargo, precisa el ciudadano, al ser una excepción a la cosa juzgada, esta acción esta gobernada por el principio de taxatividad, y por ello se entiende que ella opera únicamente por las causales expresamente previstas en la ley, sin que sea posible invocar causales extralegales por analogía.

Este análisis permite al ciudadano concluir que la acción de revisión busca satisfacer dos necesidades sociales, a saber, (i) que exista una solución rápida y definitiva de los conflictos pero (ii) que haya la posibilidad de discutir las sentencias que resulten injustas, aunque hayan hecho tránsito a cosa juzgada. Según su parecer, la solución adoptada por el legislador ha sido la de armonizar esos principios de la siguiente forma: la regla general es la cosa juzgada, y la excepción es la posibilidad taxativa de que proceda el recurso de revisión.

En ese contexto, el interviniente considera que la expresión acusada no desconoce la igualdad pues, por la trascendencia de los bienes jurídicos en juego, es razonable que el proceso penal otorgue mayores garantías al procesado, sin que ello signifique que se está discriminando a la parte civil, “pues esta parte goza de amplias facultades (artículo 50 C.P.P.), y se le da un tratamiento en proporción a su papel en el proceso penal”. Además, argumenta el ciudadano, debido a la libertad de configuración del legislador para otorgar oportunidades procesales disímiles a los diversos sujetos procesales, “el control constitucional de igualdad debe ser poco estricto, para no vulnerar la libertad del legislador”. Y en el presente caso considera que la diferencia de trato es proporcionada pues conferirle “esa oportunidad procesal al condenado y no a la parte civil, se inspira en una defensa

en la libertad, lo cual no lesiona los intereses de la parte civil por no ser ese su objetivo”. Además, según su parecer, “no existe otra medida que sea menos onerosa, en términos de sacrificio del principio de cosa juzgada” y ese “trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial”. El ciudadano sintetiza entonces su posición en los siguientes términos:

El derecho penal debe estar acorde con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y también con los principios y finalidades del Estado Social de Derecho. El análisis de constitucionalidad de una norma debe hacerse respetando la libertad de configuración de la norma de la que goza el legislador.

La acción de revisión es una excepción al principio de cosa juzgada en aras de cumplir con los fines del Estado Social de Derecho, entre estos el velar por la prevalencia de la justicia. Es por ello que se permite iniciar una demanda en contra de una sentencia ejecutoriada, que no cumple con la función jurisdiccional de impartir justicia, y por ser una excepción a la seguridad jurídica se encuentra reglada por la ley de forma limitada y taxativa. La acción de revisión puede ser iniciada tanto por el procesado como por la parte civil, brindando a ambas partes oportunidades proporcionales al papel que representan en el proceso penal.

La igualdad procesal se ve en la posibilidad de ambas partes a realizar una defensa y obtener un fallo. Los fines perseguidos por ambas partes en el proceso penal son distintos, la parte civil busca la indemnización de unos perjuicios por los daños causados con el ilícito, y por otra parte el procesado busca que se le respete su derecho a la libertad intentando demostrar su inocencia. Siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional y aplicando el test de igualdad, el derecho fundamental a la igualdad no se ve violentado con la disposición normativa.

Ambas partes gozan de los mismos derechos, pero el legislador sabiamente ha creído necesario con el fin de darle garantías al extremo débil (el procesado) de la relación jurídica, el incluir como causal de la acción de revisión cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

### DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

Al no darle la oportunidad a la parte civil de pedir la revisión de la sentencia cuando aparezcan nuevos hechos o pruebas que indiquen una mayor responsabilidad punitiva del condenado, da la ley un tratamiento distinto pero justificado en la intención de dar a cada parte medios que, en esta acción, juzga proporcionados a la defensa de su interés, pues no es de interés de la parte civil que se le condene con más años al procesado.

#### 3. *Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*

El ciudadano Jorge Enrique Valencia, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, coadyuva la demanda. El interviniente comienza por explicar, con base en la sentencia del 10. de diciembre de 1983 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el alcance del numeral impugnado. Y este examen lo lleva a concluir que efectivamente la disposición acusada viola la igualdad, pues si es posible desconocer la cosa juzgada debido a un cambio jurisprudencial —causal 6 de revisión— entonces, según su parecer, “razonando a *fortiori*, debe consagrarse la posibilidad de revisarse un fallo que no circunscribe sus objetivos a la verdad material o real del proceso con lo cual se garantiza a la sociedad un criterio racional de lo justo”. En tales circunstancias, argumenta el interviniente, la presunción de verdad y de justicia que encierra la cosa juzgada debe ceder ante el anhelo de justicia consistente en dar un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales.

#### V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El procurador general de la nación, Edgardo José Maya Villazón, en concepto Núm. 2966, recibido el 8 de agosto de 2001, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de la expresión acusada.

El Ministerio Público comienza por explicar que la cosa juzgada en el Estado de derecho juega un papel esencial, pues confiere a la decisión judicial su carácter definitivo, inmutable, intangible y coercible, con lo cual dota de seguridad jurídica las decisiones adoptadas por los jueces. Y en materia penal, señala

la Vista Fiscal, una de las expresiones de la cosa juzgada es el principio del *non bis in idem*, en virtud de la cual no se puede someter dos veces a juicio a una persona por un mismo hecho, independientemente de si ella fue condenada o absuelta. Esto debe ser así, según su parecer, pues el Estado como titular de la acción penal, “no puede alegar su incapacidad para vencer en un juicio y, para el efecto, esperar que en el tiempo surjan pruebas para condenar al investigado”.

El procurador explica entonces el alcance de la acción de revisión, que caracteriza como un mecanismo extraordinario de impugnación de sentencias ejecutoriadas, que procede, en cualquier tiempo, para subsanar un error judicial “ya sea para proteger el derecho fundamental a la libertad de los condenados injustamente, la legitimidad del Estado cuando se absuelven culpables, y el principio de favorabilidad por cambios jurisprudenciales”. Esto explica, según su criterio, que las causales de procedencia de la referida acción sean taxativas y busquen amparar asuntos de interés general, y por ello no procede “para tramitar aspectos de incidencia o interés particular tales como la gradación de la sanción penal impuesta o la referente a la indemnización por los daños y perjuicios causados derivados del hecho punible”. Estas consideraciones llevan entonces a la Vista Fiscal a concluir que la regulación impugnada no desconoce ni la igualdad ni la prevalencia del derecho sustancial, lo cual explica en los siguientes términos:

La revisión representa el valor justicia en sí mismo considerado en cuanto a la preservación del derecho fundamental a la libertad vulnerado por un error judicial, asunto propio de la finalidad del estado en cuanto a asegurar la convivencia pacífica de la sociedad, mientras que la cosa juzgada personifica la seguridad jurídica a que tienen derecho los sujetos procesales, y consecuencia del derecho de acceso a la administración de justicia; de ahí que no resulte procedente la agravación punitiva o indemnizatoria mediante revisión de sentencias producto del debido proceso y del derecho de defensa. Entonces, si se tiene que la igualdad, como derecho y valor fundante de una sociedad, no se agota en mera consideración formal de dos supuestos de hechos aparentemente iguales, sino en la posibilidad de establecer diferencias de trato, fincadas en condicio-

## DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

nes relevantes que imponen la necesidad de distinguir entre los dos supuestos de hecho, para otorgarles tratamientos distintos, partiendo de la premisa clásica de dar tratamiento igual a los iguales y trato diferente o desigual a los diferentes o desiguales (sentencias C-345 de 1993; C-058 de 1994; C-112 de 2002), para el presente caso no se presenta vulneración constitucional en relación con el referido derecho porque lo referente a la protección de la libertad como garantía constitucional frente al error judicial mediante la acción de revisión, resulta muy diferente a la definición de la responsabilidad penal y civil, asunto propio del proceso penal y amparado por el principio de cosa juzgada.

De igual manera y por las mismas razones antes esgrimidas, se puede observar que no se presenta vulneración a la prevalencia del derecho sustancial por improcedencia legal de la cuestionada acción para revisar fallos condenatorios para agravar la sentencia por pruebas nuevas, debido a que tal improcedencia es de derecho sustancial constitucional en cuanto a la preservación de la seguridad jurídica de los sujetos procesales, para no verse sometidos a la zozobra del poder estatal indefinidamente, razón también por la cual se considera que la referida acción resulta conforme con el orden constitucional vigente.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### *Competencia*

1. Conforme al artículo 241, ordinal 4, de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del aparte acusado del artículo 220, numeral 3, de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una norma que hace parte de una Ley de la República.

### *El asunto bajo revisión e integración de la proposición jurídica acusada*

2. La expresión acusada establece que la acción de revisión por el surgimiento de hechos nuevos o pruebas no conocidas al



momento del juicio, procede para las sentencias condenatorias y exclusivamente para establecer la inocencia o la inimputabilidad del condenado. El actor y uno de los intervinientes consideran que esa restricción es discriminatoria y desconoce la prevalencia del derecho sustancial, pues no existe ninguna razón que justifique que la acción de revisión no proceda en aquellos casos en que los hechos o pruebas nuevas permitan establecer una responsabilidad más grave del condenado, y una mayor indemnización en beneficio de aquellos que sufrieron algún perjuicio con el hecho punible. En el fondo, el demandante argumenta que ese tipo de limitación a la acción de revisión desconoce los derechos de las víctimas de los delitos. Por el contrario, para otro de los intervinientes y para la Vista Fiscal, esa regulación se ajusta a la Carta, pues representa un desarrollo del principio constitucional del *non bis in idem*, según el cual, una persona tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Según su parecer, no existe violación a la igualdad, pues la ley no tiene por qué conferir los mismos derechos, acciones y recursos al procesado y a la parte civil, ya que estos sujetos procesales persiguen finalidades distintas. Y por ello concluyen que la restricción de la acción de revisión al condenado en estos casos se justifica, pues busca proteger un valor prevalente, como es la libertad y la presunción de inocencia, mientras que la parte civil persigue propósitos indemnizatorios.

3. Esta breve reseña de la demanda y de las intervenciones en el proceso lleva a la Corte a concluir que aunque el actor dirige su cargo únicamente contra el aparte del ordinal 3 del artículo 220 del [Código de Procedimiento Penal], que dice “*que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad*”, es necesario aplicar la figura de la unidad normativa y examinar también la constitucionalidad de la expresión “condenatoria” de ese mismo ordinal. En efecto, esta Corte ha señalado en numerosas ocasiones que la unidad normativa prevista por el artículo 6o. del decreto 2067 de 1991 también procede cuando es indispensable que “la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir

#### DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

de fondo el problema planteado por los actores”.<sup>1</sup> Ahora bien, en el presente caso, a fin de poder examinar adecuadamente los cargos de la demanda, resulta indispensable extender el análisis a la expresión “condenatoria” de ese mismo ordinal. En efecto, la acusación reside esencialmente en que el actor considera que desconoce los derechos de las víctimas que la ley señale que la acción de revisión únicamente procede para establecer la inocencia o la inimputabilidad del condenado, pero no para agravar la condena o incrementar su deber de reparar. Ahora bien, si ese cargo resulta acertado, entonces la expresión “condenatoria” también tendría problemas constitucionales pues, con base en los mismos argumentos de la demanda, habría que concluir que la restricción de la acción de revisión por la aparición de hechos o pruebas nuevas únicamente para las sentencias condenatorias desconoce también los derechos de las víctimas y discrimina a quienes se han visto afectados por un hecho punible. Por ello, la Corte concluye que la constitucionalidad de la expresión “condenatoria” de ese ordinal también debe ser examinada.

4. Conforme a lo anterior, el problema constitucional que plantea la presente demanda es el siguiente: la consagración de que la acción de revisión por hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo de los debates únicamente procede para sentencias condenatorias, y en beneficio del condenado ¿implica una discriminación, que desconoce la igualdad, los derechos de las víctimas y el principio de prevalencia del derecho sustancial ([Constitución Política, artículos] 13 y 228)? O, por el contrario, bien podía el legislador consagrar esa restricción, pues es un legítimo desarrollo de su libertad de configuración que encuentra además pleno sustento en el principio del *non bis in idem*.

Para responder a esos interrogantes, la Corte recordará brevemente el sentido de la acción de revisión y su relación con la cosa juzgada y el principio del *non bis in idem*, para luego analizar los derechos constitucionales de las víctimas de los delitos y los deberes del Estado en este campo. Este examen permitirá

<sup>1</sup> Sentencia C-320 de 1997 [magistrado ponente], Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 5.

entonces determinar si la restricción impuesta a la acción de revisión por la expresión acusada se ajusta o no a la Carta.

*Cosa juzgada, non bis in idem y acción de revisión*

5. Los procedimientos judiciales buscan, entre otras cosas, pacificar los conflictos sociales, y por ello pretenden poner un punto final a las controversias. Esto explica que una de las características de las decisiones judiciales es que ellas adquieren firmeza y hacen tránsito a cosa juzgada, de tal manera que la determinación del juez es definitiva y el asunto decidido no puede ser nuevamente discutido. Esta Corte ya había resaltado esa función pacificadora de la firmeza y cosa juzgada de las decisiones judiciales en los siguientes términos:

La firmeza de las decisiones es condición necesaria para la seguridad jurídica. Si los litigios concluyen definitivamente un día, y tanto las partes implicadas en él como el resto de la comunidad, tienen certeza de que a partir de ese momento la decisión judicial es inalterable, el proceso cumple un papel eficaz en la solución de los conflictos. Este es el sentido de la cosa juzgada, en relación con la cual la Corte ha reconocido que hace parte de las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 29 de la Constitución, y está implícita en el concepto de administrar justicia.<sup>2</sup>

6. Para alcanzar esas funciones pacificadoras, en beneficio de la seguridad jurídica, la cosa juzgada confiere a las sentencias, una vez ejecutoriadas, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, pues sólo así logra la administración de justicia cumplir con su propósito de dar fin a la controversia. Esto significa entonces que, como esta Corte lo ha destacado, la cosa juzgada cumple tanto una función negativa, que es prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, así como una función positiva, que es dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Sentencia C-548 de 1997 [magistrado ponente], Carlos Gaviria Díaz.

<sup>3</sup> Sentencia C-774 de 2001 [magistrado ponente], Rodrigo Escobar Gil, Fundamento 3.1.

## DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

7. La importancia de la cosa juzgada en cualquier ordenamiento jurídico, y en todos los campos, es entonces decisiva, pues de ella depende en gran medida la función pacificadora de la administración de justicia. Sin embargo, en el campo penal y del derecho sancionador, la cosa juzgada adquiere aún mayor vigor, no sólo por los intereses en juego, como el derecho fundamental a la libertad, sino además para evitar lo que algunos doctrinantes han calificado como el ensañamiento punitivo del Estado, esto es, la posibilidad de que las autoridades intenten indefinidamente lograr la condena de una persona por un determinado hecho, reiterando las acusaciones penales luego de que el individuo ha resultado absuelto en el proceso. Por ello, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen, si se quiere, un reforzamiento de la fuerza de la cosa juzgada en materia punitiva, mediante la prohibición del doble enjuiciamiento, o principio del *non bis in idem*, según el cual, una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho ([Constitución Política, artículo] 29). Por ello esta Corte ha resaltado que este “postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado”.<sup>4</sup> Igualmente, esta misma Corporación ha resaltado la profunda relación que existe entre la prohibición del doble enjuiciamiento y la cosa juzgada cuando señaló que “pensar en la noción de «cosa juzgada» sin hacerlo a la vez en el *non bis in idem*, es prácticamente un sin sentido; por lo tanto, cuando el artículo 29 de la Constitución prohíbe al Estado juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, está haciendo referencia a ambas”.<sup>5</sup> Y en otra oportunidad, la Corte resaltó esa conexidad conceptual en los siguientes términos:

Es posible afirmar que el principio de *non bis in idem* constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del *ius puniendi*, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas. Ciertamente, la prohibición que se deriva del prin-

<sup>4</sup> Sentencia C-554 de 2001 [magistrado ponente], Clara Inés Vargas Hernández. Fundamento 3.6.

<sup>5</sup> Sentencia T-652 de 1996 [magistrado ponente], Carlos Gaviria Díaz, Fundamento 2.2.

cipio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de “someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta”.<sup>6</sup>

8. A pesar de la importancia de la cosa juzgada, es claro que esa figura no puede ser absoluta pues puede entrar a veces en colisión con la justicia material del caso concreto. Para ello basta suponer la existencia de una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, pero contiene una clara injusticia. Precisamente para enfrentar estas situaciones, la mayoría de los ordenamientos prevén la acción de revisión, que permite, en casos excepcionales, dejar sin valor una sentencia ejecutoriada, cuando hechos o circunstancias posteriores a la decisión judicial permiten concluir que ésta es injusta. Esta acción, al privar de efecto la cosa juzgada que ampara la sentencia, permite que pueda repetirse el proceso y pueda llegarse a una decisión acorde al ordenamiento. Esto significa que la revisión no pretende corregir errores “*in judicando*” ni puede fundamentarse en las mismas pruebas que sirvieron de soporte a la decisión que puso término al proceso, pues para estos yerros están previstos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del propio proceso. La revisión, que no es un recurso sino una acción, pretende, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, un examen detallado de ciertos hechos nuevos que afectan la decisión adoptada y el sentido de justicia que de ella emana.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Sentencia T-162 de 1998 [magistrado ponente], Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento 4.

<sup>7</sup> Sobre la naturaleza y características de esta acción de revisión, ver, entre otras, la sentencia C-680 de 1998. [Magistrado ponente] Carlos Gaviria Díaz. Ver igualmente Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 2 de agosto 2 de 1994 [Magistrado ponente] Edgar Saavedra Rojas. A nivel doctrinario, ver, entre otros, Hernando Morales Molina, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Editorial A.B.C. Bogotá 1991., o Murcia Ballén, Humberto, *Recurso de revisión civil*, Bogotá, Editorial el Foro de la Justicia, 1981, pp. 103 y ss.

## DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

9. La acción de revisión, en la medida en que afecta la certeza brindada por la cosa juzgada, es no sólo extraordinaria sino que además procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, y no es posible aducir otras distintas. Y esta taxatividad es razonable, pues se trata de “una figura que modifica providencias amparadas en el principio de cosa juzgada”, y por ello “las causales previstas para la revisión deben ser aplicadas e interpretadas en sentido restringido”.<sup>8</sup> Por consiguiente, corresponde al legislador, en desarrollo de su libertad de configuración, determinar cuáles son las posibles causales que podrían justificar privar de efectos una sentencia que ya ha hecho tránsito a cosa juzgada.

10. El anterior análisis permite adelantar un primer examen constitucional a la restricción establecida por la expresión acusada a la causal de revisión del ordinal 3 del artículo 220 del estatuto procesal penal. Para entender el alcance de ese aparte demandado, conviene brevemente señalar el significado general de esta causal de revisión, según la cual, procede la revisión cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema, en jurisprudencia reiterada, ha explicado el sentido de esa causal en los siguientes términos:

*El hecho nuevo...* es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no puede ser controvertido; no se trata, pues, de algo que haya ocurrido después de la sentencia, pero ni siquiera con posterioridad al delito que se le imputó al procesado y por el cual se le condenó, sino de suceso ligado al hecho punible materia de investigación del que, sin embargo, no tuvo conocimiento el juzgador en el desarrollo del itinerario procesal porque no penetró al expediente.

*Prueba nueva* es, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incor-

<sup>8</sup> Sentencia C-680 de 1996, Fundamento 4.2. En el mismo sentido, véase sentencia T-039 de 1996.

## CASO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 600

poró al proceso, *pero cuyo aporte ex-novo tiene tal valor que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado*. Dicha prueba puede versar sobre evento hasta entonces desconocido (se demuestra que fue otro el autor del delito) o sobre hecho conocido ya en el proceso (muerte de la víctima, cuando la prueba *ex-novo* demuestra que el agente actuó en legítima defensa); por manera que puede haber prueba nueva sobre hecho nuevo o respecto de variantes sustanciales de un hecho procesalmente conocido que conduzca a la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

*No se dará, desde luego, esta causal de revisión, cuando el demandante se limita a enfocar de otra manera hechos ya debatidos en el juicio o pruebas ya aportadas y examinadas en su oportunidad por el juzgador, pues en tales casos no es ni el hecho naturalísticamente considerado, ni la prueba en su estructura jurídica, sino tal vez el criterio con que ahora los examina el demandante, y no es eso lo que la ley ha elevado a la categoría excepcional de causal de revisión*<sup>9</sup> (cursivas originales).

11. Preciado así el sentido general de la causal de revisión, la restricción atacada por el demandante señala que ésta sólo opera en beneficio del procesado, pues sólo se aplica en caso de sentencias condenatorias, y únicamente para establecer la inimputabilidad o inocencia del condenado. Ahora bien, el análisis adelantado en los fundamentos anteriores de esta sentencia parece dar pleno sustento a esa restricción. Así, el legislador goza de una amplia libertad de configuración para diseñar los diversos recursos, procesos y acciones ([Constitución Política artículo] 150), tal y como esta Corte lo ha reconocido en numerosas oportunidades.<sup>10</sup> En tal contexto, el Congreso, al regular esta causal de revisión, decidió proteger preferentemente los derechos del procesado, y por ello no abrió el camino a la procedencia de la revisión por esta causal para sentencias absoluto-

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 10186, sentencia del 11 de 1996. [Magistrado ponente] Juan Manuel Torres Fresneda, que reitera la sentencia de esa misma sala del 1o. de diciembre de 1983. En el mismo sentido ver también, entre otras providencias, el auto del 9 de mayo de 1997, Rad. 12575 [magistrado ponente] Jorge Córdoba Poveda.

<sup>10</sup> Véanse, entre otras, las Sentencias C-1512 de 2000 y C-680 de 1998.

rias, o para agravar la situación del condenado. Y esa decisión legislativa puede ser considerada un desarrollo del debido proceso ([Constitución Política artículo] 29). En efecto, es razonable argumentar que permitir que la revisión de una sentencia ejecutoriada por el surgimiento de pruebas o hechos nuevos opere también para agravar la situación de quien fue absuelto por sentencia ejecutoriada, o para agravar la situación de quien fue condenado, equivale a permitir que una persona sea procesada dos veces por el mismo hecho, en contravía con el principio de *non bis in idem* ([Constitución Política artículo] 29).

El argumento del actor, según el cual, en esos eventos, la persona no estaría siendo juzgada por el mismo hecho, sino por hechos o pruebas nuevas, es equivocado, pues se funda en una ambigüedad, ya que asimila la palabra “*hecho*” en la regulación de la garantía del *non bis in idem* ([Constitución Política artículo] 29), con la palabra “*hecho*” en la regulación de la procedencia de la acción de revisión por hechos nuevos. Sin embargo, ambas normas se refieren a distintos hechos. Así, cuando el artículo 29 superior, en armonía con los pactos de derechos humanos, prohíbe que una persona sea juzgada dos o más veces por el mismo “*hecho*”, esa disposición, con el fin de proteger la seguridad de los ciudadanos y evitar el ensañamiento punitivo del Estado, está excluyendo que el mismo individuo sea procesado dos veces por un mismo hecho punible. Esto significa que si una persona X resultó investigada por presuntamente haber cometido el homicidio de Y, y es absuelta, entonces las autoridades no podrán volver a juzgar a X por ese homicidio de Y, incluso si varían la calificación jurídica de la acusación. Por ello, en el caso *Loayza Tamayo*, la Corte Interamericana consideró que Perú había desconocido el *non bis in idem* al haber juzgado nuevamente en una corte penal civil por el delito de terrorismo a una persona que había sido absuelta del delito de traición a la patria, en un tribunal militar, pues los cargos de terrorismo y traición estaban asociados esencialmente con los mismos “*hechos*”.<sup>11</sup> Por su parte, y como ya se explicó en el fundamento an-

<sup>11</sup> Véase Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia de Sept. 17, 1997, (Serie. C) No. 33, párr. 66-77.



terior, la noción de “*hecho nuevo*” que toma en cuenta la causal de revisión tiene un significado distinto, pues hace referencia a un dato fáctico que no se conocía al momento del juicio, pero que está vinculado al hecho punible originariamente investigado. Pero obviamente no se trata de un nuevo hecho punible. Por consiguiente, si se permite que X sea juzgado nuevamente por el homicidio de Y, porque se llegó a conocer un hecho nuevo vinculado a ese homicidio que podría probar la responsabilidad de X, pues es obvio que X será procesado dos veces por el mismo hecho, a saber, la muerte de Y.

*La relatividad del principio de non bis in idem*

12. El anterior examen parece implicar que el aparte acusado es un desarrollo legislativo posible, que encuentra sustento en el principio del *non bis in idem*. Y esa conclusión sería irrefutable si el mandato según el cual ninguna persona puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho ([Constitución Política artículo] 29), representara un derecho absoluto, que no pudiera ser objeto de ninguna ponderación frente a ningún otro derecho o principio constitucional. En efecto, si tal fuera el sentido de esa garantía constitucional, es evidente que la acción de revisión por pruebas o hechos nuevos no podría proceder nunca contra el propio procesado. Sin embargo, lo cierto es que el principio de *non bis in idem* no es absoluto, y puede ser limitado, como lo precisó esta Corte cuando declaró la constitucionalidad de la expresión “*salvo lo establecido en los instrumentos internacionales*” contenida en el artículo 8o. de la Ley 599 de 2000, que precisamente señala que a “nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”. Dijo entonces esta Corte que el principio del *non bis in idem* supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada en beneficio del procesado, pero que “esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad

#### DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada”.<sup>12</sup> Y específicamente sobre las limitaciones a ese principio que derivan del derecho internacional, y en especial del derecho internacional de los derechos humanos, el fundamento 4.10 de esa sentencia precisó:

La Corte no puede hacer otra cosa que aceptar la validez constitucional de la excepción regulada en el artículo 8o. del Código Penal, que consagra la prohibición de doble incriminación, puesto que nada se opone a que el legislador haya dispuesto que dicha garantía no opere en los casos previstos en los instrumentos internacionales que comprometen al Estado colombiano, excepción ésta que según se expresó, guarda correspondencia con el postulado de la jurisdicción universal que es de observancia imperativa conforme a lo prescrito en el artículo 9o. de la Carta Política.

La razón es clara: así como en el ordenamiento interno militan razones para morigerar el rigor del *non bis in idem* —la protección de la soberanía y la seguridad nacional—, es comprensible que a nivel internacional las naciones del mundo, inspiradas en la necesidad de alcanzar objetivos de interés universal como la paz mundial, la seguridad de toda la humanidad y la conservación de la especie humana, cuenten con medidas efectivas cuya aplicación demande la relativización de la mencionada garantía, lo que constituye un motivo plausible a la luz de los valores fundamentales que se pregonan en nuestra Constitución Política, asociados a la dignidad del ser humano.

13. Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al *non bis in idem* a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo ([Constitución Política] Preámbulo y [artículos] 2o. y 229) son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el *non bis in idem*, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucio-

<sup>12</sup> Sentencia C-554 de 2001, [Magistrado Ponente] Clara Inés Vargas Hernández, Fundamento 3.9.

nal del procesado. En efecto, en aquellos casos en que una persona es absuelta por un delito, pero aparecen hechos o pruebas posteriores que sugieren que ella puede ser culpable, se desarrolla una clara tensión normativa entre, de un lado, la garantía del procesado a no ser enjuiciado nuevamente y, de otro lado, los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos y sancionar a los responsables a fin de lograr un orden justo. Así, la fuerza normativa del *non bis in idem* indica que la persona absuelta no debería volver a ser juzgada, a pesar de esas pruebas y hechos nuevos; sin embargo, el deber del Estado de investigar los delitos y amparar los derechos de las víctimas a fin de lograr un orden justo parece implicar que la persona debe ser enjuiciada nuevamente, sobre todo si se trata de delitos que configuren violaciones a los derechos humanos. La pregunta que surge entonces es si los derechos de las víctimas de los hechos punibles son de tal envergadura que no sólo autorizan sino que incluso exigen una limitación del *non bis in idem* en la regulación de la acción de revisión. Para responder a ese interrogante, la Corte recordará brevemente su doctrina sobre los derechos de las víctimas y los deberes del Estado en esta materia, para luego analizar su relación con el *non bis in idem* y con la acción de revisión. Este análisis permitirá determinar si la restricción a la acción de revisión impuesta por la disposición acusada es o no proporcionada frente a los derechos de las víctimas.

*Derechos de las víctimas, deberes investigativos  
del Estado y non bis in idem: la tensión orden justo  
y seguridad jurídica, y la libertad del legislador*

14. En los últimos dos años, y en gran medida tomando en cuenta la evolución de la normatividad internacional sobre el tema, esta Corte modificó su doctrina sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal.

Así, la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional en derechos humanos ha concluido que los derechos de las víctimas desbordan el campo indemnizatorio pues incluyen el

## *DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN*

derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto. Particular importancia tiene en este aspecto la sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros *vs.* Perú), en donde ese tribunal decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Interamericana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, a pesar de que dicho Estado había aceptado su responsabilidad y había decidido otorgar una reparación material a las víctimas.

Esta evolución de la doctrina y jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas tiene una evidente relevancia constitucional, pues los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia ([Constitución Política artículo] 93). Esto significa que, como esta Corte lo ha señalado, el inciso segundo del artículo 93-2 “constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”.<sup>13</sup> En varias oportunidades, esta Corte ha también indicado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales, y por ello la doctrina de la Corte Interamericana sobre los derechos de las víctimas debe ser valorada internamente por las autoridades colombianas en general, y por la jurisprudencia de esta Corte Constitucional en particular.<sup>14</sup>

15. La Corte Constitucional ha entonces concluido que la Carta de 1991 reconoce a las víctimas y perjudicados por un he-

<sup>13</sup> Sentencia T-1319 de 2001, [Magistrado Ponente] Rodrigo Uprimny Yepes, fundamento 12.

<sup>14</sup> Véase, entre otras, la sentencia C-10 de 2000, T-1319 de 2001 y C-228 de 2002, Fundamento 6.3.

cho punible unos derechos que desbordan el campo de la reparación económica, pues incluyen también el derecho a la verdad y a que se haga justicia.<sup>15</sup> Esta Corporación ha señalado que las “víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales ([Constitución Política artículo] 93)”.<sup>16</sup> Esta Corte ha entonces sintetizado su doctrina en los siguientes términos:

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos (ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez —fundamento 166—, Sentencia del 29 de julio de 1988, y Barrios Altos —fundamento 43—, Sentencia de 14 de marzo de 2001, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia).

