

LA PENA DE MUERTE EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ**

RESUMEN: En el presente artículo, el autor, a través del estudio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, discute los criterios y decisiones más importantes adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la pena de muerte. El estudio de los diversos convenios, convenciones, tratados y jurisprudencia internacional, permite conocer el alcance y aplicabilidad de nuevas opiniones consultivas que se manifiestan en contra de la pena de muerte; como se muestra en el ensayo, en algunos casos se avanza no tanto con su abolición sino con un paso pequeño pero importante, reservándola a los homicidios dolosos, uno de los delitos más graves dentro de los catálogos de delitos en los Estados contemporáneos.

Palabras clave: derecho penal, penas, jurisprudencia, justicia internacional.

ABSTRACT: In the present article the author, through the examination of the American Convention on Human Rights, case law of the Inter-American Court on Human Rights and other international conventions, discusses the most important decisions and criteria produced by said Court concerning the death penalty. The study of said materials allows the identification of the reach and applicability of new consulting opinions of the Court which are against the death penalty. As shown in the essay, in some cases it has been possible to see some progress not so much in the form of the abolition of this kind of penalty, but in the form of a more modest step, which is the limitation of the death penalty to cases of intentional homicide.

Descriptors: criminal law, penalties, case law, international justice.

* La presentación inicial de este tema, en una versión más reducida, fue hecha por el autor en la conferencia principal del Seminario "The Death Penalty and Mexico-U.S. Relations. Historical Continuities and Present Dilemas", University of Texas at Austin, el 14 de mayo del 2004.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SUMARIO: I. *Introducción y marco normativo*. II. *Artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. III. *Opinión Consultiva OC-16/99. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”*. IV. *Apéndice*.

I. INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO

En este trabajo me propongo exponer los criterios sustentados y las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ en torno a la pena de muerte o a las cuestiones aledañas a esta sanción gravísima, hasta agosto de 2004. No considero, pues, pronunciamientos que pudiera emitir la corte con posterioridad a esta fecha, como sería la correspondiente a una posible Opinión Consultiva OC-20, solicitada en este mismo año, cuyas interrogantes constan en un apéndice.

La pena capital constituye un asunto constante y notable en las ocupaciones y preocupaciones de los juristas, y especialmente de los penalistas. La obra más influyente en el desarrollo de las ideas y las prácticas penales, *Dei delitti e delle pene*,² fue redactada a la sombra de la pena de muerte y contuvo un alegato vibrante en contra de ella. Se ha dicho, con razón, que Beccaria “modificó las ideas de todo el mundo civilizado acerca de la pena de muerte”.³ Nos encontramos, pues, como ha señalado un tratadista ilustre, ante un tema radical en el orden penal, que gravita sobre los restantes. Donde existe, la muerte punitiva es una gota que inficiona el vaso del sistema penal.⁴

¹ En lo sucesivo, la corte o la Corte IDH o el tribunal interamericano.

² Beccaria, César, *De los delitos y las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, est. introd. de Sergio García Ramírez, ed. facsimilar de la edición príncipe en italiano, México, Fondo de Cultura Económica, 2000. El capítulo destinado al examen y la impugnación de la pena capital (pp. 274 y ss.) se inicia con una reflexión presagiosa: “Esta inútil prodigalidad de suplicios, que nunca ha conseguido hacer mejores a los hombres, me ha obligado a examinar si es la muerte verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado. ¿Qué derecho pueden atribuirse éstos para despedazar a sus semejantes?” p. 274.

³ Mittermaier, *De la peine de mort d’après les travaux de la science, les progrès de la législation et les résultats de l’expérience*, París, Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1865, p. 16.

⁴ *Cfr.* Beristáin, Antonio, “Pro y contra de la pena de muerte en la política criminal contemporánea”, en varios autores, *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, p. 579.