2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Véase sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-282 de 2002.

<sup>16</sup> Sentencia T-1267 de 2001. [Magistrado Ponente] Rodrigo Uprimny Yepes, Fundamento 16.

<sup>17</sup> Sentencia C-282 de 2002, [Magistrados Ponentes] Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, Fundamento 4.4.

## *DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN*

16. La Corte no se ha limitado a formular la anterior doctrina sobre los derechos de las víctimas y perjudicados por hechos punibles sino que, además, dicha doctrina ha constituido la base para que esta Corporación ampare esos derechos de las víctimas, tanto en casos de tutela como en procesos de control constitucional abstracto. Así, la sentencia SU-1184 de 2001, [magistrado ponente] Eduardo Montealegre Lynett, teniendo en cuenta que los derechos de las víctimas incluyen el derecho a la verdad, concedió una tutela interpuesta por la parte civil contra una decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que había atribuido a la justicia militar el conocimiento de delitos de lesa humanidad. Por su parte, la sentencia C-282 de 2002 no sólo condicionó la constitucionalidad de varios artículos del [Código de Procedimiento Penal], precisando que la parte civil no sólo tiene derecho al resarcimiento sino también derecho a la verdad y a la justicia, sino que además declaró inexecutable el aparte del artículo 47 de ese estatuto procesal, que limitaba el acceso de la parte civil a la investigación previa.

17. No existe pues ninguna duda sobre el reconocimiento e importancia que tienen los derechos de las víctimas en el ordenamiento constitucional colombiano. Y es que en un Estado social de derecho, que consagra como principios medulares la búsqueda de la justicia ([Constitución Política] Preámbulo y [artículo] 2) y el acceso a la justicia ([Constitución Política artículo] 229),

el derecho procesal penal no sólo debe regular y controlar el poder sancionador del Estado en beneficio del acusado —esto es en función de quien padece el proceso— sino que debe también hacer efectivos los derechos de la víctima —esto es de quien ha padecido el delito—, puesto que “la víctima es verdaderamente la encarnación viviente del bien jurídico que busca ser protegido por la política criminal.”<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Véase salvamento de voto de los magistrados Cifuentes, Martínez, Barreira y Morón a la sentencia C-293 de 1995. Véase en el mismo sentido las sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-282 de 2002, que retoman las tesis sostenidas en ese salvamento.

Como es obvio, a esos derechos de las víctimas corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues si las víctimas tienen derecho no sólo a ser reparadas sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es tanto más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello ese deber estatal adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos. Por ello, la Corte Interamericana ha señalado, con criterios que esta Corte Constitucional prohija, que las personas afectadas por conductas lesivas de los derechos humanos tienen derecho a que el Estado investigue esos hechos, sancione a los responsables y restablezca, en lo posible, a las víctimas en sus derechos. Según este alto tribunal internacional, si el aparato del Estado actúa de modo que una conducta lesiva de los derechos humanos “*quede impune o no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos,* puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción” (cursivas no originales).<sup>19</sup> Concluye entonces la Corte Interamericana con palabras que son perfectamente válidas en el constitucionalismo colombiano:

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o de comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que *la investigación* no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, *debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.* Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como *un deber jurídico propio* y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que *la autoridad pública busque efectivamente la verdad.* Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la vio-

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988, Fundamento 176.

#### DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

lación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (cursivas no originales).<sup>20</sup>

18. El deber investigativo del Estado de los hechos punibles y los derechos constitucionales de las víctimas, que se encuentra íntimamente ligado al deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo ([Constitución Política] Preámbulo y [artículo] 2o.), no son tampoco absolutos, y por ello no pueden ser invocados para arrasar con la seguridad jurídica y los derechos del procesado, que son también principios de rango constitucional ([Constitución Política artículo] 29). Corresponde entonces primariamente al legislador, en desarrollo de su libertad de configuración en materia penal ([Constitución Política artículos] 29 y 150), ponderar esos derechos y valores en conflicto, y tomar decisiones políticas que intenten armonizarlos, tanto como sea posible. Y en esa búsqueda de armonización, el legislador cuenta con una cierta libertad. En ocasiones, las mayorías políticas del Congreso pueden optar por privilegiar los derechos de las víctimas y la búsqueda de un orden justo, incluso a riesgo de limitar la seguridad jurídica y ciertos derechos de los procesados. En otras ocasiones, por el contrario, puede la ley privilegiar los derechos del procesado y la seguridad jurídica, incluso a riesgo de limitar ciertos derechos de las víctimas y la búsqueda de la justicia.

Pero como es obvio, esas decisiones legislativas están sujetas a un control constitucional, pues corresponde a esta Corte examinar si esa ponderación adelantada por el legislador, al expedir las normas penales, es proporcionada y respeta el contenido esencial tanto de los derechos de las víctimas como de los derechos del procesado. Además, la Corte destaca que la discrecionalidad legislativa en esta materia es bastante limitada, pues el derecho penal es un área fuertemente constitucionalizada,

<sup>20</sup> *Ibidem*, Fundamento 177.



tal y como esta Corporación lo ha destacado en ocasiones anteriores.<sup>21</sup>

19. El examen precedente permite concluir que, dentro de ciertos límites, (i) la ley podría relativizar el *non bis in idem*, a fin de favorecer los derechos de las víctimas. Pero que igualmente (ii) podría el legislador optar por reforzar la garantía del *non bis in idem*, incluso si dicha decisión implica una relativización de los derechos de las víctimas. Es más, un examen de derecho comparado muestra que ciertos países como Estados Unidos optan por el segundo modelo y tienden a consagrar en forma casi absoluta la prohibición de doble enjuiciamiento, mientras que otros ordenamientos jurídicos, han relativizado esa garantía del procesado, a fin de favorecer otros bienes y derechos constitucionales. Por ejemplo, en Alemania, la jurisdicción encargada de decidir una acción de revisión puede agravar la pena si la acción fue presentada por el ministerio público.<sup>22</sup>

Ahora bien, en el presente caso, la norma acusada cae bajo la segunda hipótesis, puesto que ese ordinal, al regular la posibilidad de revisión por hechos nuevos o pruebas no conocidas durante el juicio, precisó que esa causal procede para las sentencias condenatorias y exclusivamente para establecer la inocencia o la inimputabilidad del condenado. Esto significa que en relación a esa causal, la ley optó por privilegiar la protección de la garantía del *non bis in idem*. Por consiguiente, no le corresponde a esta Corte examinar una eventual relativización del *non bis in idem* a favor de los derechos de las víctimas, pues la norma acusada optó por la alternativa contraria; reforzar esa garantía del procesado, incluso a riesgo de afectar derechos de las víctimas. Por consiguiente, la pregunta decisiva en este examen constitucional es si esa restricción a los derechos de las víctimas, que pretende reforzar la garantía del *non bis in idem*, es razonable y proporcionada, o si, por el contrario, ella es desproporcionada y termina por discriminar a las víctimas y a los

<sup>21</sup> Véase, entre otras, la sentencia C-038 de 1995.

<sup>22</sup> Sobre la regulación en derecho comparado de la acción de revisión y del *non bis in idem*, véase Pradel, Jean, *Droit pénal comparé*, París, Dalloz, 1995, pp. 557 y ss.

## *DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN*

perjudicados por un hecho punible. Entra pues la Corte a examinar ese punto.

### *Examen de la proporcionalidad de la restricción a los derechos de las víctimas y al deber investigativo del Estado para lograr la vigencia de un orden justo*

20. En numerosas oportunidades, esta Corporación ha señalado que el análisis de proporcionalidad de una regulación legislativa tiene distintas intensidades, según los ámbitos de validez de dicha regulación, y según los criterios que utilice el legislador para establecer diferencias de trato entre las personas.<sup>23</sup> Ahora bien, conforme a las pautas desarrolladas por esta Corporación para determinar la intensidad del análisis de proporcionalidad, la Corte concluye que en el presente caso el escrutinio debe ser estricto, pues se trata de una regulación que limita los derechos constitucionales de las víctimas, en un ámbito en donde la libertad del legislador es limitada. Entra pues esta Corporación a adelantar ese examen de la proporcionalidad de la restricción establecida por la expresión acusada a la procedencia de la acción de revisión.

21. El mandato según el cual la acción de revisión por la aparición de hechos o pruebas nuevas sólo procede para sentencias condenatorias, y únicamente para mejorar la situación del condenado, persigue un propósito constitucional no sólo admisible sino incluso ineludible, pues pretende proteger la seguridad jurídica y la cosa juzgada, y amparar el derecho fundamental de todas las personas a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho ([Constitución Política artículo] 29). En efecto, y como se explicó en el fundamento 11 de esta Sentencia, de esa manera la ley busca que el Estado no pueda invocar un hecho o prueba nueva para erosionar la cosa juzgada que beneficia a una persona que fue absuelta, o para agravar la pena de quien fue condenado, a fin de evitar que esa persona sea juzgada dos veces

<sup>23</sup> Véase, entre otras, las sentencias C-445 de 1995, C-093 de 2001, C-673 de 2001, fundamento 7.2. y C-1191 de 2001, fundamento 59.

por el mismo hecho. Y es que si la acción de revisión procediera en sentencias absolutorias, o para agravar la condena de un sentenciado, es evidente que la persona resultaría nuevamente investigada por el mismo hecho.

La Corte concluye entonces que las expresiones acusadas persiguen una finalidad constitucionalmente imperiosa, como es proteger la seguridad jurídica y la cosa juzgada, y asegurar la realización de la garantía del *non bis in idem*, que es un derecho fundamental que debe ser respetado por las autoridades.

22. Esta restricción a la acción de revisión aparece además no sólo adecuada sino incluso necesaria, a fin de amparar a las personas contra el riesgo del doble enjuiciamiento. En efecto, si la finalidad del legislador era autorizar la revisión de las sentencias penales ejecutoriadas por la aparición de hechos nuevos o pruebas no conocidas, pero sin permitir el doble enjuiciamiento por un mismo delito, entonces no parece haber otra alternativa sino restringir la procedencia de esa causal a los casos de sentencias condenatorias, y únicamente para beneficiar la situación penal de quien fue condenado.

23. Conforme a lo anterior, los apartes acusados aparecen como un mecanismo necesario para proteger la seguridad jurídica y amparar el derecho constitucional a que una persona no sea juzgada dos veces por el mismo hecho. Resta entonces únicamente evaluar la llamada proporcionalidad en estricto sentido de esa restricción a los derechos de las víctimas.<sup>24</sup> Entra pues la Corte a examinar si esa limitación de la acción de revisión en beneficio del condenado sacrifica o no valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con esta medida a favor del *non bis in idem*. Y en concreto, esto significa que esta Corporación debe analizar si la restricción que las normas acusadas imponen a los derechos de las víctimas y al deber del Estado de investigar los delitos a fin de lograr la materialización de un orden justo se justifica por la manera y el grado en que ella asegura el respeto a la seguridad jurídica y al *non bis idem*.

<sup>24</sup> Sobre el sentido de este análisis, ver, entre otras, las sentencias C-022 de 1996, C-093 de 1991 y C-673 de 2001.

#### *DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN*

24. Para responder al anterior interrogante, la Corte considera que es necesario distinguir entre, de un lado, los hechos punibles en general y, de otro lado, las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

Esa diferenciación no es caprichosa sino que se funda en una constatación obvia, que ya fue mencionada anteriormente en esta sentencia, y es la siguiente: los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo ([Constitución Política] Preámbulo y [artículo] 2o.). Ahora bien, las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario configuran aquellos comportamientos que más intensamente desconocen la dignidad de las personas y más dolor provocan a las víctimas y a los perjudicados. Por ello, los derechos de las víctimas y perjudicados por esos abusos ameritan la más intensa protección, y el deber del Estado de investigar y sancionar estos comportamientos adquiere mayor entidad.

25. Esta diferencia entre, de un lado, los hechos punibles en general y, de otro lado, las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario tiene además sustento en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, como esta Corte lo ha explicado en numerosas ocasiones, a partir de la Segunda Guerra Mundial, y en especial desde la creación de las Naciones Unidas y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la comunidad internacional ha concluido que el respeto a los derechos humanos es un asunto que interesa no

sólo a los Estados sino a la propia comunidad internacional. Y por ello el derecho internacional ha establecido mecanismos internacionales de protección de esos derechos humanos, que son complementarios de los mecanismos internos que los propios Estados deben desarrollar. Esta Corte ha explicado esta evolución en los siguientes términos:

La filosofía de los sistemas internacionales de protección es entonces, en cierta medida, que los derechos humanos son demasiado importantes para dejar su protección exclusivamente en manos de los Estados, pues la experiencia histórica de los regímenes totalitarios había mostrado que el Estado puede llegar a convertirse en el mayor violador de tales valores, por lo cual son necesarias las garantías internacionales en este campo. Se concede entonces la posibilidad a los individuos de acudir a un órgano internacional —la Comisión Europea— para denunciar violaciones a derechos humanos por parte de su propio Estado, confiriéndose así por primera vez personalidad jurídica internacional al individuo.

En los años siguientes, el sistema europeo se generaliza. Así, en el ámbito universal, el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece también un mecanismo de denuncia individual ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Por su parte, en nuestro continente, se desarrolla el sistema interamericano, que se basa esencialmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, la cual concede a los individuos la posibilidad de denunciar atropellos por parte de los Estados ante una instancia regional, la Comisión Interamericana de derechos humanos, la cual a su vez decide si acusa o no al Estado en cuestión ante la Corte Interamericana.

La creación de estos mecanismos internacionales de protección ha implicado una transformación profunda del derecho internacional público en un doble sentido. De un lado, el derecho internacional ha dejado de ser exclusivamente interestatal —como en el Siglo XIX— pues la persona humana ha adquirido una cierta personería jurídica en el plano internacional. De otro lado, más importante aún, la vigencia de los derechos humanos se convierte en un asunto que interesa directamente a la comunidad internacional como tal. Por eso, cuando los mecanismos nacionales de protección resultan ineficaces, los individuos pueden directamente acudir ante ciertas instancias internacionales —como el Comité de Derechos Humanos de la [Organización de las Naciones Unidas] o la Comisión Intera-

## *DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN*

mericana de Derechos Humanos— para que se examinen las eventuales violaciones a los derechos reconocidos por los pactos internacionales, sin que ello pueda ser considerado una intromisión en el dominio reservado de los Estados.<sup>25</sup>

26. Estos mecanismos internacionales para promover y amparar la vigencia efectiva de los derechos humanos han tenido en general dos orientaciones. De un lado, el derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado en tratados ratificados por Colombia como la Convención Interamericana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha diseñado instrumentos para que las víctimas o los perjudicados por una violación de derechos humanos puedan formular directamente una queja ante una instancia internacional, como la Comisión Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de la [Organización de las Naciones Unidas], a fin de que el Estado sea condenado internacionalmente y sea obligado a amparar los derechos de esa víctima. Pero en esos casos, la instancia internacional no establece condenas individuales sino que únicamente dictamina sobre la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

De otro lado, el derecho penal internacional ha establecido mecanismos e instancias para la sanción de los individuos que se han visto comprometidos en las más graves violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, cuando dichas personas no son debidamente investigadas y sancionadas por el Estado respectivo. Así, el derecho internacional ha desarrollado el principio de la jurisdicción universal, según el cual todos los Estados tienen interés en la sanción de las más graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, como el genocidio, la tortura, o la desaparición forzada, por lo cual esos comportamientos pueden ser juzgados y sancionados por cualquier Estado en nombre de

<sup>25</sup> Sentencia C-408 de 1996, [Magistrado Ponente] Alejandro Martínez Caballero, Fundamentos 21 y 22.

la comunidad internacional.<sup>26</sup> El desarrollo más reciente e importante de esas formas de derecho penal internacional es obviamente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ampliamente analizado por esta Corte Constitucional en la reciente sentencia C-578 de 2002.

27. Conforme a lo anterior, y a fin de lograr verdaderamente la vigencia de un orden justo ([Constitución Política] Preámbulo y [artículo] 2o.), los deberes del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario son mucho más intensos que sus obligaciones de investigar y sancionar los delitos en general, sin que ello signifique que estas últimas obligaciones sean de poca entidad. En ese mismo orden de ideas, los derechos de las víctimas y perjudicados por las violaciones a los derechos humanos o las infracciones graves al derecho internacional humanitario tienen mayor trascendencia que los derechos de las víctimas de los delitos en general, sin que ello signifique que estos últimos derechos no tengan importancia. Y por ello la distinción entre, de un lado, los delitos en general y, de otro lado, las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario adquiere relevancia en el examen de la proporcionalidad de las expresiones acusadas. Esto significa que la impunidad de dichas violaciones es mucho más grave e inaceptable, no sólo por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que dichos comportamientos implican, sino además porque la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad, está comprometida en la sanción de esas conductas. Esta Corte ya había resaltado esa diferencia, al estudiar las competencias de la Corte Penal Internacional y el alcance del principio de complementariedad en la lucha contra la impunidad. Dijo entonces esta Corporación:

Si bien en todas las sociedades hay manifestaciones de violencia que quedan impunes, los pueblos han llegado gradualmente a un consenso para definir el grado de violencia cuya impunidad no pue-

<sup>26</sup> Sobre el principio de jurisdicción universal, veáanse las Sentencias C-1189 de 2000 y C-554 de 2001.

## DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

de ser tolerada porque ello destruiría las bases de la convivencia pacífica de seres igualmente dignos. Cuando se rebase dicho umbral, los autores de atrocidades contra los derechos humanos de sus congéneres, sin importar la nacionalidad de unos u otros, su poder o vulnerabilidad, ni su jerarquía o investidura, deben ser juzgados y sancionados penalmente como una concreción del deber de protección que tiene todo Estado. Cuando ese deber se viola, no por cualquier razón, sino por la circunstancia extrema y evidente de que un Estado no está dispuesto a cumplir ese deber o carece de la capacidad institucional para cumplirlo, la comunidad internacional decidió que las víctimas de esas atrocidades debían ser protegidas por vías institucionales y pacíficas de carácter judicial, mediante una Corte Penal Internacional.<sup>27</sup>

Entra pues la Corte a examinar, conforme a la anterior distinción entre, de un lado, los hechos punibles y, de otro lado, las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, la proporcionalidad de las restricciones impuestas a la acción de revisión por las expresiones acusadas

28. La Corte considera que en relación con los delitos en general, la regulación es proporcionada, pues el Congreso podía, en desarrollo de su libertad de configuración en este campo, limitar la procedencia de la acción de revisión a las sentencias condenatorias a fin de amparar el *non bis in idem* y proteger la seguridad jurídica. Es cierto que el legislador hubiera podido elegir una regulación más favorable a los derechos de las víctimas de los hechos punibles y a la consecución de un orden justo, pero la Carta no lo obliga a preferir esos derechos, en vez de optar por una mayor garantía de la seguridad jurídica y del *non bis in idem*. No existiendo un imperativo constitucional evidente para que la ley escoja privilegiar los derechos de las víctimas y la vigencia de un orden justo en su tensión con la seguridad jurídica y la prohibición del doble enjuiciamiento, la Corte considera que bien podían las expresiones acusadas elegir amparar la seguridad jurídica y el *non bis in idem*, pues di-

<sup>27</sup> Sentencia C-578 de 2002. [Magistrado Ponente] Manuel José Cepeda Espinosa, Fundamento 4.3.2.1.2.



cha regulación asegura la vigencia de esa garantía procesal, sin que la limitación genérica de los derechos de las víctimas aparezca en sí misma excesiva.

29. Por el contrario, en relación con el desconocimiento de los derechos humanos y las violaciones graves al derecho internacional humanitario, la constitucionalidad de las expresiones acusadas es problemática, en primer término, por la manera como esos comportamientos desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, que son necesarias para la vigencia de un orden justo. Por consiguiente, una situación de impunidad de esos crímenes implica no sólo un desconocimiento muy profundo de los derechos de las víctimas y perjudicados por esos delitos, sino que además pone en riesgo la realización de un orden justo ([Constitución Política artículos] artículos 2o. y 229).

Esa afectación es todavía más grave, en segundo término, cuando la impunidad deriva de un incumplimiento del deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente estos crímenes, pues esa obligación estatal, por la particular gravedad de esos hechos, es especialmente fuerte.

Finalmente, la impunidad en estos casos implica también una vulneración de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionar entonces las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional, que nuestro país ha reconocido como elementos esenciales de las relaciones internacionales ([Constitución Política artículo] artículo 9o.).

30. La Corte concluye entonces que existe una afectación particularmente intensa de los derechos de las víctimas ([Constitución Política artículo] artículo 229), que obstaculiza gravemente la vigencia de un orden justo ([Constitución Política artículo] artículo 2o.), cuando existe impunidad en casos de afectaciones a los derechos humanos o de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Esta impunidad es aún más grave si ella puede ser atribuida al hecho de que el Estado colombiano incumplió con su deber de investigar, en forma seria e imparcial, esas vio-

#### DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

laciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a fin de sancionar a los responsables.

En tales condiciones, la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo ([Constitución Política artículo] 2o.) implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. La razón es que una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas. Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del *non bis in idem*, y por ello la existencia de una decisión absoluta con fuerza de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates. Y es que la seguridad jurídica en una sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de los comportamientos más atroces, como son las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

31. La Corte concluye entonces que la restricción impuesta por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas, cuando se trata de la impunidad de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. En esos eventos, los derechos de las víctimas no sólo autorizan sino que exigen una limitación al *non bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, si surge un hecho o prueba nueva no conocida

al tiempo de los debates procesales. Era entonces necesario que la ley previera esa hipótesis al regular las causales de revisión, por lo que la Corte deberá condicionar el alcance de las expresiones acusadas en ese aspecto.

32. Como ya se explicó anteriormente, la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el *non bis in idem* es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.

De otro lado, en cambio, una posible revisión de aquellos procesos en que el Estado, en forma protuberante, dejó de lado su deber de investigar seriamente esas violaciones a los derechos humanos, no impacta en forma muy intensa la seguridad jurídica, por la sencilla razón de que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles. Y por ende, precisamente por ese incumplimiento del Estado de adelantar seriamente la investigación, la persona absuelta en realidad nunca estuvo seriamente procesada ni enjuiciada, por lo que una reapertura de la investigación no implica una afectación intensa del *non bis in idem*. Eso puede suceder, por ejemplo, cuando la investigación es tan negligente, que no es más que aparente, pues no pretende realmente esclarecer lo sucedido sino absolver al imputado. O también en aquellos eventos en que los funcionarios judiciales carecían de la independencia e imparcialidad necesarias para que realmente pudiera hablarse de un proceso.

## DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

Es pues claro que en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o de infracciones graves al derecho internacional humanitario derivadas del incumplimiento protuberante por el Estado colombiano de sus deberes de sancionar esas conductas, en el fondo prácticamente no existe cosa juzgada, pues ésta no es más que aparente. En esos eventos, nuevamente los derechos de las víctimas desplazan la garantía del *non bis in idem*, y por ello la existencia de una decisión absoluta con fuerza formal de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, incluso si no existen hechos o pruebas nuevas, puesto que la cosa juzgada no es más que aparente.

33. La existencia de la Corte Penal Internacional y la regulación del alcance de la cosa juzgada y de la prohibición del doble enjuiciamiento por el Estatuto de Roma confirma el anterior razonamiento. En efecto, el artículo 20-3 de dicho tratado, al regular el *non bis in idem*, establece lo siguiente:

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) *Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o*

b) *No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia* (cursivas no originales).

Esto significa que, conforme al Estatuto de Roma, el *non bis in idem* no opera frente a la Corte Penal Internacional cuando el proceso nacional no fue abordado seriamente, y con la suficiente imparcialidad e independencia de los funcionarios judiciales, puesto que en esos casos, la cosa juzgada no es más que aparente y la persona no fue realmente enjuiciada. La Sentencia C-578 de 2002, fundamento 4.3.2.1.6., reconoció la legitimidad de esa excepción al *non bis in idem*, no sólo en el marco del

derecho internacional sino también a la luz de los principios y valores constitucionales. Dijo entonces esta Corporación:

Encuentra la Corte que los eventos descritos en el artículo 20.3 del Estatuto suponen, primero, una violación del deber internacional de sancionar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, segundo, una actuación contraria al deber constitucional de protección que incumbe a las autoridades nacionales (artículo 2o. [Constitución Política]) y, tercero, un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario (artículo 9o. [Constitución Política]). Por ello, constituye un desarrollo del deber de protección que tienen los Estados el que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia.

34. Conforme a lo anterior, la restricción prevista por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas y al deber de las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo, cuando la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y las afectaciones graves al derecho internacional humanitario deriva del claro incumplimiento del Estado de su obligación de investigar, de manera seria e imparcial, esos crímenes. En esos eventos, incluso si no existe un hecho o prueba nueva, los derechos de las víctimas también exigen una limitación al *non bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, pues la cosa juzgada de la que gozaba la persona absuelta no era más que aparente, ya que en el fondo, debido a las omisiones protuberantes del Estado, no existió realmente un proceso contra ese individuo. Era entonces necesario que la ley previera la posibilidad de reabrir las investigaciones por violaciones a los derechos humanos y por graves afectaciones al derecho internacional humanitario en aquellos casos en que con posterioridad a la absolución se muestre que dicha absolución deriva de una omisión protuberante del deber del Estado de investigar, en forma seria e imparcial, esos comportamientos. Ahora bien, el artículo 220 del [Código de Procedimiento Penal], que regula las causales de revisión, no prevé

esa hipótesis, pues no siempre esa omisión protuberante de las obligaciones estatales puede ser atribuida a una conducta típica del juez o de un tercero, o a la existencia de una prueba falsa, que son los casos en donde el estatuto procesal penal autoriza la acción de revisión contra decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. Existe entonces una omisión legislativa en este punto, que requiere una sentencia integradora, que autorice la acción de revisión en esos casos, a fin de proteger los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario.

35. Sin embargo, la Corte recuerda que en todo caso la seguridad jurídica, la fuerza de la cosa juzgada, y la protección contra el doble enjuiciamiento, son valores de rango constitucional, que ameritan una especial protección jurídica, y por ello la sentencia integradora que sea proferida debe prever también garantías a fin amparar en forma suficiente esos valores constitucionales. Es pues indispensable que el ordenamiento impida la reapertura caprichosa de procesos que habían hecho tránsito a cosa juzgada. Ciertas cautelas y protecciones formales en beneficio del procesado resultan entonces imprescindibles.

En tal contexto, esta Corporación considera que en los casos de negligencia protuberante del Estado en brindar justicia a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, para que proceda la revisión, sin que aparezca un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, es necesario que exista una declaración de una instancia competente que constate que el Estado incumplió en forma protuberante con la obligación de investigar seriamente esa violación. A fin de asegurar una adecuada protección a la persona absuelta, la constatación de esa omisión de las autoridades deberá ser adelantada por un organismo imparcial e independiente, y por ello, en el plano interno, dicha declaración sólo puede ser llevada a cabo por una autoridad judicial.

A su vez, la Corte recuerda que el Estado colombiano, en desarrollo de tratados ratificados, ha aceptado formalmente la competencia de organismos internacionales de control y supervisión en derechos humanos, como la Comisión Interamerica-

na, la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En tales condiciones, en virtud del principio de complementariedad en la sanción de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que Colombia ha reconocido en múltiples oportunidades ([Constitución Política artículo] 9o.), y por la integración al bloque de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario ([Constitución Política artículos] 93 y 214), la Corte considera que aquellas decisiones de esas instancias internacionales de derechos humanos, aceptadas formalmente por nuestro país, que constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, permiten igualmente la acción de revisión contra decisiones absolutorias que hayan hecho formalmente tránsito a cosa juzgada. En efectos, esas decisiones internacionales, adelantadas por organismos imparciales a los cuáles Colombia ha reconocido competencia, muestran que la cosa juzgada no era más que aparente, pues el proceso investigativo no había sido adelantado con la seriedad que exigen la Constitución y los tratados de derechos humanos.

36. Las anteriores cautelas son también indispensables en aquellos casos en que la eventual reapertura de un proceso que contaba con una decisión absolutoria, que había hecho a tránsito a cosa juzgada, derive del surgimiento de un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates. En estas situaciones resulta igualmente necesario proteger la seguridad jurídica y el *non bis in idem*, y por ende, deben existir garantías formales que impidan que se intenten acciones de revisión caprichosas. La Corte considera entonces que es preciso armonizar la procedencia de esta causal 3 del [artículo] 220 del [Código de Procedimientos Penales], en los casos de decisiones absolutorias, con la regulación establecida por ese mismo artículo en los ordinales 4 y 5, que también prevé la acción de revisión contra decisiones absolutorias. Por consiguiente, así como esos ordinales 4 y 5 consagran la existencia de decisiones judiciales

#### DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN LA ACCIÓN DE REVISIÓN

en firme como requisito de procedibilidad para que pueda intentarse una acción de revisión, la Corte considera que esa exigencia formal también debe operar, *mutatis mutandi*, en los eventos en que quiera intentarse una acción de revisión, con base en la causal 3, contra una decisión absolutoria, que haya puesto fin a un proceso por una violación de derechos humanos o por una infracción grave al derecho internacional humanitario. La Corte concluye entonces que en esos eventos podrá intentarse la acción de revisión contra la decisión absolutoria, por el surgimiento de un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, únicamente si existe un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates.

#### *Decisión a tomar*

37. Conforme a lo anterior, la Corte concluye que a fin de armonizar los derechos de las víctimas y el deber del Estado de lograr la vigencia de un orden justo con la protección de la seguridad jurídica y del *non bis in idem*, es inevitable condicionar la constitucionalidad de las expresiones acusadas, puesto que es posible distinguir las siguientes tres hipótesis:

- De un lado, en relación con los hechos punibles en general, esas expresiones son constitucionales pues son un desarrollo legítimo de la garantía del *non bis in idem*.
- De otro lado, en tratándose de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, dichas restricciones se tornan inconstitucionales, y por ello debe entenderse que frente a esos comportamientos, la acción de revisión por la aparición de un hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y



sentencia absolutoria, con el fin de evitar la impunidad de esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados. Con el fin de amparar la seguridad jurídica y el *non bis in idem*, debe existir un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates.

- Finalmente, también en los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente.

Por último, la Corte aclara que para resolver el cargo de la demanda, esta Corporación tuvo en realidad que estudiar el numeral 3 en su integridad, por lo que, en desarrollo de la figura de la unidad normativa prevista por el artículo 6o. del decreto 2067 de 1991, la presente decisión recaerá sobre todo ese numeral 3 del artículo 220 de la Ley 600 de 2000.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

*Resuelve*

Declarar *Exequible* el numeral 3 del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que, de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta Sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta Sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.

## EL SISTEMA NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL INTERNACIONAL EN DERECHOS HUMANOS Y SU VALOR EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: EL DERECHO A LA VERDAD

**Sinopsis:** El Tribunal Constitucional de Perú emite una sentencia mediante la cual se enfrenta a tratar un caso de desaparición forzada de personas, y especialmente el derecho a conocer el paradero de la persona desaparecida, incluyendo sus restos. La sentencia comienza realizando una definición sobre la desaparición forzada de personas, la que se construye sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por las contribuciones de otros organismos internacionales de protección de los derechos humanos, que la han considerado como una violación grave. De manera extensa destaca la importancia del derecho a la verdad como un derecho que posee una doble titularidad de sujetos, la nación, y la víctima y sus familiares. Ese derecho a la verdad, según afirma la sentencia, implica el conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima, siendo que por su propia naturaleza, el derecho a la verdad es de carácter imprescriptible. La sentencia analiza el sentido de la positivización de los derechos, en el sentido que tratándose del derecho a la verdad, el mismo no aparece reconocido por la Constitución peruana, y directamente tampoco por los instrumentos internacionales (al menos en la forma interpretada por el Tribunal Constitucional), sin embargo, el principio común al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos, de la dignidad de la persona, la noción del Estado de derecho, y el sentido republicano del gobierno, son valores esenciales suficientes como para entender la existencia de un derecho como el derecho a la verdad con independencia de la positivización expresa. De esta manera, la sentencia reafirma el carácter abierto, *numerus apertus*, del elenco

## SISTEMA NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

de derechos humanos, y destaca que el derecho a la verdad es autónomo, es decir, posee existencia propia. En ese sentido reitera la importante utilidad del derecho a la protección judicial efectiva, como medio para hacer valer todos los derechos humanos, incluyendo el propio derecho a la verdad, identificando que en el caso específico de desapariciones forzadas de personas, la suerte de la persona desaparecida, y el derecho a la verdad, deben garantizarse mediante la acción de *habeas corpus*, de manera que se puedan dispensar mecanismos orientados, también, para que se conozca *inter alia* la suerte del desaparecido.

**Synopsis** *The Constitutional Tribunal of Peru delivered a judgment in a case involving forced disappearances, and specifically addressed the right to know the whereabouts of the disappeared, including their remains. The decision begins by offering a definition of forced disappearance, which is based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the contributions from other international human rights bodies, which have considered disappearances to be grave violations. The decision emphasizes the importance of the right to truth as a right with dual subjects - the State, as well as the victims and their respective families. This right to truth, according to the judgment, implies the knowledge of circumstances under which human rights violations were committed and in the case of death or disappearance, of the fate of the victim, being a right that, due to its very nature, is imprescriptible. The judgment analyzes the inclusion of rights, in the sense that the right to truth is not recognized in the Peruvian Constitution nor directly in international instruments (according the Constitutional Court's interpretation). Nevertheless, the common principles between constitutional law and international human rights law —dignity of the person, rule of law, and a republican government— are essential values in understanding the existence of a law such as the right to truth regardless of legal inclusion. The judgment reaffirms the open character, *numerus apertus*, of human rights while emphasizing that the right to truth is autonomous and thus, exists independently. Accordingly, the Court reiterated the importance of the right to effective judicial protection as it relates to all human rights, including the right to truth, by identifying that in the specific cases of forced disappearances, the fate of the disappeared and the right to truth must be guaranteed through a *habeas corpus* petition, so that mechanisms can be put in place in order to know, *inter alia*, the fate of the disappeared.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ-  
EXPEDIENTE 2488-2002-HC/TC  
18 DE MARZO DE 2004

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña María Emilia Villegas Namuche contra la sentencia de la Primera Sala Penal de Piura, de fojas 58, su fecha 13 de septiembre de 2002, que declaró fundada, en parte, la acción de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 2 de septiembre de 2002, interpone acción de *habeas corpus* a favor de su hermano, Genaro Villegas Namuche, por la violación de sus derechos a la vida, al debido proceso, a la legítima defensa y a la libertad individual. Solicita que se obligue al Estado peruano a devolver con vida a su hermano o informar dónde se encuentran sus restos mortales, y la anulación del proceso penal que se le siguió en el fuero militar, en el cual se le condenó, en ausencia, a cadena perpetua por delito de traición a la patria. Refiere que el beneficiario de la presente acción de garantía, estudiante de la Facultad de Ingeniería de Minas de la Universidad Nacional de Piura, el día 2 de octubre de 1992 salió a trabajar, y que nunca más se le volvió ver. Asimismo, afirma que al día siguiente, hombres armados y encapuchados, en número de veinte, bajaron de carros portatropa e ingresaron violentamente a su domicilio, forzando la puerta, en busca de material subversivo. Sostiene que ante estos hechos decidió acudir a la Prefectura para pedir garantías, las cuales le fueron negadas, y que los abogados que contrataba fueron progresivamente detenidos.

## SISTEMA NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El Séptimo Juzgado Penal de Piura, con fecha 4 de septiembre de 2003, declaró fundada la demanda, disponiendo la nulidad del proceso penal seguido contra el beneficiario en el fuero militar.

La recurrida confirmó la apelada e, integrándola, declaró inadmisibile el extremo en que se solicita la entrega con vida del beneficiario de la acción de garantía o se indique el lugar donde descansan sus restos, por considerar que no se ha acreditado fehacientemente su desaparición o ausencia, de conformidad con lo prescrito por los artículos 47 y 66 del Código Civil.

### FUNDAMENTOS

#### 1. *Delimitación de la materia controvertida*

1. De conformidad con el artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el recurso extraordinario procede sólo ante resoluciones denegatorias de las acciones de garantía; por tanto, al haberse declarado fundado el *habeas habeas* en segunda instancia, decretándose la nulidad del proceso seguido contra el beneficiario en el fuero militar, este Colegiado sólo se pronunciará sobre el extremo de la demanda que fue declarado inadmisibile, en el cual se solicita al Estado peruano devolver con vida a Genaro Villegas Namuche o informar dónde se hallan sus restos.

#### 2. *La desaparición forzada de personas*

2. Los hechos denunciados por la recurrente constituyen en doctrina la figura denominada desaparición forzada. Según la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas, ésta consiste en la

privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o 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.

3. La práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos fundamentales. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando, así, el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.4 y Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7.6). Asimismo, implica, generalmente, actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, por lo que también afecta el derecho a la integridad personal. De igual manera, esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos, y el posterior ocultamiento de sus cadáveres. Lo primero lesiona el derecho a la vida, mientras que lo segundo procura la impunidad del hecho. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de fondo, párrafo 155-157).

4. Aunque cuando se produjo la presunta detención del beneficiario no estaba vigente la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco el delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en nuestro Código Penal, tal situación no justifica de ninguna manera la comisión del delito, ni nos impide considerarlo como un grave atentado contra los derechos humanos, puesto que los derechos contra los que atenta este ilícito se encuentran protegidos por las Constituciones de 1979 y 1993, así como por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, como son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### 3. *La impunidad*

5. La ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces y constituyen graves violacio-

## SISTEMA NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

nes a los derechos humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos. La impunidad puede ser normativa, cuando un texto legal exime de pena a los criminales que han violado los derechos humanos; y también fáctica, cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia.

6. Según Naciones Unidas, la impunidad es

la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas [Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, E/CN.4/Sub.2/1977/20/ Rev.1., Definiciones. A].

Así, la impunidad es hoy considerada como:

1. Una situación que se opone al sentido comunitario de la justicia y provoca en el cuerpo social conmociones negativas: sentimientos de desánimo y desesperanza que afectan la vida de las personas en el plano cultural, político y económico.
2. Una violación de un conjunto de principios y normas del derecho internacional orientados a la promoción y protección de los derechos humanos.
3. Un factor que contribuye a la comisión de nuevos crímenes atroces, porque la falta de enjuiciamiento y de sanción adecuada para los responsables de los delitos cuya perpetración lesiona derechos básicos (*v. gr.* la vida, la integridad personal, la libertad individual y la seguridad) debilita la convicción común sobre la ilegalidad de sus conduc-



tas, le resta eficacia a las normas protectoras de esos bienes jurídicos y refuerza la comisión de sus comportamientos reprochables.

4. Un factor que tiende a generar más violencia, porque no sólo alienta la reiteración de los delitos, sino porque crea condiciones para que algunas víctimas busquen hacerse justicia por propia mano.
5. Un obstáculo para la paz, porque al amparar a los culpables siembra graves dudas sobre la justicia y la sinceridad del proceso desarrollado con miras a obtenerla [Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Seminario Internacional Verdad y Justicia en Procesos de Paz o Transición a la Democracia. Memorias, Bogotá, junio de 2003, pp. 15-17].

7. El gobierno, en cumplimiento del deber de adoptar las medidas más adecuadas para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos, dictó el Decreto Supremo Núm. 065-2001-PCM, que creó la Comisión de la Verdad, cuyo propósito no fue el de suplantarlo, sustituirlo o superponerse al Poder Judicial; antes bien, uno de sus objetivos fundamentales fue el de identificar los hechos y las responsabilidades de las violaciones de los derechos humanos, empeñándose, en lo posible, en tratar de determinar su real existencia y veracidad, y, complementariamente, en evitar la desaparición de pruebas vinculadas con tales hechos. Sus investigaciones, con loable criterio exhaustivo, han permitido conocer los sucesos acaecidos en nuestro país en estas últimas décadas, y contribuyen al imperativo de cumplir con la obligación internacional y constitucional de evitar la impunidad y restituir los derechos violados para conseguir la paz social y la reconciliación nacional.

#### 4. *Derecho a la verdad*

8. La nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal dere-

cho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.

9. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas. El derecho a la verdad no sólo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre, pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones.

Al respecto, similar y esclarecedor criterio tuvo el magistrado Manuel Aguirre Roca, en el Voto Singular emitido en la STC. Núm 013-96-AI/TC, sobre las Leyes de Amnistía núms. 26479 y 26492, estimando que no se agotan los efectos del derecho a la verdad.

10. Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adotar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las

disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

11. Tanto la legislación supranacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana, definen los derechos que las personas humanas deben gozar; asimismo, algunos textos constitucionales se han impuesto el reconocimiento de nuevos derechos, en particular los vinculados directamente con el principio de dignidad, y con el propósito de entronizarlos en su condición de auténticos derechos fundamentales. Es evidente que ellos son consecuencia de la existencia de nuevas necesidades y de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales; por ello, de cara a este nuevo y diverso contexto las Constituciones suelen habilitar una cláusula de “desarrollo de los derechos fundamentales”, cuyo propósito no sólo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, el de dotarlos con las mismas garantías de aquellos que sí las tienen expresamente.

12. Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3o., una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

13. Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

14. El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.

16. Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos.

17. Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país,

a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos.

18. De igual forma, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la verdad proviene de una exigencia derivada del principio de la forma republicana de gobierno. En efecto, la información sobre cómo se manejó la lucha antisubversiva en el país, así como de cómo se produjo la acción criminal de los terroristas, constituye un auténtico bien público o colectivo, y también contribuye con la realización plena de los principios de publicidad y transparencia en los que se funda el régimen republicano. Necesarios no sólo para conocer estos luctuosos hechos, sino también para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado.

19. En torno a ello, existe una obligación específica del Estado de investigar y de informar, que no sólo consiste en facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de hechos denunciados. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha señalado que la no investigación y sanción a los autores y cómplices de las desapariciones forzadas constituye una violación al deber estatal de respetar los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como al de garantizar su libre y pleno ejercicio (*Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia, párrafo 129).

Además, en el caso de violaciones de derechos humanos, el derecho de la víctima no se limita a obtener una reparación económica, sino que incluye el de que el Estado asuma la inves-

tigación de los hechos. Así lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Castillo Páez*, Reparaciones, párrafo 168, y *Loayza Tamayo*, Reparaciones, párrafo 175), dado que el pleno conocimiento de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación moral que el país necesita para su salud democrática.

20. De allí que para este Colegiado, si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso, sí es uno que forma parte de la tabla de las garantías de derechos constitucionales; por ende susceptible de protección plena a través de derechos constitucionales de la libertad, pero también a través de ordinarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues se funda en la dignidad del hombre, y en la obligación estatal concomitante de proteger los derechos fundamentales, cuya expresión cabal es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

##### 5. *Derecho a la tutela judicial efectiva*

21. No es posible garantizar el derecho a la verdad, ni ningún otro derecho, si no existe tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por nuestra Constitución en su artículo 139.3, cobra especial relevancia ante casos de violaciones de los derechos humanos, dada su naturaleza de medio de protección de los derechos y de contradictor de la impunidad.

Este sentido del derecho a la tutela judicial efectiva ya está previsto en el artículo 3o., literal “a”, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo”. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 25.1, que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

22. Este Colegiado considera que los derechos subjetivos precisan de mecanismos encargados de tutelarlos y de asegurar su plena vigencia. Así lo ha precisado la jurisprudencia de este Tribunal: [Exp. Núm. 1230-2002-HC]

A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

23. Asimismo, corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia.

#### 6. *El habeas corpus instructivo*

24. El *habeas corpus* es un proceso constitucional reconocido en el artículo 200.1 de la Constitución, que procede ante cualquier violación o amenaza de la libertad individual o derechos conexos. Ello puede suceder tanto respecto de derechos directamente conexos con el de la libertad, como respecto de derechos diferentes a la libertad, si su eventual lesión se genera, preci-

samente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual [Exp. Núm. 1429-2002-HC/TC].

En el caso de autos, estamos ante lo que doctrinariamente se ha definido como *habeas corpus* instructivo, en el cual, el juez constitucional “a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria, con base en el artículo 11 de la Ley 23506” [Landa Arroyo, César, *Teoría del derecho procesal constitucional*, p. 117]. Ésa deberá ser la labor que realice el juez del *habeas corpus* al llevar a cabo la investigación sumaria que dispone la Ley Núm. 23506, cuando se trate de un caso de desaparición forzada.

25. No obstante, dada la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, el que se tramita será poco eficaz para lograr la identificación de los responsables y la consiguiente ubicación de la víctima o sus restos, por lo que no se podrá dispensar en esta vía una tutela en los términos en los que se ha solicitado; sin embargo, sí cabe disponer que el o los órganos competentes inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la imperiosa información requerida.

#### *7. Procesos por desaparición forzada frente al principio de legalidad*

26. Finalmente, si bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos.

En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24,d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la *lex previa*, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de



naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito.

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

27. El Tribunal Constitucional, estima, por lo expuesto, que en el presente caso se ha violado el derecho a la verdad, reconocido en el artículo de 3o. de nuestra Constitución vigente.

### *Falla*

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autorización que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

Ha resuelto

1. Declarar fundado el *habeas corpus*, en el extremo materia del recurso.
2. Disponer que el Ministerio Público inicie la investigación correspondiente por la desaparición de Genaro Villegas Namuche.
3. Ordenar que el juez de Ejecución dé cuenta a este Tribunal, cada seis meses, sobre el estado de las investigaciones.  
Publíquese y notifíquese.

## EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y SU VINCULACIÓN AXIOLÓGICA CON LA CONSTITUCIÓN

**Sinopsis:** La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, con motivo de una inconstitucionalidad presentada contra la Ley Anti Maras, emite una sentencia en la que revisa y modifica varios de sus anteriores fallos en los que abordaba la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico salvadoreño. La Sala de lo Constitucional citada reconoce que el carácter humanista de la Constitución salvadoreña —expresado esencialmente en su Preámbulo—, y la norma constitucional sobre el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico —el artículo 144 de la Constitución—, se articulan jurídicamente para ofrecer un tratamiento diferente a las normas sobre derechos humanos provenientes del derecho internacional, debiendo reconocerse que no son contrarias con la Constitución aquellas normas internacionales que sean análogas o más amplias en su reconocimiento sobre los derechos humanos, pues la Constitución, en integración con los instrumentos internacionales de derechos humanos, forman un *corpus iuris* que orienta su vigencia hacia un mismo sustrato axiológico.

**Synopsis:** *The Constitutional Branch of the Supreme Court of Justice of El Salvador, in response to the constitutional challenge to the “Anti-Maras” Law, delivered a judgment which revised and modified several earlier decisions addressing the influence of international human rights law on the system of sources for Salvadoran legislation. The Constitutional Court acknowledged that the humanist character of the Salvadoran Constitution, as expressed explicitly in its preamble, and the constitutional norm addressing the system of legal sources in Salvadoran legislation*

*DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS*

*(article 144 of the Constitution), gives way to a different treatment regarding international human rights norms, recognising that international norms which are analogous or broader in their recognition of human rights are not contrary to the Constitution. Rather, the Constitution, along with the international human rights instruments, form a corpus iuris that directs their force toward a similar axiological base.*

SALA DE LO CONSTITUCIONAL  
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL  
SALVADOR - 1 DE ABRIL DE 2004

CASO INCONSTITUCIONALIDAD  
DE LA LEY ANTI MARAS\*  
SENTENCIA 52-2003/56-2003/57-2003

Los presentes procesos de inconstitucionalidad acumulados han sido promovidos... para que en sentencia definitiva este tribunal declare la inconstitucionalidad, por vicio en su contenido, de... la *Ley Anti Maras* (LAM),...

*Analizados los argumentos; y considerando:*

...V. Determinado el requisito de lesividad en la conducta a penalizar, corresponde ahora plasmar las implicaciones que el mismo produce sobre las consideraciones legales del autor de la conducta dañosa —principio de culpabilidad—.

...2. En otro orden, y como otra manifestación del principio de culpabilidad, el *subprincipio de imputación personal* impide penalizar al autor de un hecho antijurídico que no alcance determinadas condiciones psíquicas, que le permitan un acceso normal a la prohibición infringida. Es lo que sucede en el caso

\* Nota del Editor. En varios países de Centroamérica se conocen como “maras” a ciertas agrupaciones juveniles, extensas en su número, que realizan una demarcación de su territorio de influencias mediante grafitos, y que identifican a sus integrantes mediante tatuajes y lenguaje de señas gesticulado. En varias ocasiones se encuentran vinculados algunos de sus miembros en la realización de hechos delictivos. La aproximación más cercana a la idea de “mara” la ofrece la idea de “pandilla juvenil”.

de los *inimputables*, ya sea por ser menores de edad, ya por causa de enfermedad mental, defecto de inteligencia o percepción, o trastorno mental transitorio.

Este principio se apoya en la necesidad que el hecho punible “pertenezca” a su autor no sólo subjetiva y materialmente, sino que también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como obra de un ser *con suficientemente discernimiento*.

Tal situación se justifica además en el principio de igualdad, pues la exigencia de imputación personal como presupuesto de la punición de las conductas delictivas, obliga a diferenciar a las personas según su capacidad de discernimiento delictivo, es decir, *sería contrario a la igualdad pretender que se impongan penas a personas que no gozan de la misma capacidad de motivación normal, siendo que las mismas están previstas para quienes pueden ser motivados por la ley penal*; pues, frente al sujeto que dispone de una racionalidad que le hace normalmente accesible a la norma penal, es preferible el mecanismo de la motivación normativa y de la pena como respuesta a una infracción normalmente atribuible a su autor.

En esa línea, el [artículo] 35, [inciso] 2, [de la Constitución] prevé el tratamiento diferenciado de los menores en conflicto con la ley penal, en relación con el régimen aplicable a las personas mayores de edad. De tal mandato emanan para el Estado una serie de obligaciones jurídicas, específicamente sobre el establecimiento de normas de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para el juzgamiento y resocialización de los menores en conflicto con la ley penal.

Asimismo, en términos normativos, tal exigencia implica adoptar una regulación acorde con la dignidad humana de los menores, que fortalezca el respeto de sus derechos fundamentales, en el que además se tenga en cuenta *la distinta capacidad de comprender lo ilícito de su conducta*, razón suficiente para ser tratados de manera distinta a los adultos.

Ese tratamiento distinto, no significa únicamente una simple separación formal del régimen normativo general —Código Penal y Código Procesal Penal—, sino que implica una regula-

ción especial de la materia, es decir, la especialidad del tratamiento legislativo de los menores respecto de la legislación penal común se plantea, incluso, desde los aspectos sustanciales. Así, la doctrina de protección hacia los menores que se deduce del [artículo] 35, [inciso] 2, [de la Constitución], parte del supuesto del menor como sujeto de derechos —nunca un objeto del derecho—; en consecuencia, *los criterios ideológicos que deben inspirar el régimen penal de los menores, debe contener todas las garantías sustantivas y procesales establecidas en el programa penal de la Constitución, acoplándose a las características especiales que lo diferencien sustancialmente del proceso penal ordinario.*

3. Problema fundamental al tema es la definición jurídica de menor de edad, pues efectivamente en la Constitución no se establece, por una parte, hasta qué edad se considera a una persona como menor, y por otra, no se menciona una edad mínima antes de la cual se infiera que los menores no tienen capacidad para infringir las leyes penales, y por ende no se les exige responsabilidad sobre sus actos. De lo anterior, se deduce la obligación al legislador de cubrir esos espacios normativos con base en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y exigibilidad.

En esa línea, la Convención Sobre los Derechos de Niño —CSDN—, ratificada por [Decreto Legislativo] Núm. 487, del 27 de abril de 1990, publicado en el [*Diario Oficial*] Núm. 307, del 9 de mayo de 1990, prescribe en el [artículo] 1o. que se considerará niño toda persona menor de dieciocho años de edad. *Al integrar dicha disposición con los [artículos] 12, 35 [inciso] 2o. y 144, [inciso] 2, [de la Constitución], se tiene que el Estado está obligado a regular una normativa penal distinta para los menores de dieciocho años de edad, tanto en su penalidad como en su procesamiento. Asimismo, se deduce la obligación al legislador penal de establecer una edad mínima a partir de la cual pueda intervenir penalmente, excluyendo a los menores que no sobrepasen dicho límite —[artículos] 12 y 35, [inciso] 2, [de la Constitución] y 40 CSDN—.*

## DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS

La invocación de normativa internacional de derechos humanos en integración con las disposiciones constitucionales mencionadas —específicamente el [artículo] 144, [inciso] 2—, hace necesario que esta Sala retome la jurisprudencia emitida en cuanto al *parámetro de control* en el proceso de inconstitucionalidad. Así en sentencia del 26 de septiembre de 2000, pronunciada en el proceso de [inconstitucionalidad] 24-97, se ha establecido que el objeto del proceso de inconstitucionalidad radica en la *confrontación internormativa* que el peticionario plantea en su demanda y justifica con sus argumentos. Los extremos de tal cotejo o confrontación son: (i) la *normativa constitucional* que se propone como canon o parámetro; y (ii) la disposición o cuerpo normativo que se pretende invalidar.

Asimismo, se afirmó que,

si bien los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos —igual que otras disposiciones jurídicas que tienen una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución— pueden estimarse como un desarrollo de los alcances de los preceptos constitucionales, *ello no les convierte en parte integrante de la Ley Suprema*, con base en las siguientes razones: (i) la Constitución se ha atribuido a sí misma solamente, en el [artículo] 246 [inciso] 2, el rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, subordinando así, bajo su fuerza normativa, a tratados —[artículos] 145 y 149 [de la Constitución]—, leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas; (ii) según el Considerando I de la Ley de Procedimientos Constitucionales, los tres procesos regulados en ella tienen como finalidad común garantizar “la pureza de la constitucionalidad” —vale decir, la adecuación o conformidad a la Constitución—, de las disposiciones y actos concretos que se controlan por la jurisdicción constitucional.

Y es que, si bien existe una vinculación *material* entre la llamada “parte dogmática” de la Constitución y los *tratados internacionales sobre derechos humanos*, ello no equivale a una integración normativa entre ambos en una sola categoría constitucional. Y es que —se dijo—, los instrumentos internacionales no tienen rango constitucional, no forman un bloque de constitucionalidad con la ley suprema, razón por la cual, en

la referida sentencia, se afirmó que la configuración de una pretensión planteada en un proceso constitucional debe *fundamentarse jurídicamente en la Constitución* —en sus disposiciones expresas o en los valores y principios que se encuentran a su base—, pero ello no es óbice para que se puedan invocar los tratados como fundamento *complementario* de la pretensión.

Asimismo, en Sentencia del 14 de febrero de 1997, pronunciada en el proceso de [inconstitucionalidad] 15-96, se afirmó que si tratado y ley gozan del mismo rango jerárquico —[artículo] 144, [inciso] 1, [de la Constitución]—, la solución a un conflicto entre tales clases de normas no puede ser jurisdiccionalmente resuelto en abstracto, sino únicamente en un caso concreto sobre el que conozca cualquier tribunal, incluida esta Sala. Aún más, si no obstante se entendiera que la normativa internacional está posicionada en un rango jerárquico superior a la ley, el enfrentamiento entre tales normas no significaría *per se* una inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, *la no concordancia entre normas de distinto rango jerárquico no implica por sí una violación a la Constitución*.

Sin embargo, tal criterio jurisprudencial no debe entenderse de una manera tan unívoca; pues, *si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes* —[artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución]— *no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución*.

Es decir, la proposición de tratados internacionales sobre derechos humanos en la pretensión de inconstitucionalidad, bien puede efectuarse a título de violación a la Constitución, y no al tratado considerado aisladamente; en ese sentido, *investidos por la ley suprema de mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, los tratados no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias*. La trasgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución], ante la contradicción entre la ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos.



La pretensión de inconstitucionalidad, en estos casos, se ve condicionada al establecimiento de la violación a un tratado que desarrolle derechos humanos, pues es preciso tomar en cuenta que la misma Constitución confiere a los tratados internacionales de derechos humanos mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, estableciendo que *no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias* —[artículos] 1o. y 144, [inciso] 2—.

Así, el ordenamiento jurídico, como conjunto sistemático de disposiciones e instituciones jurídicas que se interrelacionan entre sí, incluye ciertos principios que lo dotan de estructura; pues, si se trata de un ordenamiento sistematizado, debe solventar las contradicciones y colmar las lagunas que pudieran concurrir dentro de sí; por tal razón, y con la finalidad de *ordenar* la posición de las distintas fuentes que conforman el sistema de fuentes *la Constitución establece los mecanismos pertinentes que coadyuvan a eliminar la existencia de antinomias*, es decir, situaciones de incompatibilidad o colisiones normativas, determinando el derecho aplicable.

Es la Constitución, por tanto, la que sirve de medida para la determinación de la validez y eficacia del derecho producido en los distintos ámbitos en que se ejercitan las potestades normativas; y es que, la misma es el origen primario del derecho vigente en el ordenamiento y define las líneas básicas sobre la producción jurídica; por lo que las diversas categorías normativas deben someterse formal y materialmente a sus preceptos.

En ese sentido, el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución] establece el régimen de respeto a un orden y sistema jurídico, donde la jerarquía de las normas y el establecimiento de un marco constitucional con su carácter fundamental y de regularidad jurídica suponen, por un lado, la *aplicación preferente* de los tratados internacionales con respecto al derecho interno infraconstitucional —ordenación de fuentes en sede aplicativa— al prescribir que en caso de conflicto entre una ley y un tratado internacional, prevalecerá este último; y, por otra parte, la resistencia del derecho internacional de derechos hu-

manos a verse modificado por la legislación secundaria —fuerza pasiva—, la cual opera en sede legislativa.

Ésta implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes prescritos por el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución].

Ahora bien, como se ha apuntado, la violación puede alegarse evidenciando una contradicción normativa al *derecho internacional de los derechos humanos*, y no a toda la gama de instrumentos jurídicos internacionales ajenos al sustrato ideológico que ampliamente comparten los primeros con la Constitución. Ésta —en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos— dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad.

En definitiva, el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución], conectado con la concepción personalista del Estado —[artículo] 1o. y Preámbulo—, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una *apertura normativa* hacia ellos.

Tal consideración, por tanto, solamente es aplicable a instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la llamada *parte dogmática* de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fructíferas directrices para una más expansiva y más humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Es decir, el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución], cobra virtualidad cuando una disposición infraconstitucional se en-

cuentre en oposición normativa con el [derecho internacional de los derechos humanos].

Y es que, los derechos fundamentales no sólo constituyen esferas de autonomía subjetiva inherentes a la calidad de persona, sino que, en cuanto concreciones de la dignidad humana y garantía de un *status* jurídico o libertad de un ámbito de existencia, son, al propio tiempo, elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo —marco de la convivencia humana—; por tanto, la consolidación constitucional de los derechos fundamentales de la persona, también incide en la estructuración del ordenamiento jurídico, con una clara intención expansiva e integradora para vigorizar la protección efectiva de la dignidad humana.

Por tanto, debe reconsiderarse el *status* interno del [derecho internacional de los derechos humanos], a partir del prisma *dignidad humana*, pues con ello se preconiza una apertura a la protección efectiva de ésta. De este modo, la integración normativa entre el derecho constitucional y el [derecho internacional de los derechos humanos —por la vía del [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución]— es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos.

Es decir, corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el [derecho internacional de los derechos humanos], en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente *no es de jerarquía*, sino de *compatibilidad*, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.

4. Entrando al análisis del caso concreto, se observa que el [artículo] 35, [inciso] 2, [de la Constitución], instauro un supuesto especial de igualdad por diferenciación, es decir, el constituyente, en razón de la diferencia natural que advierte en un sector de la población, determina que éste debe ser tratado, legal y procesalmente, de distinta manera.

Así, al establecer que la conducta de los menores que comentan delitos o faltas, estará sujeta a un régimen jurídico especial, vuelve evidente el propósito de diferenciar a éstos en relación con el régimen aplicable a los adultos; tal diferenciación se fundamenta en la nota calificativa del concepto *minoría de edad*, el que a pesar de ser una noción esencialmente jurídica, posee un fundamento fáctico, consistente en la circunstancia que concurre en la persona durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciándola de aquella otra en la que se logra la plenitud psíquica: la mayoría de edad.

El concepto mismo de minoría de edad supone ya una diferenciación, pues se es menor en comparación con la persona que ya es mayor de edad; y, en consecuencia, aquél supone una adjetivación comparativa que, al ser aprehendida por el derecho, determina una esfera jurídica regida por normas especiales.

Por ello, la distinción entre minoría y mayoría de edad viene a constituir una específica manifestación de la igualdad jurídica, entendida ésta como igualdad valorativa, ya que resulta relativizada de dos maneras: se trata, en primer lugar, de una desigualdad relacionada con igualdades fácticas parciales y, al mismo tiempo, de una desigualdad relacionada con determinados tratamientos o consecuencias jurídicas. Y es que, en realidad, la personalidad es siempre la misma, y si bien en la minoría de edad aquélla se presenta, con frecuencia, complemen-

tada con otra voluntad, ello no supone la desaparición de la personalidad, sino entraña su mantenimiento y reafirmación, sobre todo por el papel activo que le corresponde al Estado en la referente al desarrollo integral del menor, de conformidad al [inciso] 1 del [artículo] 35 [de la Constitución].

Atendiendo a la consagración constitucional de la exigencia de un régimen jurídico especial al que se somete la conducta antisocial de los menores, es necesario abordar la principal manifestación que dicho régimen debe adoptar. Con frecuencia, se suele entender que no deben existir diferencias sustanciales entre el sistema especial para menores con respecto al sistema penal para adultos, aludiendo que el rango distintivo que diferencia uno de otro, simplemente consiste en una legislación punitiva formalmente separada del régimen penal de adultos, es decir, la regulación en un cuerpo normativo distinto de la legislación penal común, pero sin tratamiento sustantivo y procesal que los diferencie.

Sin embargo, dado que la minoría de edad comprende un periodo de la existencia del ser humano que no es exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego y está en función directa del ordenamiento positivo que las regula, es evidente que *el constituyente ha establecido que la conducta antisocial de los menores esté sometida a un régimen especial, lo que no puede significar otra cosa que constitucionalmente está prohibido prescribir el mismo régimen sancionatorio para menores que para mayores de edad.*

Lo esencial en el marco regulatorio distinto al régimen penal de adultos es el *establecimiento de mayores garantías para el menor frente al poder punitivo del Estado, en relación con las garantías reconocidas para los primeros.* Lo que se traduce en que, en ningún caso, el menor quedará en desventaja frente al proceso penal de adultos, es decir, el menor tiene los mismos derechos que un adulto procesado penalmente, pero sobre esa base, las normas especiales sólo pueden ser entendidas como tales en la medida que sean más favorables y que, por tanto, provean concretamente mayores garantías al menor. Lo importante es advertir que, más allá de una regulación formal de de-

terminados aspectos, resulta que lo regulado en la ley especial deba constituir algo más favorable —un monto menor en la penalidad de los delitos y faltas, plazos procesales más cortos, instituciones especializadas en su reinserción social, etcétera—.

De la lectura del [artículo] 2o., [inciso] 3, LAM, aparece que el legislador secundario pretende sujetar a los menores de edad a las mismas disposiciones penales y procesales establecidas para los mayores de edad, quedando a la valoración judicial la implementación de dicha posibilidad. Al respecto, es de hacer notar que el [artículo] 35, [inciso] 2, [de la Constitución] no establece ningún tipo de excepción al tratamiento diferenciado, mientras que la CSDN excluye esa posibilidad tajantemente en su [artículo] 40; en ese sentido, al establecer que los menores de edad sean procesados en iguales circunstancias —procesales— que los adultos, se verifica la violación tanto al [artículo] 35, [inciso] 2, [de la Constitución] como al [artículo] 40, CSDN, que de manera refleja ignora el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución], el cual determina el valor y posición de los tratados que confluyen en los objetivos constitucionales o amplían el ámbito de protección y garantía conferido por la ley suprema —como es el caso de los tratados que pertenecen al [derecho internacional de los derechos humanos—.

Por tanto, debe declararse que *en el [artículo] 2o., [inciso] 3, LAM, existe la inconstitucionalidad alegada..., por violar los [artículos] 35, [inciso] 2, de la Constitución y, al estar en contradicción con el [artículo] 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contraviene el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución].*

APLICACIÓN DE LAS NORMAS  
Y JURISPRUDENCIA INTERAMERICANAS  
DE DERECHOS HUMANOS:  
EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA JURISDICCIÓN  
Y LA LIMITACIÓN DE LOS ALCANCES  
DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

**Sinopsis:** El Tribunal Constitucional de Bolivia en conocimiento de un recurso de amparo emite una sentencia mediante la cual se refiere al tema de los alcances de la jurisdicción militar. En un contexto de convulsión social ciertos oficiales y otros ciudadanos fueron imputados de delitos cometidos contra una mujer que prestaba servicios de enfermería, ante la jurisdicción penal ordinaria, la que es objetada en su competencia, y que termina traspasando el conocimiento del caso a la jurisdicción militar. Según la sentencia, una proyección de la unión del debido proceso con el derecho a la protección judicial en el marco del principio de unidad de la jurisdicción consiste en la prevalencia de la jurisdicción ordinaria sobre la jurisdicción especial, principalmente, la militar, donde los civiles no cuentan con las mismas garantías y condiciones que ofrece aquella, lo que genera un tratamiento diferenciado. El Tribunal Constitucional de Bolivia fundamenta la decisión, entre otras, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido que la jurisdicción militar debe circunscribirse únicamente para el juzgamiento de personal militar por la comisión de delitos o faltas que atenten contra los bienes jurídicos estrictamente militares.

**Synopsis:** *The Constitutional Tribunal of Bolivia issued a judgment addressing the scope of military jurisdiction in response to a case where several military officials and citizens were charged in criminal court with committing crimes against a woman working in an infirmary. Following a challenge regarding the criminal court's jurisdiction over the matter, the case was transferred*

#### APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA

*to military jurisdiction. However, according to the Constitutional Tribunal's judgment, the right to due process and the right to judicial protection, combined with the principle of jurisdictional unity, dictate the prevalence of ordinary jurisdiction over special jurisdiction, principally the military jurisdiction, where civilians do not have the same guarantees and conditions offered in the ordinary jurisdiction, which generates a differentiated treatment. Bolivia's Constitutional Tribunal based its decision, inter alia, in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, which has established that military jurisdiction should be confined to the judgement of military personnel for crimes or omissions committed against strictly juridical goods of a military nature.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA -  
SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0663/2004-R -  
EXPEDIENTE:2004-08468-17-RAC - 5 DE MAYO DE 2004

CASO VICENTE QUISPE DE COLQUE V. VOCALES  
DE LA SALA PENAL PRIMERA DE LA CORTE  
SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE LA PAZ

En revisión la Resolución 54/2004 del 16 de febrero de fs. 462 a 463, pronunciada por la Sala Civil Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, dentro del recurso de amparo constitucional interpuesto por Vicenta Quispe de Colque contra Ramiro Sánchez Morales y Ángel Aruquipa Chui, vocales de la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, alegando la vulneración de sus derechos a la igualdad, a la vida, a la seguridad, de petición, y al debido proceso reconocidos por los artículos 6o., 7.a) y h) y 16 de la Constitución Política del Estado (CPE).

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1 *Contenido del recurso*

I.1.1. *Hechos que motivan el recurso*

La recurrente en los escritos de fs. 5 a 9 vta. y 444 a 446 vta. presentados el de 5 y 10 de febrero de 2004, expresa que:

El 13 de febrero de 2003, cuando el país vivía una convulsión social, su hija (Ana Colque Quispe) que se encontraba cumpliendo prácticas de enfermería, acudió a socorrer a una víctima de impacto de bala, circunstancia en la que ella recibió otro

## *APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA*

disparo que le segó la vida. Iniciadas las investigaciones por parte de la Fiscalía, se constituyó en parte querellante y pidió que, cumplidas con las actuaciones de Ley, se impute la comisión del delito de asesinato en contra de todos aquellos que resultaren autores materiales, intelectuales, cómplices y encubridores de la muerte de su hija. A seis meses de los hechos el Ministerio Público dispuso la imputación formal contra dieciséis ciudadanos, entre ellos cuatro oficiales de Ejército por los delitos de homicidio, lesiones gravísimas y graves y daño calificado, quienes al conocer la determinación, presentaron excepción de incompetencia ante el juez de Instrucción Octavo en lo Penal (cautelar) y pidieron que se remitan los antecedentes ante el Tribunal de Justicia Militar.

Por Resolución 553/2003 del 30 de agosto, dictada en la audiencia de la misma fecha, el juez cautelar declaró improbadamente la excepción de incompetencia, apelada y elevados los antecedentes la Sala Penal Primera de la Corte Superior de Distrito, mediante Resolución 649/2003 del 2 de octubre, revocó la resolución apelada y dispuso la remisión de antecedentes ante la justicia militar, privándola de seguir un debido proceso penal para establecer y sancionar la muerte de su hija.

### *I.1.2. Derechos y garantías supuestamente vulnerados*

Indica los derechos a la igualdad, a la vida, a la seguridad, de petición, y al debido proceso reconocidos por los artículos 6o., 7.a) y h) y 16 de la CPE.

Señalando además los artículos 31, 32 y 34 de la referida CPE y artículos 2o., 3o., 11, 12, 42, 44, 45, 48, 67 y 68 del Código de Procedimiento Penal (CPP).

### *I.1.3. Autoridades recurridas y petitorio*

La recurrente interpone amparo constitucional contra Ramiro Sánchez Morales y Ángel Aruquipa Chui, vocales de la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, solicitando se declare procedente el recurso y que la imputación formal contra los oficiales del Ejército se tramite ante la

justicia ordinaria, debiendo inhibirse el Tribunal de Justicia Militar de cualquier acción instaurada contra los indicados militares y se remitan todos los elementos de prueba que vayan a coadyuvar la investigación penal ante los tribunales de justicia ordinaria.

### *I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de Amparo Constitucional*

Efectuada la audiencia pública el 16 de febrero de 2004, según consta en el acta de fs. 457 a 462, se producen los siguientes actuados:

#### *I.2.1 Ratificación y ampliación del recurso*

La recurrente a través de su abogada se ratifica en la demanda y agrega que: 1) se ha vulnerado el principio de igualdad toda vez que los recurridos no han considerado los artículos 6o. y 14 de la CPE, privilegiando a unos ciudadanos respecto de otros sólo por el hecho de contar con un Tribunal especial; 2) están dividiendo el proceso ordinario en dos procesos que no pueden coexistir independientemente vulnerando los artículos 6o., 7o. y 16 de la CPE; 3) han omitido la consideración del artículo 34 de la CPE que establece que los que vulneren derechos y garantías constitucionales quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria, el artículo 13 de la CPE que no exime de responsabilidad a quienes atentan contra la seguridad personal ni excusa el haberlos cometido por orden superior; 4) los han sometido a fueros especiales que vulneran su derecho a la legítima defensa, atentando contra el artículo 116 de la CPE que señala que los procesos deben ser gratuitos y públicos, lo que se les niega en la justicia militar.

#### *I.2.2 Informes de las autoridades recurridas*

Las autoridades recurridas, en su informe de fs. 455 a 456, señalan lo siguiente: 1) dentro de la investigación seguida por

## *APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA*

el Ministerio Público contra David Braulio Vargas Flores y otros, por los presuntos delitos de homicidio, sedición y otros, la Sala ha conocido en grado de apelación formulada por los militares imputados contra la resolución dictada por el juez Octavo de Instrucción en o Penal (cautelar) por el que declaraba improbadamente la excepción de incompetencia propuesta por aquéllos; 2) examinando los antecedentes, mediante Auto de Vista 649/2003 del 2 de octubre declara procedentes las cuestiones planteadas en el recurso y, en consecuencia revoca la resolución apelada 553/2003 del 30 de agosto; 3) los apelantes, militares del Regimiento Bolívar de Viacha, en la fundamentación del recurso, sostienen que el Ministerio Público al efectuar su imputación formal les ha reconocido su condición de militares y que salieron en un operativo de carácter eminentemente militar, bajo órdenes, en servicio de sus funciones específicas, en el momento de convulsión social, operación que estaba sujeta a las leyes militares y sus reglamentos por lo que si se trata de excesos o delitos tienen que ser sometidos a la jurisdicción militar; 5) el único proceso existente era el que se tramitaba por ante el Tribunal Permanente de Justicia Militar, dado que la imputación formal contra ellos recién es del 13 de agosto de 2003 por lo que no existían dos procesos simultáneos; 6) no hay duda sobre la jurisdicción aplicable por cuanto los mismos fiscales concluyen que la actuación de éstos ha sido en su condición de militares y en el marco de un operativo militar, por lo que se encuentran bajo el amparo de la aplicación del Código Penal Militar (CPM); 7) obrar en sentido contrario sería desconocer la vigencia y legitimidad de la jurisdicción militar y se estarían vulnerando los derechos y garantías constitucionales previstos en el artículo 14 de la CPE al pretender que los militares sean juzgados por jueces diferentes a los designados con anterioridad al conocimiento de la causa.

### *1.2.3 Resolución*

Concluida la audiencia el Tribunal de amparo pronuncia resolución que declara improcedente con los siguientes funda-

mentos: 1) la Constitución Política del Estado reconoce el funcionamiento y organización de las Fuerzas Armadas de la Nación que tiene como misión asegurar el imperio de la Constitución y garantizando la estabilidad del gobierno legalmente constituido, descansando su organización en su jerarquía y disciplina que ha dispuesto que los militares imputados pasen al Tribunal Permanente de Justicia Militar, donde están siendo procesados conforme a la Ley Orgánica de la Fuerzas Armadas y sus Reglamentos; 2) los cuatro militares se encontraban en servicio activo cuando ocurrieron los hechos luctuosos del mes de febrero de 2003; 3) la demanda ordinaria con base en la imputación formal realizada por el Ministerio Público data del 13 de agosto de 2003, es decir, con posterioridad al proceso militar que fue iniciado ante el Tribunal Permanente de Justicia Militar que fue el primero que aprehendió el conocimiento y obviamente adquirió competencia para juzgar los hechos denunciados; 4) no existe simultaneidad de procesos.

### *I.3 Trámite procesal en el Tribunal Constitucional*

Por requerir de mayor análisis y amplio estudio, con la permisón contenida en el artículo 39 de la Ley 1836 modificada por el artículo 2o. de la Ley 1979, mediante Acuerdo Jurisdiccional 63/2004 del 27 de abril, se amplió el plazo procesal hasta el 27 de mayo de 2004; consecuentemente la sentencia se pronuncia dentro del plazo legal.

## II. CONCLUSIONES

II.1 El 18 de agosto de 2003, mediante Resolución 67/03, Milton H. Mendoza Miranda y William E. Alave Laura, fiscales de Materia, imputan formalmente a José Enrique Costas Wanting, Grover Monroy Aliaga, Rafael Enrique Mendieta Vera, Yamil Edgar Edgar Rocabado Villegas, entre otros, por la presunta comisión de los delitos tipificados en los artículos 251 (homicidio), 279 y 271 (lesiones gravísimas y graves) y 358 (daño calificado) del Código Penal (CP) por lo que pide se fije

## *APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA*

día y hora para la imposición de medidas cautelares (fs. 69 a 79). El juez Octavo de Instrucción en lo Penal (juez cautelar) señala audiencia para el 25 de agosto de 2003 (fs. 81).

II.2 El 19 de agosto de 2003, José Enrique Costas Wanting, Grover Monroy Aliaga, Rafael Mendieta Vera, Yamil Edgar Rocabado Villegas, oponen excepción de incompetencia al juez cautelar y piden decline competencia ante la jurisdicción militar (fs. 94 - 95), en atención a la prueba preconstituída acompañada (fs. 83 - 84) que demuestra que se encuentran procesados en el Tribunal de Justicia Permanente de Justicia Militar por la presunta comisión de los delitos de homicidio, exceso y hostilidad a particulares donde prestaron sus declaraciones confesorias y se encuentran sometidos a juicio penal militar.

II.3 Conforme acredita la recurrente (fs. 259 y 441), solicitó en reiteradas oportunidades se le extiendan fotocopias legalizadas del proceso penal militar, solicitudes que le fueron denegadas (fs. 322 y 442), bajo el argumento de que el artículo 98 de la Ley de las Fuerzas Armadas de la Nación da a esa documentación el carácter de secreto inviolable.

II.4 El 21 de agosto de 2003, Vicenta Quispe de Colque (recurrente) se apersona ante el juez cautelar y se opone a las excepciones planteadas (fs. 102 y vta.); por su parte el Ministerio Público rechaza las excepciones planteadas (fs. 260 a 261).

II.5 En la audiencia para considerar la excepción de incompetencia (fs. 290 a 307), mediante Resolución 553/2003 del 30 de agosto, se la declara improcedente en virtud a los siguientes fundamentos: 1) haber tomado conocimiento del presente proceso a partir del 18 de febrero de 2003 cuando se dio conocimiento del inicio de las investigaciones; 2) el artículo 54.2 de la Ley 1970, le faculta emitir las resoluciones pertinentes durante la etapa preparatoria; 3) para que se pueda considerar cualquier excepción debe haber imputación, la que se hizo por el Ministerio Público por delitos comunes, encontrándose indicios para sostener que con probabilidad son autores de los hechos denunciados; 4) el certificado emitido por el Secretario de Cámara del Tribunal Permanente de Justicia Militar establece que el 7 de abril de 2003 se dispuso la organización del sumario

informativo y el Auto Final del Sumario se emitió el 12 de junio de 2003, después de varios meses que la jurisdicción ordinaria asumió el control de la investigación; 5) en el caso presente no hay sentencia con autoridad de cosa juzgada por lo que no se vulnera el principio *non bis in idem*; 6) el artículo 45 del CPP establece la indivisibilidad del juzgamiento, aspecto fundamental ya que de acuerdo con la imputación formal, existen involucrados militares, policías y civiles, por lo que no es posible que se sigan diferentes procesos por un mismo hecho; 7) el artículo 48 de la Ley 1970, establece que en caso de duda sobre la jurisdicción aplicable, por razones de concurrencia y conexitud entre la jurisdicción ordinaria y especial, corresponderá el conocimiento de los delitos a la ordinaria. En ningún caso los civiles serán sometidos a la jurisdicción militar (fs. 308 a 311).

II.6 José Enrique Costas Wanting, Grover Monroy Aliaga, Rafael Mendieta Vera, Yamil Edgar Edgar Rocabado Villegas, interponen recurso de apelación contra la resolución pronunciada por el juez cautelar (fs. 314 a 316 vta.); el Ministerio Público responde a la apelación interpuesta (fs. 318 a 320), al igual que Vicenta Quispe de Colque (fs. 323 a 324 vta.).

II.7 El 2 de octubre de 2003, la Sala Penal Primera de la Corte Superior de Distrito, mediante Resolución 649/2003 (fs. 340 - 341) declara procedentes las cuestiones planteadas por lo que revoca el auto interlocutorio del 30 de agosto de 2003 dictado por el juez Octavo de Instrucción en lo penal y dispone que todos los antecedentes referidos a los apelantes sean remitidos al Tribunal Permanente de Justicia Militar, con los siguientes fundamentos: 1) el artículo 209 de la CPE, dispone que las Fuerzas Armadas de la Nación están sujetas a las leyes y reglamentos militares, cuya jurisdicción y competencia en materia jurídica está en su legislación punitiva castrense, y su estructura está conformada por tres cuerpos de disposiciones legales; 2) el artículo 11 de la Ley de Organización Militar, entre otros referidos a su competencia y jurisdicción, señala los casos y delitos en que se abre la jurisdicción militar, entre los cuales menciona los cometidos en actos de servicio o con ocasión de él, 3) en los hechos acaecidos el 12 y 13 de febrero de 2003, la participación

#### APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA

de los elementos pertenecientes a las Fuerzas Armadas y los supuestos delitos se produjeron en ocasión de dichos actos de servicio, por lo que su tipificación corresponde a la codificación militar y por lo tanto a la jurisdicción y competencia militar; 4) el artículo 208 de la CPE señala a las Fuerzas Armadas el deber y misión fundamental, entre otras, de garantizar la estabilidad del gobierno legalmente constituido así como la seguridad y estabilidad de la República, que de acuerdo a la cronología de los hechos e informes de la autoridad competente estaban cumpliendo y ejecutando en dichos acontecimientos, lo que se vincula directamente con la legalidad y legitimidad de la acción penal militar que se sigue a los apelantes en los tribunales de justicia militar (*sic*).

#### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La recurrente considera que se han vulnerado sus derechos a la igualdad, a la vida, a la salud, a la petición y al debido proceso, por cuanto las autoridades recurridas al revocar la resolución del juez cautelar y declarar procedente la excepción de incompetencia planteada por los militares imputados a raíz de haber presuntamente cometido delitos comunes, han atentado contra el principio de igualdad pues no tomaron en cuenta los artículos 6o. y 14 de la CPE; dividen el juicio ordinario penal en dos procesos que no pueden coexistir independientemente, vulnerando así los artículos 6o., 7o. y 16 de la CPE; han omitido considerar el artículo 34 de la CPE relativo a que los que vulneren derechos y garantías constitucionales quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria y el artículo 13 de la CPE que no exime de responsabilidad a quienes atentan contra la seguridad personal ni excusa el haberlos cometido por orden superior. Finalmente que los han sometido a fueros especiales que vulneran su derecho a la legítima defensa, atentando contra el artículo 116.X de la CPE relativo a la gratuidad y publicidad de los procesos, que se les niega en la justicia militar.



Corresponde, por consiguiente, analizar en revisión si en este caso se dan los presupuestos que hagan viable otorgar la protección que brinda este recurso.

III.1 El artículo 19 de la CPE de acuerdo con las previsiones y alcances que tiene, ha sido instituido para resguardar los derechos fundamentales de las personas ante actos ilegales u omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que los restrinjan, supriman, o amenacen restringir o suprimir, siempre que no hubiera otro medio o recurso legal para la protección inmediata de esos derechos. En el presente caso, se impugna el Auto de Vista dictado por la Sala Penal Primera de la Corte Superior de La Paz mediante el cual —según se ha explicado— se revoca el auto interlocutorio del juez cautelar que había determinado la improcedencia de la excepción de incompetencia opuesta por los militares encausados a raíz de los sucesos del 13 de febrero de 2003.

III.2 Por los datos procesales relacionados, cabe señalar que el presente recurso tiene que ver principalmente con el derecho al debido proceso al que se refiere el artículo 16.IV de la CPE, artículo 8o. de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como el artículo 1o. del CPP. El precepto citado en primer término, juntamente con el artículo 1o. del CPP constituyen la normativa esencial del debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional al igual que el artículo 8o. de la Convención Americana de Derechos Humanos que “consagra los lineamientos generales del denominado debido proceso legal o derecho de defensa procesal”, el cual abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial, según lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En conexión con este artículo 8o., se tiene el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuyo texto establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención,

#### *APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA*

aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales”. En su sentido amplio debe interpretarse esta norma como la protección judicial que se brinda a las partes que se encuentran involucradas en el proceso de manera que les sean debidamente otorgadas las garantías y hacerlas efectivas dentro del proceso legal respectivo a fin de que sea real la protección judicial de los derechos fundamentales. Se menciona este articulado en virtud de que la Convención Americana de Derechos Humanos está ratificada por Bolivia mediante Ley 1430 del 11 de febrero de 1993 y a ella se remite el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 1o., 3o. y 5o., con lo cual queda establecido, en el marco de las disposiciones legales internas e internacionales, que es a través de la jurisdicción ordinaria penal donde cabe esa protección judicial, dispensada a las partes que han acudido a este ámbito jurisdiccional para resolver la controversia planteada entre el encausado y la víctima.

III.3 Concorre a la configuración del marco jurídico-constitucional antes descrito, el artículo 116.III de la CPE, que se refiere a la facultad de juzgar en la vía ordinaria como función inherente de los tribunales y jueces respectivos bajo el principio de unidad jurisdiccional en virtud del cual abarcan el conocimiento y resolución de los asuntos que por su naturaleza, características y circunstancias fácticas comunes no pueden ser juzgados separadamente. Este principio decisorio en la administración de justicia está expresado en la siguiente fórmula constitucional: “La facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional”. De esta forma, habrá de garantizarse a las partes, el debido proceso pues la aplicación de tal principio ha de permitir al juzgador ejercer sus facultades jurisdiccionales de manera indivisible, evitando una dispersión de procedimiento y de tribunales que, al ser contraria al principio de unidad jurisdiccional proclamado por la Constitución, haría ineficaz el debido proceso y, consiguientemente, la acción de la justicia. En el caso que se examina se

ha dado la situación de definir si tal principio, denunciado como vulnerado por la recurrente, debe tener su expresión práctica en la jurisdicción ordinaria penal.

III.4 Dentro del contexto descrito precedentemente se inserta, como una manera de garantizar el debido proceso, el artículo 48 del CPP, pues esa norma dispone: “En caso de duda sobre la jurisdicción aplicable, por razones de concurrencia o conexitud entre la jurisdicción especial y la ordinaria, corresponderá el conocimiento de los delitos a la ordinaria”. Esto en el entendido de que la autoridad de la jurisdicción ordinaria deberá actuar dentro del régimen penal garantista adoptado por el Código de Procedimiento Penal que entró en vigencia plena a partir del 31 de mayo de 2001 y que le permite aplicar el sistema acusatorio, reemplazando al inquisitivo, aparte de que debe garantizar la independencia e imparcialidad del juzgador.

III.5 Ahora bien, los hechos ocurridos el 13 de febrero de 2003 no se produjeron con las características que señala el artículo 208 de la CPE, invocado por las autoridades recurridas, precepto que dispone:

Las Fuerzas Armadas tienen por misión fundamental, defender y conservar la independencia nacional, la seguridad y estabilidad de la República y el honor y la soberanía nacionales; asegurar el imperio de la Constitución Política, garantizar la estabilidad del gobierno legalmente constituido y cooperar en el desarrollo integral del país.

Esta norma constitucional asigna a las Fuerzas Armadas responsabilidades emergentes de situaciones calificadas por dicho precepto, o sea: defensa de la independencia nacional cuando ella se encuentre en peligro ante agresión extranjera o comprometida por peligro interno; la seguridad y estabilidad de la República en el entendido de que debe mantener y garantizar la solidez de las instituciones republicanas como una forma de precautelar y preservar la soberanía del país; velar por la vigencia y aplicación de la Constitución y la estabilidad del gobierno legalmente constituido.

Los hechos ocurridos el 13 de febrero del pasado año, crearon situaciones de enfrentamiento que involucraron a las fuerzas

#### *APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA*

del orden: Policía y Ejército, a lo que debe sumarse un ambiente de agitación social y política que tuvo consecuencias para la vida y seguridad de las personas, como la producida en el caso relatado por la recurrente cuya hija Ana Colque falleció a consecuencia de disparos efectuados en circunstancias en que prestaba auxilio médico, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria penal, a cuya instancia ha acudido la recurrente, establecer la culpabilidad o inculpabilidad de los imputados, cuestión sobre la cual no le corresponde pronunciarse a este Tribunal ya que su finalidad es la de precautelar los derechos fundamentales que hubieran sido lesionados, prescindiendo de juicios valorativos sobre tales aspectos. También se ha lesionado el derecho de acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva que se encuentra consagrado por los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda vez que, dada la particularidad de la jurisdicción militar, la víctima no puede hacer valer sus derechos y pretensiones, pues no actúa como parte en el proceso que se sustancia en la jurisdicción militar.

III.6 De todo lo expuesto resulta que la Sala Penal Primera de la Corte Superior de La Paz al emitir su fallo que motiva la presente revisión, ha vulnerado las reglas del debido proceso establecidas por los artículos 16.IV, 116.III de la CPE.; 48, 5o. (primera parte) del CPP, y 8.1 de la Convención de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Asimismo, se ha lesionado el derecho a la igualdad reconocido por el artículo 6o. de la Constitución, y el derecho de acceso a la justicia que fue denegado a la recurrente, dentro del proceso militar, quien no fue escuchada ni tenía conocimiento del juicio que en dicha jurisdicción se había instaurado.

Conviene advertir, sobre el hecho señalado por el representante de las Fuerzas Armadas en cuanto la justicia militar hubiera tenido prevención en el conocimiento de la causa, que esta previsión de orden procesal no es aplicable al caso en virtud de que no se trata de órganos que tengan competencia en el mismo ámbito jurisdiccional, pues el uno lo hace en la jurisdic-

ción ordinaria y el otro en la jurisdicción militar. Aparte de ello, en la situación de darse la concurrencia de hechos que susciten duda sobre cuál de las jurisdicciones debe actuar, es el artículo 48 del CPP que la resuelve estableciendo que es aplicable la ordinaria, norma que se encuentra dentro de los alcances del principio de unidad jurisdiccional consagrado por el artículo 116.III de la CPE.

El tema ha sido motivo de pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Citamos lo pertinente de la sentencia del 16 de septiembre de 2000 emitida por dicho órgano internacional:

...en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra los bienes jurídicos propios del orden militar...

III.7 Es necesario, asimismo, reiterar que la jurisdicción ordinaria establecida por el artículo 116.III de la CPE deberá aplicarse, en el caso, dentro del contexto del debido proceso al que se refiere el punto III.2 de esta Sentencia, el cual “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, párrafo 28- Citado por Luis Alberto Huerta, investigador de la Comisión Andina de Juristas). De ahí que el recurso de amparo instituido por el artículo 19 constitucional adquiere significación suprainstitucional, tal como lo sostiene la doctrina, pues sus alcances y finalidad están dentro de un contexto internacional reafirmado por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, citado en el curso de esta Sentencia.

III.8 De lo ampliamente expuesto se concluye en que las autoridades judiciales recurridas al dictar la Resolución 649/2003

#### APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA

(fs.340, 2do. cuerpo del expediente), han vulnerado los derechos a la igualdad, al acceso a la justicia y al debido proceso, pues la revocatoria de la resolución dictada por el juez Octavo de Instrucción en lo Penal de La Paz ha lesionado tales derechos.

En consecuencia, el recurso planteado se encuentra dentro de las previsiones del artículo 19 de la CPE, por lo que el Tribunal de amparo al haber declarado improcedente el recurso no ha efectuado una adecuada compulsión de antecedentes ni ha dado correcta aplicación al citado precepto constitucional.

*Por tanto*

El Tribunal Constitucional en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los artículos 19.IV y 120.7a. de la CPE y artículos 7.8a. y 102.V de la Ley del Tribunal Constitucional, en revisión, resuelve:

1. *Revocar* la Resolución 54/2004 del 16 de febrero de fs. 462 a 463, pronunciada por la Sala Civil Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz.

2. *Declarar Procedente* el recurso interpuesto por la recurrente, disponiendo la anulación de obrados hasta el estado en que las autoridades judiciales recurridas dicten otra Resolución conforme a los fundamentos de esta Sentencia.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Constitucional*.

## IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE *LESA HUMANIDAD*

**Sinopsis:** La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina emite una sentencia mediante la cual aborda la temática de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. El imputado de la causa es condenado por su participación en homicidios, pero en el curso de las instancias procesales, es declarada prescrita la acción penal respecto del delito de asociación ilícita para delinquir. La Suprema Corte se encuentra con la necesidad de resolver si tal declaratoria de prescripción de la acción penal es congruente con el ordenamiento jurídico aplicable a la Argentina. En la construcción de su sentencia, la Suprema Corte inicia destacando que de conformidad con el derecho penal internacional, tanto por la vía del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la asociación para cometer algún delito de lesa humanidad es igualmente punible, llegando a considerarse que tal asociación es, al mismo tiempo, un delito de lesa humanidad. Luego de esa construcción jurisprudencial la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina se vio en la necesidad de analizar si sobre tal delito existe prescripción de la acción penal, o si por el contrario la misma es imprescriptible. Para ello se dirige a la revisión de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, cuya ratificación por el Estado argentino sucede con posterioridad a los hechos analizados, y concluye que esa circunstancia no obsta para reconocer que con anterioridad a los hechos del caso, la comunidad internacional había construido una regla consuetudinaria, del *ius cogens*, por el que reconocía tal imprescriptibilidad, de manera que la ratificación de la indicada Convención no es más que la cristalización de la norma de imprescriptibilidad ya establecida. De esta manera, concluye que la acción de asociación para cometer delitos de lesa humanidad es un delito de lesa humanidad imprescripti-

## IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA

ble. En adición a ello, la Suprema Corte de la Nación Argentina retoma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que la prescripción de la acción penal no puede operar válidamente para generar impunidad en los casos de violaciones a derechos humanos, y concluye que darle validez a las normas de prescripción en estos casos sería una violación de la obligación del Estado argentino de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención Americana.

***Synopsis:** Argentina's Supreme Court of Justice delivered a judgment which addressed the topic of the imprescriptibility of crimes against humanity. The accused was convicted for participating in homicides, but, in the course of the proceedings, the criminal action was prescribed with respect to the crime of illegal criminal association. The Supreme Court was faced with resolving whether the declaration of prescription of the criminal action regarding the second crime was congruent with Argentina's legislation. The Court emphasized that, in accordance with international criminal law, including the Rome Statute of the International Criminal Court and the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, association to commit any crime against humanity is equally punishable and is to be considered a crime against humanity in and of itself. Argentina's Supreme Court also analyzed whether said criminal action is imprescriptible. In this regard, the Court analyzed the Convention on the Imprescriptibility of Crimes of War and Against Humanity, which Argentina ratified after the facts of the case, and decided that, despite this, the international community had constructed a customary rule of law, or *ius cogens*, by which it recognized the imprescriptibility of said criminal action, and that the ratification of said Convention was no more than the crystallization of this rule of law. Thus, the Court concluded that the action of association to commit crimes against humanity is an imprescriptible crime against humanity. Furthermore, Argentina's Supreme Court considered the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, which states that the prescription of a criminal action cannot be made valid where it generates impunity in cases of human rights violations, and concluded that to give validity to norms of prescription in these cases would be a violation of the Argentinean State's obligation to guarantee human rights set out in the American Convention.*



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
ARGENTINA - 24 DE AGOSTO DE 2004

RECURSO DE HECHO EN LA CAUSA ARANCIBIA  
CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO S/ HOMICIDIO  
CALIFICADO Y ASOCIACIÓN ILÍCITA Y OTROS

*Considerando*

1) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Núm. 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el [artículo] 210 bis, [incisos] *a, b, d, f y h*, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni ([artículo] 80, [incisos] 2 y 4 del Código Penal, según ley 20.642).

2) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple, sobreseyendo a Arancibia Clavel por este hecho.

Contra dicha decisión, la querrela —en representación del gobierno de Chile— interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional —DINA exterior—, dependiente del gobierno *de*

#### IMPREScriptIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA

*facto* de Chile), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etcétera. Dentro de la organización, Arancibia Clavel, tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descrita, el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querellante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el artículo 210 bis, Código Penal, en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (diez o más miembros, organización militar, disposición de armas de guerra o explosivos, uno o más miembros oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, apoyo de funcionarios públicos), cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la de vigencia al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el artículo 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión 21.338):

Se impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de

#### RECURSO DE HECHO EN LA CAUSA ARANCIBIA

ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células”, que, por aplicación de la ley más benigna (artículo 2o., Código Penal) quedaba desplazado por el actual artículo 210 bis.

5) Que, en contra de ello, la Cámara de Casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, “jamás pudo contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”, en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del artículo 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (artículo 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del artículo 210, por ser “la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento”. Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. artículos 59, inciso 3, 62, inciso 2, 63, 67 párrafo 4 y 210 del Código Penal).

6) Que con relación a este último punto el *a quo* rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta —afirmó— de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los “crímenes de lesa humanidad” que definió como

...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos,

#### IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA

raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...

En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y “habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...”.

7) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del artículo 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el *a quo* realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente en el artículo 210 bis del Código Penal de la Nación, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común, ajenos a la vía del artículo 14 de la ley 48. Por otra parte, y en cuanto al planteo de la arbitraria interpretación de la ley penal efectuada por el *a quo*, cabe destacar que tal arbitrariedad no se vislumbra en la sentencia impugnada, toda vez que la Cámara de Casación efectuó un análisis correcto de las exigencias del tipo penal aplicable, y por demás fundado, con lo que el agravio del recurrente, en este sentido, sólo se limita a fundar su discrepancia con el criterio adoptado.

9) Que si bien el agravio relativo a la imprescriptibilidad de las conductas imputadas a Arancibia Clavel, por su calidad de crímenes de lesa humanidad, fue introducido por la querrela ante la Cámara de Casación y no fue mantenido explícitamente en esta instancia, corresponde que sea tratado por la Corte toda vez que la prescripción de la acción penal constituye una cuestión de orden público y la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano. Asimismo, cabe señalar que como la sentencia impugnada ha tratado este tema que

configura una cuestión federal, resulta inoficioso todo examen respecto de la forma y oportunidad de su introducción y mantenimiento en el proceso (Fallos: 306:1047).

10) Que la apreciación de la Cámara de Casación relativa a que la conducta de Arancibia Clavel de tomar parte en la asociación ilícita que integraba “de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los “crímenes de lesa humanidad»” no puede compartirse. Se pretende dar sustento a tal afirmación en la circunstancia de que el objeto de la sentencia apelada no incluye los delitos que pudieran haber cometido los miembros de la banda —ni siquiera el homicidio de Prats y su esposa, objeto de otro recurso—, sino tan solo la imputación por el [artículo] 210, Código Penal, hecho que no estaría comprendido en ninguna de las definiciones de delitos de lesa humanidad que transcribe, y a las que califica, además, de “inseguras”.

11) Que, estrictamente, y a partir de las propias definiciones utilizadas por el *a quo* correspondía calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos —sobre cuyo carácter no caben dudas— con la aquiescencia de funcionarios estatales. En efecto, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma que en la resolución apelada cita sólo en su [artículo] 7o., queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos. Así, no sólo quedan incluidas las formas “tradicionales” de participación ([artículo] 25, [inciso] 3, [apartados] *a*, *b* y *c*), sino que expresamente menciona el contribuir “de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común” ([artículo] 25, [inciso] 3, [apartado] *d*, cuando dicha contribución es efectuada “con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte” ([apartado] *d*, supuesto *i*).

12) Que, por otro lado, si lo que estaba en discusión era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la co-

#### *IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA*

misión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” ([confrontar] ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.

13) Que en este sentido no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros.

Así, por ejemplo lo estatuyen los [artículos] 2o., y 3o. [inciso] *b* de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la “asociación para cometer genocidio”.

De igual forma, se ha dicho que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar”, y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos “ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad” ([confrontar] Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C, Núm. 4; luego reiterado en el Caso Godinez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, Núm. 5; y recientemente en el Caso Blake, Sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C, Núm. 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, [confrontar] Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del dere-

cho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a

que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra. (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948) (Dictamen del señor procurador general en la causa M.960.XXXVII “Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación”, Sentencia del 15 de abril de 2004).

Por otra parte el [artículo] 7.1, [inciso] *h*, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, considera como crimen de lesa humanidad la

Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte...

Finalmente, luego de definir los crímenes imprescriptibles, el [artículo] II de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, dispone

Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que

#### *IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA*

participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

14) Que del plexo normativo internacional transcripto se desprende que dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad, también se incluye el formar parte de una organización destinada a cometerlos, con conocimiento de ello.

15) Que Arancibia Clavel fue condenado por el delito de asociación ilícita, toda vez que el tribunal de juicio dio por probado que el incuso formaba parte de un grupo destinado a perseguir reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen dictatorial instaurado en la República de Chile, a partir de septiembre de 1973 (DINA exterior), que operaba dentro del territorio nacional, y abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas, tormentos, falsificación de documentos, disposición de armas y explosivos, entre otros; asumiendo como función el encausado, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una “red de informantes” y “contactos” con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad.

16) Que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos—entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución—, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el [artículo] 118 de la Constitución Nacional.

17) Que en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad.

18) Que definida la asociación ilícita para perpetrar hechos considerados delitos de lesa humanidad, también pasa a ser un



delito contra la humanidad, resta por verificar si la acción penal se encuentra prescrita o no.

19) Que el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado.

El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes *ex post facto*, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso “Mirás” (Fallos: 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: “el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de «ley penal», desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva”.

20) Que el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda —de la acción o de la pena—, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico-aneecdótico. En definitiva escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados.

21) Que la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma.

En este sentido se ha dicho que “Tanto los «crímenes contra la humanidad» como los tradicionalmente denominados «crímenes de guerra» son delitos contra el “«derecho de gentes» que

#### IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA

la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar” (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor).

22) Que en razón de que la aprobación de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege*.

23) Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheimnis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo.

Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza.

24) Que el caso que nos ocupa no escapa a estas consideraciones ya que quedó demostrado que Arancibia Clavel formaba parte de una asociación denominada DINA exterior, que dependía directamente de la Dirección de Inteligencia Nacional del Estado chileno, y operaba en el territorio de la República argentina. Es decir, que pertenecía a una agencia ejecutiva que operaba al margen del control jurisdiccional y del control del poder punitivo, no sólo dentro de las fronteras del Estado chileno, sino también fuera de él.

25) Que la doctrina de la Corte señalada en el precedente “Mirás” (Fallos: 287:76), se mantuvo inalterada a lo largo del tiempo y continúa vigente para la interpretación del instituto de la prescripción de la acción penal para el derecho interno, pero fue modificada con respecto a la normativa internacional en el precedente “Priebke” (Fallos: 318: 2148), en el cual el gobierno italiano requirió la extradición de Erich Priebke para su juzgamiento por hechos calificables por tratados internacionales como “genocidio” y “crímenes de guerra”, pero respecto de los cuales, desde la perspectiva del derecho interno, la acción penal se encontraba prescripta. A pesar de ello, esta Corte hizo lugar a la extradición, por entender que, conforme la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal.

26) Que el Preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue la “grave preocupación en la opinión pública mundial” suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, “pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”. A ello se agrega el texto del [artículo] IV, de conformidad con el cual los Estados Partes

se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida.

Tales formulaciones, si bien no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la Convención, indican la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad.

#### IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA

27) Que la Convención citada constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la Segunda Guerra Mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes.

28) Que esta Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

29) Que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial “es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal” (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor).

Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la Convención al derecho interno.

30) Que las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, “por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa”; y además, “la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del *ius cogens*. En la mayoría de los

*RECURSO DE HECHO EN LA CAUSA ARANCIBIA*

casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada” (Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert).

31) Que al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (Conf. Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes).

32) Que de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado nacional como parte de la comunidad internacional.

33) Que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década de los sesenta, a la cual adhería el Estado argentino.

34) Que comprendido entonces que para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, como fuera expresado en el precedente publicado en Fallos: 318: 2148.

35) Que este criterio ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos... las menciona-

### *IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA*

das leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú... ([confrontar] [Corte Interamericana de Derechos Humanos], caso “Barrios Altos”, Sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, Núm. 75).

36) Que en virtud del precedente mencionado, tomando en cuenta que el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía:

en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención ([Corte Interamericana de Derechos Humanos], caso “Velázquez Rodríguez”, Sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, Serie C, Núm. 4).

A partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción consti-

tuye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional ([confrontar] [Corte Interamericana de Derechos Humanos], caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C, Núm. 75; caso “Trujillo Oroza vs. Bolivia” - Reparaciones, Sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, Serie C, Núm. 92; caso “Benavides Cevallos” - cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6 y 7).

37) Que en virtud de las consideraciones realizadas corresponde declarar que el hecho que diera lugar a la condena de Arancibia Clavel por el delito de asociación ilícita, reviste la calidad de crimen contra la humanidad y, por lo tanto, resulta imprescriptible.

38) Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el [artículo] 62, [inciso] 2, en función del [artículo] 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (leyes 24.584 y 25.778).

Por ello, oído el señor procurador general, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase.

IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS  
INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS  
HUMANOS EN LA TOMA DE DECISIONES POR LAS  
AUTORIDADES INTERNAS: LOS CASOS DE PENA DE  
MUERTE OBLIGATORIA

**Sinopsis:** La Suprema Corte de Justicia de Barbados emite una sentencia por medio de la cual aborda la temática de la aplicabilidad automática de la pena de muerte. La sentencia se refiere al rol de los organismos internacionales de derechos humanos en la protección de la persona, y de la necesaria actitud del Estado de permitir que tales organismos desarrollen su labor de manera adecuada y efectiva. En ese sentido la sentencia destaca que una persona condenada a la pena de muerte en Barbados, no sólo cuenta con las posibilidades de apelar judicialmente, sino también de solicitar misericordia o perdón ante las autoridades gubernativas; que éstas deben observar en la toma de decisiones, procedimientos adecuados y justos, sujetos al control judicial; en ese sentido, las decisiones que se adopten por las máximas instancias constitucionales en un caso relacionado con la solicitud de misericordia o perdón, tienen que ser adoptadas de manera expedita, so pena de estimar que la duración excesiva no atribuible a los condenados es una pena inhumana. La sentencia releva la importancia del sistema interamericano de derechos humanos, y la consideración que debe hacerse de sus decisiones, principalmente en un caso de tanta sensibilidad como es la pena de muerte.

**Synopsis:** *The Supreme Court of Justice of Barbados delivered a judgment by which it dealt with the issue of mandatory death penalty. This judgment addresses the role of international human rights organizations regarding the protection of the person, and the necessary attitude of the State in allowing that such organizations perform their work in an adequate and effective manner.*



#### IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

*The judgment highlights that a person sentenced to death in Barbados, not only has the possibility to appeal before a higher court, but also to ask for mercy or pardon before executive authorities, which must, in turn, make their decisions pursuant to adequate and fair procedures that are subject to further judicial review. Those decisions adopted by the higher constitutional authorities regarding a request for mercy or pardon must be adopted promptly, bearing in mind that excessive time in prison can be considered to be inhuman punishment. The judgment highlights the importance of the Inter-American System of Human Rights and the consideration that is due to its decisions, particularly to a sensitive topic such as the death penalty.*

SUPREME COURT OF JUDICATURE COURT OF APPEAL  
OF BARBADOS - CIVIL APPEAL NO 29 OF 2004-  
MARCH 2, 4 Y 11 AND MAY 31, 2005

JEFFREY JOSEPH AND LENNOX RICARDO BOYCE  
(APPELLANTS) V. ATTORNEY-GENERAL,  
SUPERINTENDENT  
OF PRISONS AND CHIEF MARSHAL (RESPONDENTS)

*Before:* The Honourable Colin A. Williams, The Honourable  
Frederick L.A. Waterman and The Honourable Peter D.H. Wi-  
lliams, Justices of Appeal

I. INTRODUCTION

[1] This appeal raises two main issues: first, whether it is a breach of the appellants' constitutional rights to carry out the death sentence for murder prior to receiving final reports from human rights bodies and those reports being considered by the Privy Council of Barbados ("BPC"); secondly, whether the BPC, in deciding on its advice to the Governor-General on the exercise of the prerogative of mercy, complied with the rules of fairness and of natural justice. These and the other issues raised in the proceedings are of high constitutional importance to the fundamental rights and freedoms of the individual and, in the case of the appellants, are determinative of their right to life.

[2] The appellants, Jeffrey Joseph ("Joseph") and Lennox Ricardo Boyce ("Boyce"), were convicted of the murder of Marquille Hippolyte on 2 February 2001, and sentenced to death by *Payne J* as he was mandated to do by statute. This Court dismissed their appeals against conviction and sentence on 27 March 2002. Death warrants were read to them on 26 June

## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

2002, notifying them of their impending executions, which were scheduled for 2 July 2002. On 27 June 2002, the appellants filed originating motions in the High Court to stay their executions pending the hearing of their appeals to the Judicial Committee of the Privy Council (“JCPC”) on the ground that the mandatory death penalty was unconstitutional. On 25 July 2002, the appellants petitioned the JCPC for special leave to appeal and their appeals were heard and dismissed on 7 July 2004. Thereafter, death warrants were read to the appellants for the second time on 15 September 2004, notifying them of the new date for their executions, 21 September 2004. On 16 September 2004, the appellants filed originating motions in the High Court to stay their executions pending their petition to the Inter-American Commission on Human Rights (“IACHR”) and to determine their rights under the Constitution. The 2002 motions were consolidated and heard with the 2004 motions. On 22 December 2004, *Greenidge J* dismissed the motions. It is from his decision that the appellants have appealed.

## II. BACKGROUND

[3] Marquelle Hippolyte was brutally beaten with pieces of wood by four assailants on 10 April 1999, and sustained serious injuries from which he died five days later on 15 April. Included in the many fractures and other injuries sustained by Hippolyte was a fracture of the left parietal region of the skull. A diagnosis of traumatic brain injury was made. Surgery was performed, but he did not recover. At the time of his death he was 22 years old. The enormity of this crime cannot be overlooked.

[4] Romaine Curtis Bend and Rodney Ricardo Murray were also charged with the murder of Hippolyte. The events leading up to the death of Hippolyte arose out of an altercation between Hippolyte and Murray at the place where they worked. The evidence was that the four accused pursued and attacked Hippolyte while he was playing basketball near his home. At the beginning of the trial of the four, the Crown accepted pleas

from Bend and Murray on the lesser charge of manslaughter and *Payne J* sentenced them both to 12 years' imprisonment. However, Joseph and Boyce rejected the prosecution's offer to accept a plea of guilty of manslaughter because, according to their affidavits, they claimed that the evidence against Bend and Murray was stronger than the evidence against them. We should add that the attorneys-at-law who now appear for Joseph and Boyce did not represent them at their trial.

[5] After this Court dismissed the appeals on 27 March 2002, Mr. Andrew Pilgrim, attorney-at-law, on the following day, 28 March, prepared and had signed the necessary documents indicating Joseph's intention to petition for special leave to appeal to the JCPC *in forma pauperis*. Mr. Pilgrim by letter dated 2 April 2002, informed the BPC that arrangements were being made to apply for special leave to appeal and formal notice of the petition was served on the BPC on 5 April 2002. The letter requested that Joseph should not be executed until he had exhausted his right of appeal. The letter further stated that if it was the intention of the BPC to consider whether the sentence should be commuted, all documentation and information should be made available to Joseph so that his instructions on the same could be taken.

[6] A notice dated 6 April 2002 from the BPC was sent to Joseph informing him that a meeting of the BPC would be held to advise the Governor-General as to the exercise by him of his powers under section 78 of the Constitution in relation to the prerogative of mercy. He was invited to submit, within 21 days of receipt of the notice, representations in writing for the exercise of mercy in his favour. He was informed that those representations may be made by him or on his behalf by a friend or an attorney-at-law. On 16 April 2002, the BPC forwarded copies of the following documents to Mr. Pilgrim: (1) Report of the Trial Judge, (2) Court of Appeal Decision, (3) Record of Criminal Appeals, (4) Report of the Superintendent of Prisons, (5) Report of the Medical Officer of the Prison, (6) Report of the Chaplain of the Prison and (7) Antecedent History from the Commissioner of Police. A further letter dated 4 June 2002

from the BPC to Mr. Pilgrim drew his attention to the notice dated 6 April 2002 and that no written representations had been made on behalf of Joseph.

[7] On 16 April 2002, Boyce was also given notice of his right to make written representations and provided with the documents referred to in the preceding paragraph. On 16 April 2002, Mr. Alair Shepherd Q.C., on behalf of Boyce, prepared similar documents to those of Joseph, indicating Boyce's intention to petition for special leave to the JCPC *in forma pauperis* and notice thereof was served on the BPC on 17 April 2002. Mr. Shepherd addressed to the BPC similar correspondence to that of Mr. Pilgrim. By letter dated 3 May 2002, he requested that the BPC make no decision on execution prior to Boyce exhausting his domestic remedies and being afforded the opportunity to petition human rights bodies. However, he did not object to a preliminary decision being made, provided that decision was to commute the sentence. The appellants' London solicitors advised that they had until 26 July 2002, to file an application for special leave to appeal and the BPC was made aware of this date. On 3 June 2002, the BPC wrote to Mr. Shepherd in similar terms to the letter of 4 June to Mr. Pilgrim. There was no response to the letters. The Clerk of the BPC informed the appellants' attorneys-at-law that the BPC would be meeting on 24 June 2002, to advise the Governor-General as to the exercise of the prerogative of mercy. No representations were submitted by the appellants nor were any submitted by their attorneys-at-law on their behalf. The BPC advised the Governor-General against commuting the sentences and death warrants were read to the appellants.

[8] On 27 June 2002, pursuant to section 24 of the Constitution, originating motions were filed on behalf of the appellants requesting a stay of their executions pending the hearing and determination of their appeals to the JCPC or until further order. The motions were supported by affidavits of the appellants, which outlined the facts. On 28 June 2002, *Colin Williams CJ (Acting)* made an order that the executions be stayed for 28 days pending the filing of the applications for leave to

appeal to the JCPC. There was no stay of the executions after the said 28 days and no further action was taken on the originating motions.

[9] The appeal to the JCPC was against sentence. The sole ground of appeal was that the judge wrongly thought that the sentence of death was mandatory: *Boyce v. R.* [2004] 3 WLR 786 at page 790F (“*Boyce and Joseph*”). On 10 December 2003, the hearing of the appeal to determine whether the mandatory death penalty was compatible with the appellants’ right not to be subjected to inhuman or degrading punishment, as provided by section 15(1) of the Constitution, was adjourned to be re-argued before an enlarged Board of nine judges together with cases from Jamaica (*Watson*) and Trinidad and Tobago (*Matthew*), to arrive at a definitive ruling on the interrelationship of constitutional savings clauses and powers of modification, as stated at page 789B of *Boyce and Joseph*. On 7 July 2004, the JCPC held in *Boyce and Joseph* by a majority of one, that as the law decreeing the mandatory death penalty for murder was in force when the Constitution came into effect, it was an “existing law” for the purposes of the savings clause in section 26 of the Constitution and therefore could not be held to be inconsistent with or in contravention of section 15(1). *Lord Hoffmann* concluded the position at page 790 as follows:

6 The result is that although the existence of the mandatory death penalty will not be consistent with a current interpretation of section 15(1), it is prevented by section 26 from being unconstitutional. It will likewise not be consistent with the current interpretation of various human rights treaties to which Barbados is a party.

[10] On 9 July 2004, London solicitors acting for the appellants advised the Government’s London solicitors that the appellants intended to file an application to the IACHR and requested that the executions be stayed until that application was heard. By letter dated 29 July 2004, Mr. Shepherd informed the BPC that the appellants were applying to the IACHR for consideration of their cases and that in the circumstances it would be premature for the BPC to convene. The letter reques-

### IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

ted that, before any final decision was taken in respect of the appellants' death sentences, they be given "proper notice, disclosure and an opportunity to make informed representations". The Clerk of the BPC by letter dated 5 August 2004, replied indicating "that it would appear that the *Pratt and Morgan* case sets out clearly the procedure to be adopted in cases such as those, where the BPC has been convened and taken a decision soon after the matter has been dealt with by the Barbados Court of Appeal". On 3 September 2004, the application to the IACHR was filed on behalf of the appellants by London solicitors. Mr. Shepherd by letter dated 4 September 2004, informed the BPC of the filing of the applications. Nevertheless, on 13 September the BPC met to consider the Order in Council of the JCPC and advised the Governor-General that a date for execution should be fixed for the second time. On 15 September, the BPC informed Mr. Shepherd that warrants had been issued to the appellants for their executions.

[11] On 16 September 2004, the appellants filed originating motions for relief, pursuant to section 24 of the Constitution, including a stay of the executions pending the hearing and determination of their applications to the IACHR. On 17 September 2004, *Payne J* ordered that the executions be stayed pending the determination of the motions, which were to be heard between 29 September and 5 October 2004. However, on 5 October 2004 *Payne J* ordered a further stay until the determination of the motions. The respondents filed affidavits in reply to the Clerk of the BPC, the Superintendent of Prisons and a Foreign Affairs Officer. The hearing did not take place until 11 October and concluded on 15 November 2004.

### III. THE HIGH COURT DECISION

[12] The judgment of *Greenidge J* sets out the background and facts, the applications, and the questions raised by the applications. The trial judge considered the following questions: (i) whether the appellants were entitled to a stay of execution pending the determination of their applications to the IACHR;

(ii) whether they were entitled to be heard before the BPC to urge a commutation of their death sentence; (iii) whether they were entitled to receive notice that the BPC intended to meet again after dismissal of their appeal by the JCPC and before the decision of the IACHR had been received; (iv) whether they were entitled to have counsel funded at public expense to appear before the BPC; and (v) whether there was any breach of the appellants' alleged constitutional rights entitling them to the relief of commutation of their death sentences.

[13] The judge held that he was "not satisfied that the BPC must wait until whenever (if ever) the IACHR reached its decision"; that the appellants had "chosen not to send written representations asking instead for the right to be heard, (but) they never had such a right"; that "the BPC met again only after the exhaustion of the applicants' domestic appeals in September 2004 ... it has acted in conformity with the Constitution"; that "there was no right to public funding"; and that the appellants were not entitled to the relief claimed.

[14] The judge granted a continuation of the stay of execution for six weeks from 22 December 2004 pending the filing of an appeal. On 18 January 2005, this Court ordered that execution of the death sentence pronounced against the appellants be stayed until the appeal is heard and decided or until further order.

#### IV. GROUNDS OF APPEAL AND RELIEF SOUGHT

[15] On 29 December 2004, Joseph and Boyce appealed from the decision of *Greenidge J* seeking an order that it be reversed and that they be granted the declarations and orders sought in the originating notices of motion. The grounds of appeal filed are summarised as follows:

*1. The judge erred in law in that he:*

1.1. Incorrectly construed the effects of section 11 (fundamental rights and freedoms of the individual), and/or section



## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

12 (protection of right to life), and/or section 13 (protection of right to personal liberty), and/or section 15 (protection from inhuman or degrading punishment or other treatment), and/or section 18 (provisions to secure protection of law), of the Constitution in relation to the appellants.

1.2. Wrongly held that the reading of the warrants when the appellants had indicated their intention to appeal to the JCPC, did not infringe the appellants' rights as enshrined in the Constitution.

1.3. Wrongly held that the reading of the warrants when the appellants had filed a complaint to the IACHR, did not infringe the appellants' rights as enshrined in the Constitution.

1.4. Wrongly failed to apply the decision of the JCPC in *Lewis v. Attorney-General of Jamaica [2001] 2 A.C. 50*.

### 2. *Wrongly failed to hold that*

2.1. The BPC was obliged, when meeting to consider the appellants' cases pursuant to section 78 of the Constitution, to take into consideration the results of the appellants' recourse to all legal remedies including their right to complain to all such international agencies which the Government of Barbados has recognised and to give due weight and respect to any recommendation made by those agencies.

2.2. The appellants were entitled to adequate funding in order that they could be properly represented at the hearing before the BPC.

2.3. The appellants had a right to be given notice of the material and/or information which the Governor-General required the BPC to take into consideration under section 78 of the Constitution.

2.4. The appellants had a right to be given an opportunity to be heard by and/or to make representations to the BPC and to be given notice of the advice tendered to the Governor-General.

2.5. The decisions of the BPC in respect of the appellants are null and void and unconstitutional against the background that the Crown failed to provide adequate funding for counsel to represent the appellants.

2.6. Any decisions of the BPC in respect of the appellants are null and void on the grounds that the BPC should convene itself and advise on the exercise of mercy only after the appellants have exhausted all of their rights of appeal and other remedies available to them.

V. ISSUE ONE –REPORTS FROM HUMAN RIGHTS BODIES

*(a) Introduction*

[16] The first issue, which is the substantial ground of appeal that we have to determine, is whether it is a breach of the appellants' rights to execute them prior to the BPC's receiving and considering the reports from the IACHR.

[17] In conformity with established practice, no application was made to the IACHR prior to the exhaustion of the appellants' domestic criminal appeals, which concluded with the JCPC's decision on 7 July 2004. The application filed on 3 September 2004 with the IACHR on behalf of the appellants was in respect of alleged violations of the American Convention on Human Rights by the Government of Barbados. The application stated that the appellants were subject to the death penalty and requested provisional measures from the Inter-American Court on Human Rights pursuant to Article 63(2) of the American Convention on Human Rights and Article 25(1) of the Rules of Procedure.

[18] The Convention, which was signed on 22 November 1969 and entered into force on 18 July 1978, provides for a Commission and a Court. Barbados is one of the few member states of the Organization of American States that has ratified the Convention and accepted the jurisdiction of the Court. The Attorney-General has provided us with a summary, which outlines the procedure by which a petition has to be processed through the Commission before the Court can decide whether the case is admissible. The Attorney-General's eight point summary was as follows:

## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

1. Under the rules of the *American Convention on Human Rights* an individual petition may be filed against a state party before the Inter-American Commission on Human Rights, as provided for in Article 44 of the *Convention*.

2. This petition must then be processed by the Commission. The Commission is expressly required to determine whether the petition is admissible under Articles 46-47 of the *American Convention*.

3. If it is inadmissible the Commission is barred from considering the petition.

4. If it is found to be admissible by the Commission, the Commission must transmit that petition to the state so as to allow the state an opportunity to respond, as provided in Article 48.

5. The Commission then must attempt a friendly settlement with the State.

6. Only if this friendly settlement fails will the Commission draw up a report, as specified in Article 50, which it must transmit to the State.

7. The State then has a period to respond, following which the Commission may refer the matter to the Court (for those states that have accepted the latter body's jurisdiction), as indicated in Article 51.

8. At this point, however, the Inter-American Court of Human Rights must itself decide whether the case is admissible. In this regard the Court has the competence to declare the case inadmissible, in spite of a contrary determination by the Commission.

[19] On 17 September 2004, the IACHR by note informed the Government of Barbados of the appellants' petition and gave the Government a period of two months within which to provide a response in accordance with Article 30(3) of the Commission's Rules of Procedure. In view of the fact that the execution of the appellants was scheduled for 21 September 2004, the Commission addressed the Government in the following terms:

The Commission understands that warrants have been issued for the execution of Lennox Boyce and Jeffrey Joseph on 21 September 2004. According to the petitioner, both of these men were convicted on 2 February 2001 for the murder of Marquelle Hippolyte and sentenced to a mandatory death penalty. Subsequent domestic appeals have been dismissed. Given the imminence of the executions

*JOSEPH AND BOYCE V. ATTORNEY-GENERAL*

of Messrs. Boyce and Joseph, I wish to inform Your Excellency that the Commission is in the process of applying to the Inter-American Court of Human Rights for provisional measures to Article 74(1) of its Rules of Procedure to avoid irreparable damage to Boyce and Joseph.

The Commission also requests that Barbados preserve the lives and physical integrity of Lennox Boyce and Jeffrey Joseph while it awaits the outcome of its application for provisional measures from the Inter-American Court of Human Rights.

A communication, also dated 17 September 2004, from the Secretary of the Inter-American Court of Human Rights to the Barbados Ambassador to the Organization of American States, enclosed a copy of the Order that the President of the Court issued on the same day ordering that the State take all measures to preserve the lives and physical integrity of the appellants so as not to hinder the processing of their cases before the Inter-American system. The State was required to submit information and reports within a stipulated time frame. The State failed to comply with the Order.

[20] An Order of the full Inter-American Court was made on 25 November 2004 and signed by the President and other judges, including, we may add, a Barbadian judge of the Court. The material parts of the Order are set out below.

ORDER OF  
THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
OF NOVEMBER 25, 2004

PROVISIONAL MEASURES REQUESTED BY  
THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS  
REGARDING THE STATE OF BARBADOS  
CASE OF BOYCE AND JOSEPH VS. BARBADOS

*Considering:*

1. That Barbados has been a State Party to the American Convention on Human Rights since November 27, 1982 and re-

*IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES*

cognized the contentious jurisdiction of the Inter-American Court on June 4, 2000.

2. That Article 63(2) of the said Convention provides that [I]n cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems pertinent in matters it has under consideration. With respect to a case not yet submitted to the Court, it may act at the request of the Commission.

3. That Article 25 of the Rules of Procedure of the Court stipulates that:

1. At any stage of the proceedings involving cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court may, at the request of a party or on its own motion, order such provisional measures as it deems pertinent, pursuant to Article 63(2) of the Convention.

2. With respect to matters not yet submitted to it, the court may act at the request of the Commission...

10. That the case under consideration is not before the Court, and the adoption of provisional measures, whose purpose in international human rights law is to protect fundamental human rights by seeking to avoid irreparable damage to persons, does not imply a decision on the merits of the controversy between the petitioners and the State. Upon ordering such measures, this Tribunal is ensuring only that it may faithfully exercise its mandate pursuant to the Convention in cases of extreme gravity and urgency.

11. That the Court is aware, as a result of the recent information provided by the representatives of the beneficiaries ... that the High Court of Barbados has temporarily stayed the execution of the death warrants with respect to Messrs. Boyce and Joseph. The Tribunal considers this a positive development and a crucial step on the part of the State to protect the fundamental human rights of the individuals in question, as well as to facilitate the processing of their cases in accordance with the requirements of the American Convention.

12. That the State has failed to submit, as of the date of this Order, the report required by the above-mentioned Order of September 17, 2004 ...

13. That as a consequence of the above, the Court considers that the measures mandated by the President's Order of September 17, 2004 ... must be maintained, and for this reason ratifies the Order in all of its terms.

*Now Therefore:*

*The Inter-American Court Of Human Rights,*

In accordance with Article 63(2) of the American Convention and Article 25 of the Rules of Procedure,

*Decides:*

1. To ratify the President's Order of September 17, 2004 ...and to require the State to adopt without delay all necessary measures to comply with that Order.

2. To require the State to inform the Inter-American Court of Human Rights, within 10 days of the notification of the present Order, regarding the steps it has taken in fulfillment of this Order.

3. To require the representatives of the beneficiaries of the present provisional measures to submit their observations on the State's report within five days of its reception, and to require the Commission to submit its observations on the State's report within seven days of its reception.

4. To require the State, after the submission of its first report, to inform the Court every two months regarding the measures it adopts, and to require the representatives of the beneficiaries of the present provisional measures and the Commission to submit their observations on those State reports within four and six weeks, respectively, of the reception of such reports.

5. To notify the State, the Inter-American Commission, and the representatives of the beneficiaries of the present Order.

*IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES*

[21] *Section 77* of the *Constitution* provides for the proceedings of the BPC as follows:

77.(1) The Privy Council shall not be summoned except by the authority of the Governor-General acting in his discretion.

(2) The Governor-General shall, so far as is practicable, attend and preside at all meetings of the Privy Council.

(3) Subject to the provisions of this Constitution, the Privy Council may regulate its own procedure.

(4) The question whether the Privy Council has validly performed any function vested in it by this Constitution shall not be inquired into in any court.

[22] Although the BPC may regulate its own procedure, no procedure has been published with regard to the manner in which reports of the international human rights organisations should be treated in relation to the exercise of the prerogative of mercy. It is against this background that we consider the submissions of the parties and the relevant case law.

[23] On 5 October 2004, *Greenidge J* ordered that the 2002 and 2004 motions be consolidated and granted the appellants leave to amend their 2004 motions. The relevant parts of the amended motions filed on 25 October 2004 relating specifically to the issue under consideration were as follows:

4. A further declaration that the Mercy Committee is obliged when meeting to consider the Applicant's case referred to it pursuant to Section 78 of the Constitution to take into consideration the results of the Applicant's recourse to all legal remedies including his right to complain to all such International agencies which the Government of Barbados has recognised and to give due weight and respect to any recommendation made by those agencies.

A further Declaration that any decision of the Mercy Committee in respect of the Applicant is null and void on the grounds that the Mercy Committee should only convene itself and advise on the exercise of mercy after the Applicant has exhausted all of his rights of appeal and other remedies available to him.

Each applicant in support of his application relied on the following grounds:

5. The applicant was treated unfairly and/or in breach of the principles of natural justice in that:...

d) He was not permitted to pursue his petition before the IACHR before the decision was made not to commute his sentence of death;

6. A warrant for the applicant's execution was issued and read to him in ... September 2004 even though:...

b) In the second instance, the authorities knew that the Applicant intended to and indeed had already petitioned the IACHR.

*(b) Appellants' Submissions*

[24] The appellants' counsel submitted that the case does not end when a person is convicted of murder and sentenced to death. It is always within the power of the Governor-General under section 78 of the Constitution to substitute a less severe form of punishment for that imposed on a person convicted of an offence. Further, section 78(3) makes it obligatory for a report of the case in which sentence of death has been passed, to be forwarded to the BPC so that it may advise the Governor-General whether to exercise any of the powers conferred on him. Section 78(3) and (4) provides as follows:

(3) Where any person has been sentenced to death for an offence against the law of Barbados, the Governor-General shall cause a written report of the case from the trial judge, together with such other information derived from the record of the case or elsewhere as the Governor-General may require, to be forwarded to the Privy Council so that the Privy Council may advise him on the exercise of the powers conferred on him by subsection (1) in relation to that person.

(4) The power of requiring information conferred upon the Governor-General by subsection (3) shall be exercised by him on the recommendation of the Privy Council or, in any case in which in his judgment the matter is too urgent to admit of such recommendation being obtained by the time within which it may be necessary for him to act, in his discretion.

[25] Counsel further submitted that the BPC has a duty to act fairly towards the appellants in deciding whether or not to advi-



## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

se the Governor-General to commute the sentence. *Lewis*, referred to at paragraph [15] above, was relied on in support of the contention that the BPC must consider the report of the IACHR prior to deciding whether to exercise the prerogative of mercy. The relevant passage at *page 85B* from *Lewis* is as follows:

In their Lordships' view when Jamaica acceded to the American Convention and to the International Covenant and allowed individual petitions the petitioner became entitled under the protection of the law provision in section 13 to complete the human rights petition procedure and to obtain the reports of the human rights bodies for the Jamaican Privy Council to consider before it dealt with the application for mercy and to the staying of execution until those reports had been received and considered.

### (c) Respondents' Submissions

[26] The kernel of the Attorney-General's submissions was that the Constitution is the supreme law of Barbados and must prevail over any international obligations of the state that are not part of its domestic law. The respondents gave three principal answers to the appellants' submissions. First, there is no constitutional protection for international treaties that have not been incorporated into domestic law. Secondly, *Lewis* is not binding authority on this Court, but persuasive only and thirdly, in any event, *Lewis* was wrongly decided on this issue. These submissions warrant careful analysis and discussion.

[27] The Attorney-General confirmed that when the BPC met on 13 September 2004, following the dismissal of the appeals by the JCPC, it did so merely to advise formally that the Order of the JCPC be carried out, but not to further consider the exercise of the prerogative of mercy, as a decision had already been made in 2002 to advise the Governor-General not to commute the sentences. She stated that the Government was merely required to carry out the Order of the JCPC, which was perfected on 27 July 2004 in the following terms:

JOSEPH AND BOYCE V. ATTORNEY-GENERAL

THE LORDS OF THE COMMITTEE in obedience to His late Majesty's said Order in Council have taken the Appeal and humble Petition into consideration and having heard Counsel on behalf of the Parties on both sides and of the Intervenor Their Lordships do this day agree humbly to report to Your Majesty as their opinion that the appeal ought to be dismissed and the Judgment of the Court of Appeal of Barbados dated 27th March 2002 affirmed.

HER MAJESTY having taken the said Report into consideration was pleased by and with the advice of Her Privy Council to approve thereof and to order as it is hereby ordered that the same be punctually observed and carried into execution.

WHEREOF the Governor-General or Officer administering the Government of Barbados for the time being and all other persons whom it may concern are to take notice and govern themselves accordingly.

[28] The respondents in their written submissions stated that “the protection of the law provision in section 11 of the Constitution cannot be used to give effect to an obligation of the State in international law that is unincorporated into domestic law”. In support of this contention the respondents relied on the passage in *Lord Hoffmann's* judgment in the JCPC decision of *Boyce and Joseph* at page 794E as follows:

[T]hat the mandatory death penalty is inconsistent with the international obligations of Barbados under the various instruments to which reference has been made. This does not of course have any direct effect upon the domestic law of Barbados. The rights of the people of Barbados in domestic law derive solely from the Constitution. But international law can have a significant influence upon the interpretation of the Constitution because of the well established principle that the courts will so far as possible construe domestic law so as to avoid creating a breach of the State's international obligations.

The respondents advanced the argument that the international treaties that Barbados has ratified do not create domestic obligations, “but are a mere tool of interpretation” and “cannot be elevated to form the basis of a legal and/or justiciable right”.

*IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES*

[29] The respondents contended further that *Lewis* emanated from Jamaica and as such the “decision was not binding on the courts of Barbados, but merely persuasive”. The courts were not obliged to grant a stay of execution “pending the outcome of an application to an international human rights body that is not recognised in the domestic laws of Barbados”. There is no constitutional or other legal right conferred on an individual by the laws of Barbados to petition an international body or any right to have such a petition heard and determined prior to the execution of the individual being carried out by the state. The fact that the state does not obstruct the filing of such petitions does not elevate the said process to the status of a substantive legal right. Further, while the state through the executive may consider it desirable to afford this opportunity to an accused person such that the state may comply with its obligations under international law, it is not at liberty to do so where this action will bring it into conflict with domestic law, particularly the Constitution of Barbados.

[30] The Attorney-General has emphasised paragraph 10 of the Order quoted at paragraph [20] above, stating that the appellants’ petition is not before the Inter-American Court. The Executive Secretary of the Commission by letter dated 26 January 2005 stated that the Commission had opened a case in respect of the petition, but had deferred “its treatment of admissibility until the debate and decision on the merits of the matter”. However, that decision “does not constitute a prejudgment with regard to any decision the Commission may adopt on the admissibility of the petition”. In any event, the Attorney-General reiterated in correspondence her oral submissions “that even if a case in relation to the applicants was before the Commission or Court, this would not and could not create rights under the laws of Barbados. The Inter-American system of human rights is part of the international legal system. As such it creates rights and obligations for the State at the international level. Such rights and obligations are not binding in the law of Barbados. In fact it is only if Parliament chooses to expressly enact legislation or other measures that rights or

obligations related to the Inter-American system can become part of the binding domestic law of Barbados. If Parliament chooses not to transform (*sic*) the State's international obligations, they can have no binding effect in the domestic legal order."

[31] Finally, the respondents relied on the Canadian case of *Ahani v. R.* 208 (2002), D.L.R. (4th) 66. In that case the Ontario Court of Appeal refused an injunction restraining an order upheld by the Supreme Court of Canada deporting an Iranian refugee, who was believed on reasonable grounds to be a terrorist and therefore a danger to the security of Canada. The appellant had exhausted his domestic remedies and filed a communication with the United Nations Human Rights Committee for relief under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, which Canada had ratified but had not incorporated into its domestic law. The Committee made an "interim measures" request that Canada stay the deportation order until it had considered the appellant's communication. The majority decision stated at *page 81*: "the principle that international treaties and conventions not incorporated into Canadian law have no domestic legal consequences has been affirmed by a long line of authority in the Supreme Court of Canada". It was further stated at *page 83* that the appellant's "right to remain in Canada ended with the Supreme Court of Canada's decision" and at *page 85* that "it is not for the courts, under the guise of procedural fairness, to read in an enforceable constitutional obligation and commit Canada to a process that admittedly could take years, thus frustrating this country's wish to enforce its own laws by deporting a terrorist to a country where he will face at best a minimal risk of harm". *Laskin JA* (*Charron JA* concurring) considered the JCPC case of *Thomas v. Baptiste* [2000] 2 A.C.1, but distinguished that case at *page 86* as follows:

[53] Two key differences between *Thomas* and this case are immediately apparent. In *Thomas*, the two appellants had been sentenced to death; here, Ahani is to be returned to a country where he faces only a minimal risk of harm. Had Ahani faced the death pe-

## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

nalty in Iran, different constitutional considerations may well have come into play in the Canadian court proceedings... Moreover, in *Thomas*, the two appellants petitioned the Inter-American Commission not the Committee, and unlike Ahani, had the benefit of orders of the Inter-American Court of Human Rights.

*Rosenberg JA* in his dissenting judgment at *pages 97 and 105* stated that he “accorded to the appellant a procedural right that the executive arm of government held out to him” to have his “petition reviewed by the Human Rights Committee free from any executive action that would render this review nugatory”. On 16 May 2002, a majority dismissed an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada. However, the appellants in the present case, as in *Thomas*, also have the benefit of an order of the Inter-American Court as set out in paragraph [20] above.

### (d) Discussion

[32] In the context of the submissions, it was held by the JCPC in *Lewis* at *page 51D* as follows:

(1) [T]hat, although there was no legal right to mercy and the merits of the decision of the Governor-General (acting on the recommendations of the JPC), on *the exercise of the prerogative of mercy* were not reviewable by the courts, that prerogative *should*, in the light of the state’s international obligations, *be exercised by procedures which were fair and proper* and amenable to judicial review; that in considering what *natural justice required* it was relevant to have *regard to international human rights norms* laid down in treaties to which the state was a party, *whether or not they were independently enforceable in domestic law*; that, therefore, the condemned man was entitled to sufficient notice of the date when the JPC would consider his case for him or his advisers to prepare representations which *the JPC was bound to consider* before taking a decision, when *a report by an international human rights body* was available the JPC should consider it *and give an explanation if it did not accept the report’s recommendations*, and the condemned man should normally be given a copy of all the documents availa-

ble to the JPC and not merely the gist of them; that *the defects in the procedures adopted in relation to the applicants' petitions for mercy had resulted in a breach of the rules of fairness and of natural justice; and that, accordingly, they had been deprived of the protection of the law to which they were entitled* either under section 13(a) of the Constitution or *at common law*" (emphasis added).

[33] It is helpful also to quote the passages from the majority judgment in *Lewis* delivered by Lord Slynn of Hadley, which form the basis for the JCPC's holding in the preceding paragraph. The passages are, with emphases added, as follows:

"It is to their Lordships plain that the ultimate decision as to whether there should be commutation or pardon, the exercise of mercy, is for the Governor General acting on the recommendation of the Jamaican Privy Council. *The merits are not for the courts to review.* It does not at all follow that *the whole process is beyond review* by the courts (*page 75E*).

Although on the merits there is no legal right to mercy there is not the *clear-cut distinction as to procedural matters between mercy and legal rights* which Lord Diplock's aphorism that mercy begins where legal rights end might indicate. Is the fact that an exercise of the prerogative is involved per se a conclusive reason for excluding judicial review? Plainly not (*page 77A*).

Whether or not the provisions of the Convention are enforceable as such in domestic courts, it seems to their Lordships that the states' obligation internationally is a pointer to indicate that *the prerogative of mercy should be exercised by procedures which are fair and proper and to that end are subject to judicial review. The procedures followed in the process of considering a man's petition are thus in their Lordships' view open to judicial review.* In their Lordships' opinion it is necessary that the condemned man should be given notice of the date when the Jamaican Privy Council will consider his case. That notice should be adequate for him or his advisers to prepare representations before a decision is taken (*page 79B- C*).

*When the report of the international human rights bodies is available that should be considered and if the Jamaican Privy Council do not accept it they should explain why* (*page 79E*).

There was, however, in each of the present cases *a breach of the rules of fairness, of natural justice, which means that the applicants did not enjoy the "protection of the law"* either within the

## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

meaning of section 13 of the Constitution or *at common law*. In considering what *natural justice requires*, it is relevant to have regard to *international human rights norms* set out in treaties to which the state is a party *whether or not those are independently enforceable in domestic law* (page 80C).

It is the executive that is the treaty-making organ of government; the BPC as part of the executive cannot therefore ignore treaties which give rights to citizens and to which the executive has bound the state.

[34] We cannot accept that *Lewis* is not binding authority on this Court or that it was wrongly decided. The appellants' skeleton argument contained a comparative analysis in tabular form of the relevant sections of the Constitution of Barbados and Jamaica. For the purposes of this appeal, there are no material differences in Chapter III of the Constitutions of Barbados and Jamaica, both of which provide for fundamental rights and freedoms in similar terms. The JCPC has held that it will follow its previous decisions on appeals from another jurisdiction where the legislative provisions are analogous. Both Constitutions provide that every person has the right to "the protection of the law". It was also held in *Lewis* at page 51G as follows:

(2) [T]hat *the right to the protection of the law* under section 13(a) of the Constitution and *at common law was in effect the same as an entitlement to due process of law*; that, although ratified but unincorporated treaties did not ordinarily create rights for individuals enforceable in domestic courts, *when the state acceded to such treaties and allowed individuals to petition international human rights bodies the protection of the law conferred by section 13 entitled a petitioner to complete that procedure and to obtain the reports of such bodies for consideration by the JPC before determination of the application for mercy, and to a stay of execution until those reports had been received and considered; that where a petition had been lodged with such a body execution of a sentence of death consequent upon a decision of the JPC made without consideration of that body's reports would therefore be unlawful*" (emphasis added).

*Lord Slynn* stated at pages 84H and 85A and E:

“It is of course well established that a ratified but unincorporated treaty, though it creates obligations for the state under international law, does not in the ordinary way create rights for individuals enforceable in domestic courts and this was the principle applied in the *Fisher (No. 2)* case. But even assuming that that applies to international treaties dealing with human rights, that is not the end of the matter. Their Lordships agree with the Court of Appeal in *Lewis* that “the protection of the law” covers the same ground as an entitlement to “due process”. Such protection is recognised in Jamaica by section 13 of the Constitution and is to be found in the common law. Their Lordships do not consider that it is right to distinguish between a Constitution which does not have a reference to “due process of law” but does have a reference to “the protection of the law”. They therefore consider that what is said in *Thomas v Baptiste* [2002] 2 AC 1 to which they have referred is to be applied mutatis mutandis to the Constitution like the one in Jamaica which provides for the protection of the law. ... *Execution consequent upon the Jamaican Privy Council’s decision without consideration of the Inter-American Commission report would be unlawful* (emphasis added).

[35] *Pratt and Another v. Attorney-General for Jamaica* [1994] 2 A.C. 1 (“*Pratt and Morgan*”), which held that prolonged delay, in particular, a period of five years, in carrying out a sentence of death constitutes inhuman punishment, was applied in *Lewis*. Lord Griffiths in *Pratt and Morgan* had posed the question at page 30B, “whether the delay occasioned by the legitimate resort of the defendant to all available appellate procedures should be taken into account”. He answered the question by stating at pages 33D and 35B that:

the application of the applicants to appeal to the JCPC and their petitions to the two human rights bodies do not fall within the category of frivolous procedures disentitling them to ask the Board to look at the whole period of delay...The final question concerns applications by prisoners to the IACHR and UNHRC. Their Lordships wish to say nothing to discourage Jamaica from continuing its membership of these bodies and from benefiting from the wisdom of their deliberations. It is reasonable to allow some period of



## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

delay for the decisions of these bodies in individual cases but it should not be very prolonged.

[36] The definitive answer to the Attorney-General is to be found in the JCPC decision in the appeal from this Court in *Bradshaw v. Attorney-General of Barbados* [1995] 1 W.L.R. 936 (“*Bradshaw and Roberts*”). Counsel for the Attorney-General submitted in that case that the time taken for applications to be made to human rights organisations and for their consideration should be excluded in computing the period of delay between conviction and execution. The JCPC rejected the contention, applied *Pratt and Morgan* and held that the time taken was properly included in the five-year period. It follows that applications to and reports from human rights bodies form part of the timetable, prior to any execution being carried out. *Lord Slynn of Hadley* delivered the unanimous judgment and stated at page 941H:

The acceptance of international conventions on human rights has been an important development since the Second World War and where a right of individual petition has been granted, the time taken to process it cannot possibly be excluded from the overall computation of time between sentence and intended execution.

In the light of *Bradshaw and Roberts*, it may not be possible to contend that the BPC can lawfully advise that execution be carried out without regard to a pending petition before an international human rights organisation.

[37] We appreciate the difficulty created by the need to comply with the time frame of *Pratt and Morgan* and the delay in receiving the recommendations of the human rights bodies. *Lord Goff of Chieveley* and *Lord Hobhouse of Woodborough* in their dissenting opinion in *Thomas* highlighted the problem in relation to the delay of the international bodies at page 35F as follows:

The commissions (the I.A.C.H.R and U.N.H.R.C) espouse a policy of discouraging capital punishment wherever possible and, in accordance with that policy, appear to see postponement of an execu-

tion for as long as possible as an advantage since it may improve the chances of commuting the sentence or quashing the conviction...There is thus a direct conflict between the policy of the commissions and the enforcement of the law of the (country). The commissions appear to be unable or unwilling to alter their practices to accommodate the countries' requests for more speedy procedures.

[38] However, we are in agreement with the approach to international treaties enunciated by *Lord Slynn* in *Lewis* and quoted at paragraph [33] above. He stated that whether or not the provisions of the Convention are enforceable as such in domestic courts, the state's obligation internationally is a pointer to indicate that the prerogative of mercy should be exercised by procedures which are fair and proper and to that end are subject to judicial review. He further stated, that in considering what natural justice requires, it is relevant to have regard to international human rights norms set out in treaties to which the state is a party whether or not those are independently enforceable in domestic law. To hold that international treaties to which Barbados is a party, but which are not incorporated into domestic law, do not afford the appellants any procedural rights to fundamental justice is to imply that the work and meetings undertaken by the executive in and about the ratification of those treaties are futile, expensive and time-wasting exercises.

[39] Our finding on issue one in favour of the appellants effectively resolves the appeal, except that we have to discuss and decide on the manner in which the appeal should be disposed of. However, there are other issues affecting the fundamental rights and freedoms of the individual, on which we have heard submissions that also warrant our consideration.

## VI. ISSUE TWO – EXERCISE OF THE PREROGATIVE OF MERCY

### (a) *Introduction*

[40] The second issue that we have to decide is whether the procedures adopted by the BPC in determining the exercise of

*IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES*

the prerogative of mercy were fair and in conformity with the principles of natural justice.

[41] *Section 76* of the *Constitution* makes provision for the BPC as follows:

76. (1) There shall be a Privy Council for Barbados which shall consist of such persons as the Governor-General, after consultation with the Prime Minister, may appoint by instrument under the Public Seal.

(2) The Privy Council shall have such powers and duties as may be conferred or imposed upon it by this Constitution or any other law.

(3) The office of a member of the Privy Council appointed under this section shall become vacant

(a) at the expiration of fifteen years from the date of his appointment or such shorter period as may be specified in the instrument by which he was appointed;

(b) when he attains the age of seventy-five years; or

(c) if his appointment is revoked by the Governor-General, acting after consultation with the Prime Minister, by instrument under the Public Seal.

This section of the Constitution does not specify and no other section specifies the number or categories of persons who shall be members of the Privy Council, as in some other constitutions.

[42] *Section 78* of the *Constitution* provides for the exercise of the prerogative of mercy as follows:

78. (1) The Governor-General may, in Her Majesty's name and on Her Majesty's behalf –

(a) grant to any person convicted of any offence against the law of Barbados a pardon, either free or subject to lawful conditions;

(b) grant to any person a respite, either indefinite or for a specified period, from the execution of any punishment imposed on that person for such an offence;

(c) substitute a less severe form of punishment for that imposed on any person for such an offence; or

*JOSEPH AND BOYCE V. ATTORNEY-GENERAL*

(d) remit the whole or part of any punishment imposed on any person for such an offence or any penalty or forfeiture otherwise due to the Crown on account of such an offence.

(2) The Governor-General shall, in the exercise of the powers conferred on him by subsection (1) or of any power conferred on him by any other law to remit any penalty or forfeiture due to any person other than the Crown, act in accordance with the advice of the Privy Council.

(3) Where any person has been sentenced to death for an offence against the law of Barbados, the Governor-General shall cause a written report of the case from the trial judge, together with such other information derived from the record of the case or elsewhere as the Governor-General may require, to be forwarded to the Privy Council so that the Privy Council may advise him on the exercise of the powers conferred on him by subsection (1) in relation to that person.

(4) The power of requiring information conferred upon the Governor-General by subsection (3) shall be exercised by him on the recommendation of the Privy Council or, in any case in which in his judgment the matter is too urgent to admit of such recommendation being obtained by the time within which it may be necessary for him to act, in his discretion.

(5) A person has a right to submit directly or through a legal or other representative written representation in relation to the exercise by the Governor-General or the Privy Council of any of their respective functions under this section, but is not entitled to an oral hearing.

(6) The Governor-General, acting in accordance with the advice of the Privy Council, may by instrument under the Public Seal direct that there shall be time-limits within which persons referred to in subsection (1) may appeal to, or consult, any person or body of persons (other than Her Majesty in Council) outside Barbados in relation to the offence in question; and, where a time-limit that applies in the case of a person by reason of such a direction has expired, the Governor-General and the Privy Council may exercise their respective functions under this section in relation to that person, notwithstanding that such an appeal or consultation as aforesaid relating to that person has not been concluded.

(7) Nothing contained in subsection (6) shall be construed as being inconsistent with the right referred to in paragraph (c) of section 11 [namely, the protection of the law].

IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

The Attorney-General submitted that the parties agreed that the *Constitution (Amendment) Act, 2002-14* which added subsections (5) and (6), did not apply to the appellants because the death sentences were pronounced before the coming into operation of the Act. However, contrary to that view, it does seem to us that those subsections were applicable to the appellants from 5 September 2002, the date of commencement of the Act. Whereas the applicants were invited in April 2002 to submit representations in writing for the exercise of mercy; after 5 September 2002, they were given a specific constitutional right to submit written representations. They failed to avail themselves of either the invitation or the express right. Instead, they insisted on a right to be heard which they clearly never had, based on the authority of *Lewis* and which they were expressly not entitled to under subsection (5). It follows therefore that the appellants failed to exercise their right to submit written representation and sought an oral hearing to which they were not entitled. We should add that under subsection (6) no time limits under the Public Seal have been directed within which persons may consult human rights bodies; the time limits therefore remain the guidelines laid down in *Pratt and Morgan*.

(b) BPC following *Pratt and Morgan*

[43] The position of the BPC as set out in paragraph [10] above was that procedurally it had complied with *Pratt and Morgan* by convening after the Court of Appeal decision. The respondents' contention was that, the BPC having advised the Governor-General against commutation of the sentences, there was no need to re-open the matter thereafter.

[44] In view of this interpretation of *Pratt and Morgan*, we set out in some detail what *Lord Griffiths* said in that case and the context in which it was said. *Pratt and Morgan* were convicted of murder and sentenced to death on 15 January 1979. On 5 December 1980, their application for leave to appeal to the Court of Appeal was dismissed. In January 1981, they inti-

mated to the Registrar of the Court of Appeal their intention to appeal to the JCPC. *Lord Griffiths* stated at *page 20* as follows:

It was at this stage, after the dismissal of their application by the Court of Appeal, that their Lordships would have expected the Governor-General to refer the case to the Jamaican Privy Council (“J.P.C.”) to advise him whether or not the men should be executed in accordance with sections 90 and 91 of the Constitution...

These sections are included in the Constitution against the background of the pre-existing common law practice that execution followed as swiftly as practical after sentence. They must be construed as imposing a duty on the Governor-General to refer the case to the J.P.C. and the J.P.C. to give their advice as soon as practical. In the ordinary course of events the Governor-General should refer a capital case to the J.P.C. immediately after the appeal is dismissed by the Court of Appeal...

Sections 90(1) and 91(2) of the Constitution of Jamaica are identical to section 78 of the Constitution of Barbados. It was therefore in reliance on *Pratt and Morgan* that after the appeal was dismissed by the Court of Appeal on 27 March 2002, the BPC met on 24 June 2002 and fixed a date for execution for 2 July 2002.

[45] However, the passages quoted above do not conclude the matter. *Lord Griffiths* explained both the purpose of an early meeting of the JPC and the constraints of a swift carrying out of the death sentence. He stated at *page 34C* that an early meeting and fixing of a date for execution “would have provided the impetus for an immediate application to the JCPC which would have been disposed of in the summer of 1981 and a new execution date set within a matter of weeks”. He also recognised at *page 34E* that, “there may of course be circumstances which will lead the J.P.C. to recommend a respite in the carrying out of a death sentence, such as a political moratorium on the death sentence, or a petition on behalf of the appellants to the I.A.C.H.R. or U.N.H.R.C. or a constitutional appeal to the Supreme Court”.

[46] *Pratt and Morgan* envisaged that the date for execution could be postponed. *Lord Griffiths* referred to the Instructions

*IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES*

approved by the Governor-General in Privy Council dated 14 August 1962, for dealing with applications from or on behalf of prisoners under sentence of death for special leave to appeal to the JCPC. He stated at *page 21B* that the Instructions “are written upon the premise that the date for execution has already been set and will only be postponed if the prisoner adheres to the strict timetable contained in the Instructions. It is implicit in these Instructions that, by the time the prisoner has taken advice as to whether or not he should petition the JCPC in England, a decision will already have been taken by the J.P.C. as to whether or not he should be executed or reprieved.” There are similar Instructions in Barbados contained in *Rules* dated 9 September 1967, made by the Governor-General on the advice of the Privy Council, to be observed for dealing with applications from or on behalf of persons under sentence of death for special leave to appeal to the JCPC: Subsidiary Legislation Supplement No. 62, Supplement to Official Gazette No. 78 dated 28 September 1967. In *Bradshaw and Roberts* at *page 942E* the respondents relied on the procedure contained in these Rules, which provide in rule 2 for a fixed execution date to be postponed, pending application to the JCPC, as follows: “2.(a) If intimation is received from or on behalf of a person condemned to death that it is intended to apply to the Judicial Committee of the Privy Council for special leave to appeal, the execution will be postponed and a date, three weeks later, will be fixed...”.

[47] It may be noted that in *Pratt and Morgan* the Governor-General postponed the execution on two occasions without the court’s intervention. The first execution was fixed for 24 February 1987, but on 23 February the Governor-General issued a stay of execution, seemingly as a result of a telegram from the U.N.H.R.C. urging a stay, as stated at *page 23E*. The second execution was fixed for 1 March 1988, but on 29 February the Governor-General issued a second stay, apparently because of a further request from the U.N.H.R.C. not to execute until the Committee had completed its review of the case, as stated at *page 24C*. The third date for execution was 7 March

1991, but this execution was stayed by the High Court following the applicants' constitutional proceedings, as stated at *page 27C*.

[48] In summary, the position following *Pratt and Morgan* is as follows. The BPC should meet after any dismissal of an appeal by the Court of Appeal and consider whether or not to recommend commutation of the sentence. If the BPC decides to recommend commutation, the petitioner should be so informed and such recommendation may well obviate any further appeals. If, on the other hand, the BPC decides to recommend that the sentence be carried out, a date may be fixed for execution to accelerate the process, but account should be taken of any application for leave to appeal to the JCPC that the petitioner might be pursuing. Obviously, if the petitioner is earnestly and expeditiously prosecuting an application, the BPC should advise the postponement of any fixed date for execution, thereby avoiding the necessity and expense of an application to the Court. Similarly, the BPC, as we have discussed, should advise postponement of any date for execution, to take account of reports from human rights bodies. The procedure suggested in *Pratt and Morgan* has to be understood in the context of a procedure for expediting the appeal process to accommodate both completion of the domestic proceedings and any petitions to human rights bodies, taking into account the overriding objective that execution, if it is to occur, should follow as swiftly as possible after sentence.

*(c) Notice, Disclosure and Hearing*

[49] The appellants complained that they were not given notice of the hearings of the BPC, disclosure of all documents, and an opportunity to be heard. No notice of the date of hearing of the BPC was given to the appellants. This procedure was consistent with the BPC not requiring petitioners for mercy to be heard either in person or through counsel. In any event, as pointed out, the BPC met in 2004, not to consider the exercise of the prerogative of mercy, as it had already done so



*IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES*

in 2002, but to formally advise that the JCPC Order be carried out.

[50] The BPC disclosed to the appellants the documents referred to in paragraph [6] above. The appellants made no representations in writing in respect of these documents, but instead insisted on a right to be heard and to be provided with legal funding to be represented at the hearing. For the purpose of this judgment, it is unnecessary to make any comment on the criticism of the judge's report. First, a trial judge should feel free to give a report to the BPC in the firm knowledge that the confidentiality of that report will not be breached except in the interest of justice. The same principle should apply to the other parties providing reports to the BPC. Secondly, in the circumstances of this case, we bear in mind that we have no power to review the merits of the advice tendered by the BPC to the Governor-General.

[51] The appellants were not entitled to an oral hearing. The legal position was made clear in *Lewis* at *page 80B* as follows:

Their Lordships have so far dealt with this matter on the basis that there is a right to put in "representations". These should normally be in writing unless the Jamaican Privy Council adopts a practice of oral hearing and their Lordships are not satisfied that there was any need for, or right to, an oral hearing in any of the present cases.

It follows that an oral hearing is not excluded if the circumstances warrant such a hearing. Nothing was disclosed by the appellants in their affidavits that called for an oral hearing, which could not have effectively been put to the BPC in writing. In any event, the appellants failed to avail themselves of the opportunity to make written representations to the BPC.

[52] The appellant's counsel have referred us to the recent decision of the *House of Lords* in *R. (West) v. Parole Board [2005] 1 WLR 350*. *Lord Bingham of Cornhill* gave the following brief introduction to the case at *page 353*:

1. [T]hese appeals concern the procedure to be followed by the Parole Board when a determinate sentence prisoner, released on licence, seeks to resist subsequent revocation of his licence. The appellant claimants contend that such a prisoner should be offered an oral hearing at which the prisoner can appear and, either on his own behalf or through a legal representative, present his case, unless the prisoner chooses to forego such a hearing. They base their argument on the common law and on articles 5 and 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ... The respondent Parole Board accepts that in resolving challenges to revocation of their licences by determinate sentence prisoners *it is under a public law duty to act in a procedurally fair manner*. It accepts that in some cases, as where there is a disputed issue of fact material to the outcome, procedural fairness may require it to hold an oral hearing at which the issue may be contested. It accepts, through leading counsel, that it may in the past have been slow to grant oral hearings. But it strongly resists the submission that there should be any rule or presumption in favour of an oral hearing in such cases, contending that neither the common law nor the European Convention requires such a rule or such a presumption” (Emphasis added).

The *House of Lords* agreed with the Parole Board that there was no right to an oral hearing. However, *Lord Bingham* examined some of the characteristics of an oral hearing and found that the circumstances of the case of *West* entitled him to such a hearing, as “procedural fairness called for more than consideration of his representations on paper...” (page 366E).

(d) *Discussion*

[53] We see nothing in the circumstances of the appellants’ case that would have required an oral hearing before the BPC. However, we would not exclude the desirability of an oral hearing in all cases and for all times, for as *Lord Bingham* said in the unanimous JCPC decision of *Hinds v. Attorney-General of Barbados [2002] 1 A.C. 854 at 865A*, “the Constitution is to be read not as an immutable historical document but as a living instrument, reflecting the values of the people of Barbados as

they gradually change over time”. The appellants conspicuously failed to avail themselves of the opportunity to make written representations to the BPC. Further, the issues about which they complained, such as the difference between their punishment and that of their co-accused, could have been the subject of written representation, and was in any event part of the record of the proceedings. We can find no merit in the grounds of appeal discussed under issue two.

## VII. OTHER ISSUES

### (a) *The Ouster Clause*

[54] The respondents maintained that the ouster clause in section 77(4) of the Constitution, quoted in paragraph [21] above, is an absolute bar to these proceedings. They also submitted “that unlike Barbados, the Constitution of Jamaica has no expressed entrenched ouster clause”. The appellants relied on the modern learning with regard to ouster clauses, namely, that a literal interpretation of the clause is no longer appropriate and the clause certainly does not inhibit the court’s jurisdiction to examine a breach of the Constitution, especially one that affects the fundamental rights and freedoms of the individual.

[55] In *Harrikissoon v. Attorney-General of Trinidad and Tobago* [1980] A.C. 265 at page 272E, Lord Diplock in the JCPC left open for future consideration, “whether (an ouster of jurisdiction clause) of the Constitution, despite its unqualified language, is nevertheless subject to the same limited kind of implicit exception as was held by the House of Lords in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation* [1969] 2 A.C. 147 to apply to an ouster of jurisdiction clause in very similar terms contained in an Act of Parliament”.

[56] Although Lord Diplock did not refer to *Harrikissoon*, in *Attorney-General v. Ryan* [1980] A.C. 718, another JCPC case decided six months later, he considered the effect of the ouster provisions of The Bahamas Nationality Act, 1973. In that case,

the Minister refused an application for citizenship without giving the applicant a fair hearing and the JCPC invalidated his decision notwithstanding a provision in the statute that it “should not be subject to appeal or review in any case”. *Lord Diplock* stated at page 730E as follows:

It has long been settled law that a decision affecting the legal rights of an individual which is arrived at by a procedure which offends against the principles of natural justice is outside the jurisdiction of the decision-making authority. As Lord Selborne said as long ago as 1885 in *Spackman v. Plumstead District Board of Works* (1885) 10 App.Cas.229, 240: “There would be no decision within the meaning of the statute if there were anything...done contrary to the essence of justice.” See also *Ridge v. Baldwin* [1964] A.C. 40.

[57] *Lord Diplock* returned to *Harrikissoon* in *Thomas v. Attorney-General of Trinidad and Tobago* [1982] A.C. 115 and stated at pages 134B and 135E as follows:

Finally, their Lordships turn to question (2): the effect of the “no certiorari” clause in section 102(4) of the Constitution. Whether that clause ousts the jurisdiction of the court to inquire in any circumstances into the validity of administrative orders made by the commission is a question that this Board deliberately left open in *Harrikission v. Attorney-General of Trinidad and Tobago* [1980] A.C. 265...

There is also, in their Lordships’ view, another limitation upon the general ouster of the jurisdiction of the High Court by section 102(4) of the Constitution; and that is where the challenge to the validity of an order made by the commission against the individual officer is based upon a contravention of “the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations” that is secured to him by section 2(e) of the Constitution, and for which a special right to apply to the High Court for redress is granted to him by section 6 of the Constitution. *Generalia specialibus non derogant* (general provisions cannot derogate from specific provisions) is a maxim applicable to the interpretation of constitutions. The general “no certiorari” clause in section 102(4) does not, in their Lordships’ view, override the special right of redress under section 6.

## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

[58] It follows that in this case section 24 of the Constitution providing for a right to apply to the High Court for the enforcement of the protection of fundamental rights and freedoms is not ousted by section 77(4) of the Constitution. Further, it is plainly for the court to determine, on the true construction of the Constitution, whether there has been an error of jurisdiction or breach of natural justice or some misdirection which makes the ouster clause inapplicable: *Ulufa'alu v. Attorney General (of Solomon Islands)* [2005] 1 LRC 698 C.A. per Lord Slynn of Hadley P and Ward JA at page 708g.

[59] The BPC is an independent quasi-judicial body; it is not just an advisory body having a consultative role, but a decision-maker, as the Governor-General is required by section 78(2) of the Constitution to “act in accordance with the advice” of the BPC. It is now settled law that the court, in the exercise of its jurisdiction over bodies exercising quasi-judicial powers, such as the BPC, may, in appropriate proceedings either set aside a decision of the body or declare it to be a nullity: *Lord Diplock in Ryan at page 730D*. Excess of jurisdiction has been widely defined to include a violation of the principles of natural justice. To interpret section 77(4) of the Constitution as ousting the jurisdiction of the court would be to deprive the appellants of their judicial remedy under section 24 of the Constitution.

### (b) Funding

[60] The appellants in ground 2.2 of their appeal stated that the judge wrongly failed to hold that they were entitled to adequate funding in order that they may be properly represented before the BPC. One of the issues raised in correspondence by the appellants' attorneys-at-law was adequate funding to facilitate their representation before the BPC. Section 18(1) of the Constitution provides that a person charged with a criminal offence shall be afforded a fair hearing and by section 18(2)(d) shall be permitted to defend himself in person or by a legal representative, but by section 18(12) he shall not be entitled to legal representation at public expense. There is no constitutio-

nal right to counsel for those challenging their death sentences in post-conviction proceedings.

[61] The *Community Legal Services (Tariff of Fees) Regulations, 2000, S.I. 2000 No. 73* do provide a modest sum for advising on and preparing an appeal by a convicted person to the BPC, which sum the Attorney-General offered to double. *Lord Bingham* considered in *Hinds* the constitutional effect of a denial of free legal representation at a trial and stated at *page 866D* as follows:

First, and most importantly, while the Constitution does not entitle every indigent criminal defendant to free legal aid in every case, it does guarantee a fair hearing to every such defendant and there is nothing in section 18(2)(d) or section 18(12) which qualifies or undermines that right. It is indeed one of the fundamental human rights and freedoms to which the people of Barbados have pledged allegiance in the preamble to the Constitution.

[62] The circumstances of this case do not warrant that we give our considered opinion to this ground of appeal, which is better reserved for future consideration on appropriate facts. However, the limited funding available to the appellants is a factor to be taken into account in the disposal of the appeal and we have so done.

## VIII. THE DEATH PENALTY AND THE PREROGATIVE

### (a) *Death sentence*

[63] We summarise the legal position of a person who is convicted of murder. The law provides that such a person shall be sentenced to, and suffer, death by hanging. The convicted murderer generally has a right to appeal to the Court of Appeal and thereafter as from 8 April 2005 to the Caribbean Court of Justice, the replacement for the JCPC. After the appellant's rights to appeal have been exhausted, the appellant may petition international bodies with a view to obtaining a recommendation that the execution should not be carried out. The BPC

IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

must advise the Governor-General whether the execution should be carried out or the sentence commuted to life imprisonment and in so doing must take into account any report of an international body. If the BPC does not accept the report the BPC should explain why. However, the final decision rests with the BPC. The BPC in deciding on the advice it should tender must also take into account any written representations made by or on behalf of the convicted murderer, the reports submitted by local authorities and the lapse of time between the conviction and the likely date of execution. Provided that fair and proper procedures have been followed within the stipulated time frame, there is no lawful impediment to carrying out the death penalty. It follows, that as the law stands, convicted murderers remain liable to be hanged.

[64] It is helpful to explain our decision in the context of the JCPC judgment in *Boyce and Joseph*. The appellants' only ground of appeal was that the mandatory death sentence was unconstitutional. It was not argued that the death penalty itself was unconstitutional, but that a mandatory or automatic sentence of death following a conviction of murder, irrespective of the circumstances of the murder, is inhuman or degrading punishment and contrary to the fundamental rights provisions contained in section 15(1) of the Constitution.

[65] The majority opinion of *Lords Hoffmann, Hope of Craighead, Scott of Foscote, Rodger of Earlsferry and Zacca J.* in *Boyce and Joseph* and delivered by *Lord Hoffmann* at page 795 stated:

Fundamental rights in Barbados

27 If their Lordships were called upon to construe section 15(1) of the Constitution, they would be of opinion that it was inconsistent with a mandatory death penalty for murder. The reasoning of the Board in *Reyes*, which was in turn heavily influenced by developments in international human rights law and the jurisprudence of a number of other countries, including states in the Caribbean, is applicable and compelling... it is the correct interpretation of the subsection.

28 Parts of the Constitution, and in particular the fundamental rights provisions of Chapter III, are expressed in general and abstract terms which invite the participation of the judiciary in giving them sufficient flesh to answer concrete questions... The judges are the mediators between the high generalities of the constitutional text and the messy detail of their application to concrete problems. And the judges, in giving body and substance to fundamental rights, will naturally be guided by what are thought to be the requirements of a just society in their own time. In so doing they are not performing a legislative function. They are not doing work of repair by bringing an obsolete text up to date. On the contrary, they are applying the language of these provisions of the Constitution according to their true meaning. The text is a “living instrument” when the terms in which it is expressed, in their constitutional context, invite and require periodic re-examination of its application to contemporary life. Section 15(1) is a provision which asks to be construed in this way. The best interpretation of the section is that the framers would not have intended the judges to sanction punishments which were widely regarded as cruel and inhuman in their own time merely because they had not been so regarded in the past.

The dissenting opinion of *Lords Bingham of Cornhill, Nicholls of Birkenhead, Steyn and Walker of Gestingthorpe* nevertheless concurred with the majority in holding that a mandatory death sentence constitutes inhuman or degrading punishment contrary to section 15(1) of the Constitution.

[66] *Boyce and Joseph* was one of the three decisions of the Board comprised of the same members given on 7 July 2004; the other decisions referred to in paragraph [9] above were *Matthew v. The State* [2004] 3 WLR 812 and *Watson v. R.* [2004] 3 WLR 841. *Boyce and Joseph, Matthew and Watson* followed another trilogy of decisions given by a unanimous Board on 11 March 2002; from Belize, *Reyes v. R.* [2002] 2 A.C. 235; from St. Lucia, *R. v. Hughes* [2002] 2 A.C. 259; and from St. Christopher and Nevis, *Fox v. R.* [2002] 2 A.C. 284, which also held that a mandatory death sentence violates the constitutional right to protection from inhuman or degrading punishment.



(b) *Prerogative of Mercy not a Substitute for Judicial Sentence*

[67] Barbados, unlike Trinidad & Tobago, did not concede that the mandatory death sentence was inhuman or degrading punishment: *Boyce and Joseph* at page 806G. Instead the government argued that the power of the BPC to recommend a commutation of the death sentence militated against any harshness of the mandatory death sentence. The submission was set out in *Lord Hoffmann's* judgment at page 793D as follows:

The Government of Barbados has always accepted that the execution of everyone convicted of murder would be unacceptably harsh and indiscriminating – in fact, cruel and inhuman. But the government argues that the provisions for the application of the death penalty must be considered as a whole and that they include the power of the Governor-General, on the advice of the Barbados Privy Council, to commute the death sentence in any case in which it is thought appropriate to do so. The Constitution codifies and institutionalises the exercise of the royal prerogative of mercy... The government says that when one takes these powers into account and examines the operation of the death penalty in practice, it is not rigidly or arbitrarily applied. It argues that the mandatory sentence enables the law to achieve maximum deterrence while the power of commutation provides the necessary flexibility and humanity in its practical application.

[68] It has been accepted that the exercise of the prerogative is not a substitute for a process that determines the appropriate sentence after a conviction for murder. As has been pointed out in the JCPC cases, it is necessary to distinguish the judicial act of imposing sentence and the executive act of carrying it out. In *Reyes*, the JCPC rejected the argument that the Council, which advises the Governor-General on the exercise of the prerogative of mercy, “could be regarded as providing the necessary individualisation of the death sentence”: *Hughes* at page 271D. *Lord Rodger* stated at page 271E as follows:

While the act of clemency is, indeed, to be seen as part of the whole constitutional process of conviction, sentence and the carrying out

of the sentence, it is an executive act and cannot be a substitute for the judicial determination of the appropriate sentence.

[69] The definitive passage on this matter is quoted in *Boyce and Joseph* at pages 793 and 794 and is taken from the judgment of Lord Bingham in *Reyes* at page 257 as follows:

44 [T]he Board is mindful of the constitutional provisions ... governing the exercise of mercy by the Governor-General. It is plain that the Advisory Council has a most important function to perform. But it is not a sentencing function and the Advisory Council is not an independent and impartial court within the meaning of section 6(2) of the Constitution. Mercy, in its first meaning given by the *Oxford English Dictionary*, means forbearance and compassion shown by one person to another who is in his power and who has no claim to receive kindness. Both in language and literature mercy and justice are contrasted. The administration of justice involves the determination of what punishment a transgressor deserves, the fixing of the appropriate sentence for the crime. The grant of mercy involves the determination that a transgressor need not suffer the punishment he deserves, that the appropriate sentence may for some reason be remitted. The former is a judicial, the latter an executive, responsibility. Appropriately, therefore, the provisions governing the Advisory Council appear in Part V of the Constitution, dealing with the executive. It has been repeatedly held that not only determination of guilt but also determination of the appropriate measure of punishment are judicial not executive functions. ...The opportunity to seek mercy from a body such as the Advisory Council cannot cure a constitutional defect in the sentencing process.

(c) *The Heightened Importance of the Prerogative*

[70] The constitutional defect in the sentencing process cannot be remedied by the exercise of the prerogative, but the effect thereof can be mitigated by the BPC's scrupulous adherence to the highest standards of procedural fairness and natural justice. The BPC's advice in 2002 that the appellants be executed at a time when they had not exhausted their domestic re-

## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

medies and had intimated their intention to appeal to the JCPC, which they did, was manifestly unfair to the appellants and a denial of natural justice. Similarly, the BPC's advice in 2004 that the JCPC's Order be carried out without regard to the appellants' expressed intention to petition the IACHR, which they did, was contrary to the binding authority of *Lewis*, and therefore a denial of the appellants' rights. The death warrants were therefore improperly read to the appellants in both 2002 and 2004. It is in this context that we have to consider the appropriate manner in which this appeal should be disposed.

### IX. DISPOSAL

#### (a) *Protection of Fundamental Rights*

[71] *Lord Wilberforce* in the much quoted passage from *Minister of Home Affairs v. Fisher [1980] A.C. 319* at page 328F gave some insight into the background of the constitutional guarantees for the protection of fundamental rights and freedoms to be found in the constitutions of most Commonwealth Caribbean territories, as follows:

Chapter 1 is headed 'Protection of Fundamental Rights and Freedoms of the Individual'. It is known that this chapter, as similar portions of other constitutional instruments drafted in the post-colonial period, starting with the Constitution of Nigeria, and including the Constitutions of most Caribbean territories, was greatly influenced by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1953) (Cmd. 8969). That Convention was signed and ratified by the United Kingdom and applied to dependent territories including Bermuda. It was in turn influenced by the United Nations' Universal Declaration of Human Rights of 1948. These antecedents, and the form of Chapter I itself, call for a generous interpretation avoiding what has been called "the austerity of tabulated legalism", suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to.

This passage is as applicable to Barbados as it is to Bermuda as the fundamental rights provisions of both Constitutions spring from the same source: *Boyce and Joseph* at page 807D.

[72] Helpful guidance on the approach to be adopted in interpreting the fundamental rights provisions in the Constitution is also to be found in the JCPC judgment of Lord Woolf in *Huntley v. Attorney-General for Jamaica* [1995] 2 A.C. 1 at pages 12F and 13B, as follows:

[A] technical approach is not the appropriate approach [to] Chapter III of the Constitution which deals with fundamental rights and freedoms. As was explained by Lord Wilberforce in *Minister of Home Affairs v. Fisher*... it calls “for a generous interpretation... to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to.” A person in the position of the appellant is therefore entitled to require the courts to adopt a non-rigid and generous approach to his rights...

However in doing this the court looks at the substance and reality of what was involved and should not be over-concerned with what are no more than technicalities. The approach is the same whether this is to his benefit or disadvantage... In considering the requirements of fairness, the same broad approach is appropriate. The common law supplements a statutory procedure laid down by legislation so as to ensure that the procedure is fair in all the circumstances. As Lord Reid pointed out in *Wiseman v. Boreman* [1971] A.C. 297, 308, when applying a “fundamental general principle” the court does not resort to “a series of hard and fast rules”. In determining what fairness requires, the court should be concerned with the reality of what is involved.

[73] On 8 March 1951, the U.K. became the first member of the Council of Europe to ratify the European Convention, which came into force on 3 September 1953. In the same year the U.K. extended its obligations under the Convention to forty-two dependent territories, including Barbados: (1953) (Cmd. 9045). “The extension of the Convention meant that in virtually all British colonial territories, in theory at least, human rights were protected under the European Convention”: *Human Rights and the End of Empire* by A.W.Brian Simpson

(*Oxford, 2004*) at page 844. It would therefore be a regression if the effect of our interpretation of the guarantees of the fundamental rights and freedoms of the individual under the Constitution accorded less protection to the individual after independence than that enjoyed prior to independence under the European Convention: *Reyes* at page 247D. This was one of the factors guiding the interpretation of the Jamaican Constitution in *Pratt and Morgan*; Lord Griffiths said at page 29B, “the primary purpose of the Constitution was to entrench and enhance pre-existing rights and freedoms, not to curtail them”. It is to be noted that the JCPC relied in the Barbados appeal of *Bradshaw and Roberts*, as stated at page 67h, on its opinion in *Pratt and Morgan*. The Constitution is a living instrument and by reason of section 117(11) thereof in conjunction with section 31 of the *Interpretation Act, Cap.1* shall be construed as always speaking.

*(b) Enforcement of Fundamental Rights*

[74] Chapter III of the Constitution provides for the protection of fundamental rights and freedoms of the individual in sections 12 to 23. Section 24, pursuant to which the appellants filed their motions, provides for the enforcement of the protective provisions as follows:

24. (1) ...if any person alleges that any of the provisions of sections 12 to 23 has been, is being or is likely to be contravened in relation to him (or, in the case of a person who is detained, if any other person alleges such a contravention in relation to the detained person), then, without prejudice to any other action with respect to the same matter which is lawfully available, that person (or that other person) may apply to the High Court for redress.

(2) The High Court shall have original jurisdiction –

(a) to hear and determine any application made by any person in pursuance of subsection (1); and

(b) to determine any question arising in the case of any person which is referred to it in pursuance of sub-section (3), and may make such orders, issue such writs and give such directions as it

may consider appropriate for the purpose of enforcing or securing the enforcement of any of the provisions of sections 12 to 23 (emphasis added).

In seeking declaratory relief under section 24, *Lord Bingham* in *Hinds* at page 868D described the section as conferring, “a wide-ranging power to grant constitutional relief where the need for it is shown”.

*(c) Commutation of Sentence or Stay of Execution*

[75] The appellants in their amended originating motions seek an order commuting the sentence of death to a sentence of life imprisonment; alternatively, an order staying the execution of the sentence of death pending the hearing and determination of their applications to the IACHR. In *Higgs v. Minister of National Security [2000] 2 A.C. 228* at 251E-G, *Lord Steyn* dissenting, mentioned the two forms of relief, as follows:

The two applicants seek in the first place commutation of the death sentences imposed on them by reason of the prolonged periods for which they have been held on death row in The Bahamas, coupled with the conditions to which they have been subjected during those periods... I would advise Her Majesty that both appeals should succeed on this primary issue. In these circumstances the applicants’ alternative claims for the lesser relief of a stay of execution of their sentences pending the decisions of the Inter-American Commission on Human Rights fall away and need not be considered. I do not, therefore, express any view on this aspect of the two appeals. Had it been necessary to consider the matter I would have wished to explore it in depth. And I would not have considered the matter as necessarily concluded by *Fisher v. Minister of Public Safety and Immigration (No. 2) [2000] 1 A.C. 434*.

*Fisher* held that the execution of the appellant, in the circumstances of that case, while his petition had been under consideration by the IACHR, did not infringe his right to life or constitute inhuman treatment under The Bahamas Constitution. *Fisher* was decided (5 October 1998) before *Lewis* (12 Sep-

tember 2000) and *Lord Slynn of Hadley*, who gave the judgment of the majority in *Lewis*, “distinguished” *Fisher*, in which he gave the dissenting opinion with *Lord Hope of Craighead*. It may also be noted that *Lord Hoffmann* joined in the majority judgment in *Fisher* given by *Lord Lloyd of Berwick*, but in *Lewis* he gave the sole dissenting opinion.

[76] We have taken the opportunity in this appeal to explore whether it is appropriate to commute the death sentences or to grant a stay of execution of the sentences pending the decisions of the IACHR. In view of our decision on issue one, these are the only two forms of relief open to us and we must exercise our discretion to grant the most appropriate relief in the individual circumstances of this case. It is stated in *Lewis* at page 55F that the Court of Appeal of Jamaica granted a temporary stay of execution to one of the appellants pending the determination of his case before the United Nations Human Rights Committee and its consideration by the Governor-General in Privy Council. However, the JCPC commuted the sentences of all of the appellants based on the delay since the periods of initial conviction. In four of the cases, as noted at page 87E, five years had elapsed since the first conviction and sentence and in one case nearly five years had elapsed. The issue was therefore resolved on the basis of the *Pratt and Morgan* guidelines on delay and all the sentences were commuted.

[77] In *Thomas (and Hilaire)*, referred to in paragraph [31] above, the JCPC allowed the appeal, declared that it would be a breach of the applicants’ constitutional rights to carry out the death sentences before their applications to the IACHR had been finally determined and the final decisions of the IACHR and the Inter-American Court had been duly considered by the authorities of Trinidad and Tobago and accordingly stayed the executions, as stated in the majority judgment of *Lord Millett* at pages 23E and 29E and as further explained by him in the majority judgment of *Briggs v. Baptiste [2000] 2 A.C. 40* at page 46F. In *Briggs*, unlike *Thomas*, the majority view was that the relief sought from the Inter-American system was not pending, but had run its course and therefore

his appeal was dismissed. The appellant *Thomas* had filed his petition on 31 March 1998, two years and seven months before the five-year anniversary of his murder conviction on 15 November 2000, and the appellant *Hilaire* had filed his petition on 7 October 1997, also two years and seven months before the five-year anniversary of his murder conviction on 29 May 2000, as stated at *page 19 C-D* and *G*. In *Thomas* therefore, there were good prospects of the IACHR reporting within the time frame set out in *Pratt and Morgan*. *Lord Steyn at page 36B* concurred that the execution of the death sentences be stayed pending consideration of the reports of the IACHR. However, in his dissenting opinion on commutation of sentence, he was of the opinion that the correct disposal of the appeals would have been to commute the death sentences and to substitute terms of life imprisonment on the ground of delay coupled with his acceptance of the findings of fact of the trial judge in respect of *Thomas*'s, and by inference *Hilaire*'s, inhuman treatment imposed in prison contrary to the Prison Rules.

[78] The five-year time frame set out in *Pratt and Morgan* was not intended to be a rigid timetable. *Lord Griffiths at pages 34H* and *35G* stated:

Their Lordships do not purport to set down any rigid timetable but to indicate what appear to them to be realistic targets... These considerations lead their Lordships to the conclusion that in any case in which execution is to take place more than five years after sentence there will be strong grounds for believing that the delay is such as to constitute "inhuman or degrading punishment or other treatment.

The principles established in *Pratt and Morgan* were explained by *Lord Goff of Cheveley* in *Guerra v. Baptiste [1996] 1 A.C. 397* at *pages 413F* and *414H* as follows:

[N]o fixed time is specified for the period within which execution should take place after conviction and sentence. On the contrary, the period is to be ascertained by reference to the requirement that execution should follow *as swiftly as practicable* after sentence, allowing *a reasonable time* for appeal and consideration of reprie-



## IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES

ve...It is to be observed that this (five-year) period was not specified as a time limit...It follows that the period of five years was not intended to provide a limit, or a yardstick, by reference to which individual cases should be considered in constitutional proceedings.

*Lord Goff* further explained in *Henfield v. Attorney-General of The Bahamas [1997] A.C. 413* at page 421B-E that the five-year period was not to be regarded as a fixed limit, but rather as a norm:

[A]ttention has been concentrated on the five-year period specified in *Pratt v. Attorney-General for Jamaica*. This period has been treated as the overall period which, in ordinary circumstances, must have passed since sentence of death before it can be said that execution will constitute cruel or inhuman punishment. It has not however been regarded as a fixed limit applicable in all cases, but rather as a norm which may be departed from if the circumstances of the case so require. ...In *Guerra* ... the total delay amounted to four years and ten months. The Privy Council held that, following such delay, execution would constitute cruel and unusual punishment and so be unlawful. In so holding the Board had regard to the serious delay which had occurred and to the cause of that delay, and to the fact that, as a result, the overall lapse of time since sentence of death was close to the five-year period.

The position was summarised in *Fisher* by *Lord Slynn of Hadley* and *Lord Hope of Craighead* in their dissenting opinion at page 453D as follows:

[T]he decision in *Guerra* illustrates, the five-year period has in practice been treated not as a limit but as a norm, from which, as *Lord Goff* said in *Henfield's* case, the courts may depart if it is appropriate to do so in the circumstances of the case. The decision in *Reckley v. Minister of Public Safety and Immigration (No. 2) [1996] A.C. 527*, in which the petition for special leave to the Judicial Committee was dismissed more than five years after the passing of the death sentence, shows that there is room for some latitude either way in the application of the five-year period, depending on the circumstances.

[79] We should add that the five-year period has been further refined. In *Pratt and Morgan* at pages 34G and 35G Lord Griffiths stated:

The aim should be to hear a capital appeal within 12 months of conviction...In this way it should be possible to complete the entire domestic appeal process within approximately two years...it should be possible for the (United Nations Human Rights) Committee to dispose of (complaints) with reasonable dispatch and at most within 18 months.

In *Guerra* at page 415B, Lord Goff referred to the periods given in *Pratt and Morgan* as “realistic targets” and in *Henfield*, he elaborated at page 424D as follows:

It is true that, in formulating (the five-year) period, the Board made allowances both for domestic appeals (two years) and for petitions to the Human Rights Committee (18 months), the basic function of doing so being to ensure that the period so chosen accommodated target periods for both of these. But it is the whole period of five years...which constitutes the inordinate delay; and the choice of five years was chosen as being long enough...to accommodate the relevant appellate procedures, but also as being... long enough... to constitute inordinate delay.

[80] In this case, the five-year norm will expire on 2 February 2006. There is therefore another eight months within the five-year period during which a report could be received. However, in *Thomas* at page 27C, Lord Millett stated that “in allowing only 18 months to complete the international processes, the Board can with hindsight be seen to have been unduly optimistic” in *Pratt and Morgan*. In *Bradshaw and Roberts* at page 941D the respondents stated that “applications to the human rights bodies take on average two years”, which would extend the period from the date of the petition to the IACHR in September 2004 to September 2006. The Attorney-General has pointed out that the delay in this case was indeed not attributable to the Barbados courts as the appeal to this Court was heard and determined one year and one month after the conviction. A period of two years elapsed between the application

for special leave to appeal and the decision of the JCPC; this therefore exceeded the target period by one year. There is no doubt that the inability of the appellants to finance their appeals contributed to the delay of the appeal process to the JCPC. This happened in *Bradshaw and Roberts*, where Government failed to respond to a request for funding, as stated at page 942G of that case.

[81] It should also be noted that Government failed to comply with the Order of the Inter-American Court dated 17 September 2004, to provide a report, as stated in its further Order dated 25 November 2004. In the circumstances, it is highly unlikely that a report would be forthcoming within the time frame of *Pratt and Morgan*. In *Harewood and Murrell v. The Attorney-General (High Court cases Nos. 1529 and 1530 of 1995, unreported decision of 13 November 1996)*, which was surprisingly not cited to us, *Garvey Husbands J* was guided by *Pratt and Morgan* and *Guerra* in commuting the applicants' sentences of death to sentences of life imprisonment. The period between conviction and disposal of *Harewood's* JCPC appeal was four years and seven months and the period for *Murrell* was a few days short of the same. The judge held that he was in "no doubt that to execute the applicants after such a lapse of time would constitute inhuman and degrading punishment or other treatment in contravention of section 15 of the Constitution".

[82] However, apart from the serious delay, which is close to the five-year period and which is not attributable to the appellants, we are of the opinion that there is another factor in favour of commutation of the sentences in this case: the undesirability and inappropriateness of subjecting the BPC to directions of the court. The BPC has the right to regulate its own procedure, subject to judicial review of the procedural fairness of its decision-making. Judicial deference to the BPC and the limited time before the expiry of the five-year period therefore dictate that we should not order a stay of execution pending the report from the IACHR. In view of the time frame and the circumstances of this case, the proper order is to commute the sentences.

[83] On the other hand, in a case in which there is sufficient time within which to exhaust the domestic and international procedures, the court will have to consider whether in all the circumstances it is appropriate to order a stay of execution until the procedures have been completed. In such a situation, it may be necessary for the court to give directions. In our view, the recommendations of an international body to which the state has subscribed should be accorded due respect and reasons should be stated if it is intended to depart from those recommendations. The facts and circumstances of each case require careful and detailed consideration in order to arrive at a just result, which will inevitably determine the applicant's right to life.

[84] We may add three further considerations that favour a decision to commute the sentences. First, the death warrants have already been read to the appellants on two occasions with an interval of two years between the readings. In *Briggs* at page 55B, Lord Millett stated that the repeated reading of the death warrant did not amount to cruel and unusual treatment, but was rather a matter to be taken into account in advising on the exercise of the prerogative of mercy. It would be undesirable to expose the appellants to a third reading of the death warrants and the likelihood of further court proceedings. Secondly, although we have no jurisdiction to examine the merits of the advice given by the BPC, we nevertheless may take into account all the facts and circumstances so as to determine the order that we should make under section 24 of the Constitution. The difference in punishment between the twelve year sentences for manslaughter given to the two co-accused of the appellants and the mandatory death sentences passed on the appellants is disproportionate; albeit that the appellants refused to accept the prosecution's offer of a guilty plea to the lesser offence of manslaughter. Thirdly, the appellants have no access to adequate funding to effectively pursue any further rights they may have, but instead are dependant on local and overseas lawyers, who are prepared to act for them *pro bono*.

*IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES*

[85] In *Pratt and Morgan*, Lord Griffiths stated at page 34A, in relation to the power in section 25(2) of the Constitution of Jamaica:

The width of the language of this subsection enables the court to substitute for the sentence of death such order as it considers appropriate. The appropriate order in the present case is that the sentence of death of each applicant should be commuted to life imprisonment.

[86] In *Bradshaw and Roberts*, the appellants claimed that the delays between the sentences and the intended executions constituted a breach of section 15(1) of the Constitution, which prohibited the subjection to torture or to inhuman or degrading punishment or other treatment and that the remedy under section 24(2) of the Constitution for the breach should be commutation of the sentence of death to a sentence of life imprisonment. The JCPC allowed the appeals from this Court and ordered that the sentences of death be commuted to sentences of life imprisonment.

[87] Similarly, in *Lewis and Matthew*, following *Pratt and Morgan*, the JCPC commuted the sentence of death of all the appellants to sentences of life imprisonment. Therefore in *Pratt and Morgan*, *Bradshaw and Roberts*, *Lewis and Matthew* the sentences of death were commuted by the JCPC to sentences of life imprisonment. We are unanimously of the view that the appropriate and proportionate order to make would be the same as that made in the above cases. We therefore order that the appeal be allowed and that the sentences of death imposed on the appellants be commuted to sentences of life imprisonment.

*(d) International Human Rights*

[88] We would not wish to leave this judgment without stating that we understand the position taken by the Attorney-General on behalf of the Government. We are also cognisant of the public interest in having a lawful sentence of the court carried out. The appellants have exhausted their domestic reme-

dies including their final appeal to the JCPC, which was dismissed on 7 July 2004. The BPC advised the Governor-General against the exercise of the prerogative of mercy in favour of the appellants, as it was entitled to do, and everything was therefore organised for the execution of the appellants on 21 September 2004. Yet, they have not been executed. What we have tried to make clear is that the appellants have enforceable rights not only under the Constitution, but also by reason of Barbados being a party to international human rights treaties, under which they acquired individual rights. It is these rights that the appellants now seek to exercise. The Attorney-General has very ingeniously argued that any international human rights that the appellants may have are subordinate to the state's domestic law and that there is no lawful impediment to the law taking its course. However, the legal authorities, which bind this Court, do not support that view. Further, such a view is contrary to the developing international human rights jurisprudence. It follows that it is not possible for us to consider human rights without regard to Barbados' international treaty obligations as set out in *Boyce and Joseph* at page 809, paragraph 81. In the circumstances, it is the responsibility of the judiciary as guardian of the Constitution to give meaning to its preamble by which the people of Barbados proclaim "the dignity of the human person" and "their unshakeable faith in fundamental human rights and freedoms".

[89] We have been greatly assisted by the submissions of the appellants' counsel and by those of the Attorney-General and her counsel. The issues have been carefully and clearly presented thereby enabling us to readily resolve them.

[90] As to costs, this being a civil appeal of constitutional importance, we see no good reason to depart from the usual rule that costs should follow the event. We therefore order that the appellants should have their costs against the respondents jointly and severally, here and in the court below, each certified fit for two attorneys-at-law, such costs to be agreed or taxed.

## INVALIDEZ JURÍDICA DE LAS NORMAS SOBRE “AMNISTÍAS” RESPECTO DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

**Sinopsis:** La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina emite una sentencia por medio de la cual resuelve la invalidez jurídica de las leyes de amnistía que dejaban en impunidad graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado. La sentencia reconoce que aunque la Constitución reconoce la facultad del Estado para emitir amnistías, esa facultad se encuentra limitada por el derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido destaca que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las directrices de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de la que se encuentra el deber de garantizar los derechos humanos, que impone al Estado la obligación de investigar los hechos y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, con lo cual institutos como la amnistía carecen de valor jurídico.

**Synopsis:** *Argentina's Supreme Court of Justice delivered a judgment which resolved the juridical invalidity of amnesty laws that allowed serious human rights violations to go unpunished. The judgment acknowledges that although the Constitution recognises the power of the State to dictate amnesties, such power is limited by the international law of human rights. In this sense, it emphasized the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the directives of the Inter-American Commission on Human Rights as indispensable in the interpretation of the duties and obligations derived from the Inter-American Convention on Human Rights, which impose on the State the obligation to investigate the facts and sanction those responsible for human rights violations. Thus, the Court declared that said amnesty laws lacked juridical value.*

*INVALIDEZ JURÍDICA*



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
ARGENTINA - 14 DE JUNIO DE 2005

RECURSO DE HECHO EN LA CAUSA SIMÓN,  
JULIO HÉCTOR Y OTROS S/ PRIVACIÓN ILEGÍTIMA  
DE LA LIBERTAD

*Considerando:*

1) Que estas actuaciones se iniciaron con motivo de la querrela formulada por Buscarita Imperi Roa, quien afirmó que el 28 de noviembre de 1978 las denominadas “fuerzas conjuntas” secuestraron a su hijo José Liborio Poblete Roa, a su nuera Gertrudis Marta Hlaczik y a su nieta Claudia Victoria Poblete; y que distintas denuncias recibidas en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo señalaban que el militar retirado Ceferino Landa y su esposa Mercedes Beatriz Moreira, tenían en su poder a la menor anotada bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa.

Tras el correspondiente impulso fiscal en torno al hecho denunciado, se llevaron a cabo diversas medidas de prueba que, en efecto, determinaron que Claudia Victoria Poblete se encontraba con vida, que se hallaba inscripta con el nombre de Mercedes Beatriz Landa como hija de Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira y que este estado se constituyó poco tiempo después de que las fuerzas armadas la privaran de su libertad cuando contaba con ocho meses de edad.

A raíz de ello, el 25 de febrero de 2000, se decretó el procesamiento con prisión preventiva del militar retirado teniente coronel Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira en orden a los delitos previstos por los [artículos] 139, [inciso] 2, 146 y 293 del Código Penal y se declaró la nulidad de la inscripción

## INVALIDEZ JURÍDICA

del nacimiento de Mercedes Beatriz Landa como hija de los nombrados ([folios] 532/543 del expediente principal).

2) ...tras escuchar los descargos de los imputados, el juez de primer grado dispuso el procesamiento, con prisión preventiva, de Del Cerro y Simón por haber secuestrado, retenido y ocultado a Claudia Victoria Poblete —[artículo] 146 del Código Penal— ([folios] 1470/1490).

Por su parte, la alzada, al confirmar el mencionado auto de mérito, indicó que, de acuerdo con el impulso procesal generado por el representante del Ministerio Público Fiscal y por la querrela, la investigación debía abarcar los hechos ilícitos de los que habían sido víctimas los padres de Claudia Victoria Poblete; sobre este punto indicó que de los diversos testimonios y constancias incorporadas en el expediente se desprendía que cuando los menores que permanecieron o nacieron en cautiverio en “El Olimpo” fueron efectivamente entregados a sus familiares, posteriormente sus padres recuperaron su libertad, en tanto que en los casos en los cuales los niños no fueron devueltos a sus abuelos (como el del matrimonio Poblete y el caso de Lucía Tartaglia) sus padres permanecían aún como detenidos desaparecidos ([folios] 1607/1614).

3) Que, en razón de ello, el juez de primera instancia consideró que existían elementos de prueba suficientes para recibirles declaración indagatoria a Julio Héctor Simón y a Juan Antonio Del Cerro por los hechos ilícitos sufridos por José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; de modo que, con el objeto de cumplir con dichos actos procesales, declaró la invalidez de los [artículos] 1o. de la ley 23.492 y 1o., 3o. y 4o. de la ley 23.521 por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos ([artículos] 1o., 2o., 8o. y 25), con la Declaración Americana de Derechos Humanos ([artículo] XVIII), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ([artículos] 2o. y 9o.) y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes ([artículo] 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); y, a su vez, con apoyo en el [artículo] 29 de la Constitución Nacional declaró la inconstitucionalidad y la

nulidad insanable del [artículo] 1o. de la ley 23.492 y de los artículos 1o., 3o. y 4o. de la ley 23.521 (pronunciamiento de fecha 6 de marzo de 2001 que luce a [folios] 1798/1892).

4) ...Estos hechos fueron calificados como crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada, por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurría materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí ([artículos] 118 de la Constitución Nacional; 55, 144 bis, [inciso] 1 y último párrafo —ley 14.616— en función del [artículo] 142, [incisos] 1 y 5 —ley 21.338—, 144 ter, párrafos primero y segundo —ley 14.616— del Código Penal; 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación)...

6) Que, en el recurso extraordinario, el recurrente... postula la validez constitucional de la ley 23.521 y solicita que se aplique el beneficio reconocido en el [artículo] 1o. Afirma, que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no es un tema justiciable, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los [artículos] 75, [incisos] 12 y 20 de la Constitución Nacional, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado. Que tales leyes de amnistía por el alto propósito que perseguían de lograr la concordancia social y política, no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

También invoca la lesión a las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —aprobada por la ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la ley 24.820— con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar significación a la validez inalterable de las garantías consagradas en el [artículo] 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales

## INVALIDEZ JURÍDICA

reconocidos por la comunidad internacional ([artículo] 4o. de la ley 23.313)...

12) Que en cuanto a la pretensión del imputado de ampararse bajo la llamada “ley de obediencia debida”, corresponde señalar que al dictar dicha ley (23.521), el Congreso Nacional resolvió convalidar la decisión política del Poder Ejecutivo de declarar la impunidad del personal militar en las condiciones del [artículo] 1o. de dicha ley, por los delitos cometidos “desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo” ([artículo] 10, [inciso] 1, ley 23.049). Con el objetivo señalado, la ley mencionada se sustentó en la creación de una presunción, de conformidad con la cual, se debía considerar “de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad” ([artículo] 1o., ley 23.521, *in fine*).

13) Que la ley mencionada presentaba falencias serias en cuanto a su formulación, las cuales fueron señaladas al examinar su compatibilidad con la Constitución Nacional en el precedente de Fallos: 310:1162 ([confrontar] voto del juez Petracchi). Como se indicó en esa oportunidad, la ley 23.521 presentaba la particularidad de que no establecía regla alguna aplicable a hechos futuros y, de este modo, no cumplía con el requisito de generalidad propio de la función legislativa, infringiendo, por lo tanto, el principio de división de poderes. Asimismo, tal como se destacó en ese momento, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto, tal como ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional.

No obstante, a pesar de las deficiencias de la técnica legislativa utilizada, la *ratio legis* era evidente: amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de in-

tereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.

14) Que desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos —con el rango establecido por el [artículo] 75, [inciso] 22, de la Constitución Nacional— ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*.

16) Que si bien es cierto que el [artículo] 75, [inciso] 20, de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar *amnistías generales*, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”. Sin embargo, en la medida en que,

## INVALIDEZ JURÍDICA

como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables ([artículo] 75, [inciso] 22, Constitución Nacional).

17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ([confrontar] Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas).

18) Que ya en su primer caso de competencia contenciosa, “Velázquez Rodríguez”,<sup>1</sup> la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un *deber de garantía*, de conformidad con el cual,

en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.<sup>2</sup>

19) Que si bien el fallo citado reconoció con claridad el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus

<sup>1</sup> CIDH, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, Núm. 4

<sup>2</sup> *Loc. cit.* § 172

estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones *concretas* de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.

20) Que en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92.<sup>3</sup> En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos —desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros— cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el [artículo] 18 (derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los [artículos] 1o., 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino “la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar”.<sup>4</sup>

21) Que ya a partir de ese momento había quedado establecido que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la circunstancia de que los actos en cuestión hubieran sido dicta-

<sup>3</sup> “Consuelo Herrera *v.* Argentina”, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, informe Núm. 28, del 2 de octubre de 1992.

<sup>4</sup> *Loc. cit.*, puntos resolutivos 1 y 3, respectivamente.

## INVALIDEZ JURÍDICA

dos por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático (tal había sido la alegación del gobierno argentino)<sup>5</sup> era prácticamente irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los [artículos] 8.1 y 25.1 de la [Convención Americana sobre Derechos Humanos].

22) Que, sin embargo, restaba aún por determinar los alcances concretos de la recomendación de la Comisión en el Informe citado, en particular, con respecto a cuáles eran las “medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos”. Ello, por cuanto el tenor de la recomendación dirigida por la Comisión a la Argentina con relación a la incompatibilidad de las leyes de punto final y obediencia debida no permitía inferir, sin más ni más, si era suficiente el mero “esclarecimiento” de los hechos, en el sentido de los llamados “juicios de la verdad”, o si los deberes (¡y las facultades!) del Estado argentino en esta dirección también suponían privar a las leyes y el decreto en cuestión de *todos sus efectos*, ya que tal conclusión significaba producir una fuerte restricción de la cosa juzgada y del principio de legalidad, que impide prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal, ya cumplida en muchos casos.

23) Que tales dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”.<sup>6</sup> En efecto, en dicha sentencia, la Corte Interamericana hizo lugar a una demanda contra el Perú, a raíz de un episodio ocurrido en Lima, en el vecindario de “Barrios Altos”, el 3 de noviembre de 1991. Según se desprende del relato de los hechos, esa noche, durante una fiesta para recaudar fondos, llegaron dos vehículos con sirenas policiales. Sus ocupantes llevaban pasamontañas y obligaron a los asistentes a arrojar al suelo, y una vez allí, les dispararon con ametralladoras y mataron a

<sup>5</sup> Cf. § 25.

<sup>6</sup> CIDH, caso “Chumbipuma Aguirre vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, Núm. 75.



quince personas. Los autores del hecho fueron identificados como miembros de inteligencia militar del ejército peruano, que actuaban en un “escuadrón de eliminación” con su propio programa antisubversivo y que habría obrado en represalia contra supuestos integrantes de la agrupación “Sendero Luminoso”. Aunque el hecho ocurrió en 1991, sólo en 1995 una fiscal intentó sin éxito hacer comparecer a los militares imputados a fin de que prestaran declaración. Poco después, una jueza asumió la investigación y ordenó la citación. Sin embargo, la justicia militar dispuso que los militares no declararan. De este modo, se planteó un conflicto de competencia ante la Corte peruana, y antes de que ésta resolviera, el Congreso sancionó una ley de amnistía (26.479) que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones entre 1980 y 1995. La jueza declaró la inconstitucionalidad de la amnistía por violar garantías y obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al tiempo, el Congreso dictó una nueva ley (26.492), en la que declaró que la amnistía no era revisable en sede judicial y que era de aplicación obligatoria. Además, amplió el alcance de la ley anterior, con lo cual quedaron también abarcados aquellos hechos que no hubieran sido denunciados. El tribunal de apelación que revisaba la decisión de la jueza declaró la constitucionalidad de las leyes en cuestión, y ello determinó el archivo definitivo de la investigación.

La Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía, que constituyó la violación de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Con relación a este último aspecto, señaló expresamente que

*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsa-*

## INVALIDEZ JURÍDICA

*bles de las violaciones graves de los derechos humanos*, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>7</sup>

Señaló asimismo:

La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz... Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las *leyes de autoamnistía*, incurren en una violación de los artículos 8o. y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2o. de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.<sup>8</sup>

Consiguientemente, ante la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “*las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables*”.<sup>9</sup>

24) Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en “Barrios Altos” al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, “exactamente” iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de di-

<sup>7</sup> Cf. § 41.

<sup>8</sup> Cf. § 43.

<sup>9</sup> Cf. § 44. Sin destacar en el original.

chas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de “autoamnistía”. Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos.

En este sentido, corresponde destacar que lo que indujo al tribunal interamericano a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la ley *de facto* 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter *de facto* o no del gobierno que las dicta, sino que son *razones materiales* las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos.

25) Que, a esta altura, y tal como lo señala el dictamen del señor procurador general, la circunstancia de que leyes de estas características puedan ser calificadas como “amnistías” ha perdido toda relevancia en cuanto a su legitimidad. Pues, en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles.

26) Que, en este sentido, el caso “Barrios Altos” estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de “pacificación” disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que

## INVALIDEZ JURÍDICA

deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.

27) Que en este punto resulta pertinente recordar el voto concurrente del juez García Ramírez en el caso “Barrios Altos”, en el que se reconoce que el dictado de una amnistía, bajo ciertas circunstancias, podría resultar conveniente para el restablecimiento de la paz y la apertura de nuevas etapas constructivas, en el marco 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...”. Sin embargo “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”.<sup>10</sup>

28) Que, por otro lado, a partir de lo decidido en el caso citado con relación a los efectos de las llamadas “leyes de autoamnistía”, se advierte que no sería suficiente con la supresión “simbólica” de las leyes de esta naturaleza. Así, la Corte Interamericana no se limitó a declarar la incompatibilidad de las leyes con la Convención, sino que resolvió que las leyes peruanas carecían de efectos y le impuso al Estado peruano la obligación de hacer a un lado la cosa juzgada. Visto el caso argentino desde esta perspectiva, se concluye que la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana.

29) Que, por lo demás, la sentencia en el caso “Barrios Altos” no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante. Así, en la sentencia del 3 de septiembre de 2001, al interpretar el alcance de dicho caso, la Corte Interamericana ratificó su decisión anterior y señaló que lo

<sup>10</sup> Cf. Caso “Barrios Altos”, *cit.*, voto concurrente del juez García Ramírez, §§ 10 y ss.

allí resuelto se aplicaba con efecto general a todos los demás casos en que se hubieran aplicado las leyes de amnistía examinadas en aquella oportunidad, y volvió a insistir en que “la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado”.<sup>11</sup>

30) Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana,<sup>12</sup> cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados. Por lo demás, su concreta relevancia en el derecho interno frente a supuestos similares ya ha sido reconocida por este Tribunal en Fallos: 326:2805 (“Videla, Jorge Rafael”), voto del juez Petracchi; 326:4797 (“Astiz, Alfredo Ignacio”), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni y, en especial, en la causa A.533.XXXVIII. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa Núm. 259—”, resuelta el 24 de agosto de 2004, voto del juez Petracchi, en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico *ex post facto*.

31) Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos huma-

<sup>11</sup> Cf. CIDH, caso “Barrios Altos”, interpretación de la Sentencia de fondo, sentencia del 3 de septiembre de 2001, Serie C, Núm. 83.

<sup>12</sup> Cf. CIDH, caso “19 Comerciantes”, Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C, Núm. 109, (§§ 175, 262 y sgtes.); caso “Hermanos Gómez Paquiyaurí”, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C, Núm. 110, (§§ 232 y sgtes.); caso “Tibí”, Sentencia del 7 de septiembre de 2004 Serie C, Núm. 114, (§ 259 y sus citas); caso “Masacre Plan de Sánchez”, Sentencia del 19 de noviembre de 2004 Serie C, Núm. 116, (§§ 95 y ss., esp. § 99); caso “Hermanas Serrano Cruz”, sentencia del 1o. de marzo de 2005 Serie C, Núm. 120, (§§ 168 y ss., esp. §172); caso “Huilca Tecse”, Sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C, Núm. 121, (§§ 105 y ss., esp. § 108).

## INVALIDEZ JURÍDICA

nos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de “irretroactividad” de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

32) Que análogas consideraciones son las que han llevado al Congreso Nacional a dictar la ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes en cuestión. El debate parlamentario de dicha ley coincidió con el reconocimiento de jerarquía constitucional a la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad” y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de suprimir todos los efectos de las leyes anuladas. Así, en la Cámara de Diputados se evaluó, expresamente, la circunstancia de que la derogación de las leyes dispuesta en el [artículo] 2o., de la ley 24.952 no hubiera producido el efecto deseado, en razón de que no dejó claramente establecida la inaplicabilidad del principio de la ley penal más benigna.<sup>13</sup> Asimismo, la discusión legislativa permite inferir que el sentido principal que se pretendió dar a la declaración de nulidad de las leyes fue, justamente, el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un

<sup>13</sup> Cf. Cámara de Diputados, 4a. sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003, pp. 22 y ss.

obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes<sup>14</sup> y, de este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando.<sup>15</sup> Se trató, fundamentalmente, de facilitar el cumplimiento del deber estatal de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional.

33) Que los alcances de dicha obligación, por otra parte, han sido recientemente examinados por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, según el cual “cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto... los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías...”.<sup>16</sup>

En el mismo sentido, y en lo que atañe concretamente a nuestro país, las observaciones finales de dicho Comité sobre este tema dirigidas a la Argentina<sup>17</sup> establecen la inadmisibilidad de la situación creada por las leyes 23.492 y 23.521 también frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la insuficiencia de la mera derogación de tales normas: “Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores”.<sup>18</sup> Anteriormente, el mismo organismo ya había expresado lo siguiente: “El Comi-

<sup>14</sup> Cf. Cámara de Diputados, 4a. sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003, i.a. pp. 31, 50, 52.

<sup>15</sup> Cf. versión taquigráfica provisional, Cámara de Senadores, 11 sesión ordinaria, 20 y 21 de agosto de 2003, i. a., pp. 3, 36, 39 y ss. En esta dirección, también se citaron en apoyo de la decisión las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, formulada en el informe 28/92, *supra cit.*

<sup>16</sup> Observación General Núm. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80 periodo de sesiones (2004), §§ 17 y ss.

<sup>17</sup> Sesión 1893, del 10. de noviembre de 2000. Tales observaciones también fueron tomadas en consideración en el debate en la Cámara de Senadores i.a. pp. 42 y 47.

<sup>18</sup> *Loc. cit.*, § 9.

## INVALIDEZ JURÍDICA

té nota que los compromisos hechos por el Estado Parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son inconsistentes con los requisitos del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos].<sup>19</sup> Asimismo, manifestó en esa ocasión la preocupación sobre ambas leyes

pues privan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo del gobierno autoritario de un recurso efectivo en violación a los artículos 2o. (2,3) y 9o. (5) del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención extrajudicial de personas, incluyendo niños.<sup>20</sup>

34) Que, sin perjuicio de lo indicado precedentemente, considerada la ley 25.779 desde una perspectiva estrictamente formalista, podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al declarar la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica.

Sin embargo, corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella, necesariamente, habrá de ser aplicada —o, en su caso, rechazada— por los propios jueces ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular. Desde este punto de vista, se advierte que la supuesta “usurpación de funciones” tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde

<sup>19</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comentario sobre Argentina adoptados durante su sesión 53, el 5 de abril de 1995, § 3.

<sup>20</sup> *Loc. cit.*, § 10.



dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto.

Por otro lado, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, queda claro que el contenido mismo de lo declarado por la ley 25.779 coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas. Diferente sería la cuestión, si la nulidad declarada por la ley fuera contraria a derecho. Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío. Por lo demás, de ese modo se perdería de vista que el sentido de la ley no es otro que el de formular una declaración del Congreso sobre el tema y que, de hecho, la “ley” sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23.492 y 23.521.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor procurador general de la Nación, se resuelve:

1. Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2. Declarar la validez de la ley 25.779.

3. Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la nación argentina.

4. Imponer las costas al recurrente ([artículo] 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

*Diálogo Jurisprudencial*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 6 de junio de 2006 en los talleres de Formación Gráfica S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 2000 ejemplares.