Siempre he militado en la corriente abolicionista.⁵ Sin embargo, no pretendo insistir aquí en este parecer, que se halla, a mi juicio, ampliamente sustentado, sino explicar la posición de la jurisprudencia acuñada por la Corte Interamericana desde la perspectiva que le compete. Sobre este punto, conviene tomar en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁶ fuente de la competencia de la corte, no dispone la abolición de aquella pena, aunque trabaja intensamente en ese sentido, como expondré adelante.⁷ Esa posición, que apareció en algunos de los primeros pronunciamientos de la corte, se explaya en varias opiniones consultivas y en diversos casos contenciosos que darán contenido a estas notas. El tribunal se ha referido a las disposiciones internacionales sobre pena de muerte, en sentido estricto, y a normas referentes al debido proceso legal en conexión con casos contenciosos en los que se desembocó o se podría desembocar en la imposición de pena capital. Estas son las dos perspectivas desde las que la Corte IDH ha contemplado el tema que ahora me interesa.

Por lo que hace a textos internacionales, invocaré los mismos que ha tomado en cuenta la corte, así como algunos otros que guardan estrecha relación con esta materia, como son, principal, aunque no exclusivamente: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención (europea) sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950),⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (1981), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966),⁹ diversos protocolos correspondientes a la CADH,¹⁰ la CE¹¹ y el

⁵ Mi posición constante sobre la pena capital figuró en el artículo "La pena de muerte" (edición de 1970) de mi *Manual de prisiones. La pena y la prisión*, 4a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 239 y ss.

⁶ En adelante, la Convención Americana, la convención, el Pacto de San José o la CADH.

⁷ *Cfr.*, principalmente, II, 2.

⁸ Citada también como CE o CEDH.

⁹ También citado aquí como PIDCP.

¹⁰ Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 8 de junio de 1990; vigente el 28 de agosto de 1991.

¹¹ Protocolo núm. 6, del 28 de abril de 1983, y Protocolo núm. 13, del 3 de mayo de 2002.

PIDCP¹² y salvaguardias aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.¹³ Tendré presente, por motivos específicos, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,¹⁴ en torno a la cual se ha producido una importante opinión consultiva de la Corte Interamericana, que menciono en el siguiente párrafo.

Traeré a colación dos opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana en el ejercicio de esta vertiente de su competencia, que implica un campo de aplicación más amplio que el que suele corresponder a otros tribunales internacionales:¹⁵ la Opinión Consultiva OC-3/89¹⁶ y la Opinión Consultiva OC-16/99.¹⁷ Por lo que hace a sentencias en asuntos contenciosos, examinaré, de manera especial, las sentencias dictadas por la misma corte en los casos Hilaire, Constantine y Benjamín y otros.¹⁸ También he tomado en cuenta las sen-

¹² Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, de 29 de diciembre de 1989.

¹³ Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, del 25 de mayo de 1984.

¹⁴ Convención sobre Relaciones Consulares, del 24 de abril de 1963.

¹⁵ Es común que los tribunales internacionales posean competencia consultiva, pero la asignada a la Corte Interamericana —que ésta ha ejercido en forma muy apreciable— tiene mayor amplitud que sus equivalentes en lo que toca a la legitimación para formular consultas y a la materia de éstas. Al respecto, *cf.* Ventura Robles, Manuel E. y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios. 1982-1987*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1989, pp. 34-35; y Pasqualucci, Jo M., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2003, pp. 31-33 y 80. Generalmente se niega —o no se atribuye— carácter vinculante a las opiniones consultivas de la Corte IDH. Sin embargo, hay autores que sustentan un parecer diferente: así, *cf.* Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Autoridad Noruega para el Desarrollo Internacional-Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2004, esp. pp. 947-949 y 989 y ss. Según Alonso Gómez-Robledo Verdusco, las opiniones consultivas poseen “*force de droit* en lo general, ya que son susceptibles de conllevar ciertos efectos jurídicos a la par que ciertas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas”. *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2000, p. 46.

¹⁶ CIDH, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie A, núm. 3.

¹⁷ CIDH, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, serie A, núm. 16.

¹⁸ La sentencia del 21 de junio de 2002 en el caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros *vs.* Trinidad y Tobago, corresponde a la acumulación de los Casos Hilaire, Constantine y otros y Benjamín y otros, ordenada en la resolución del 30 de noviembre de 2001, conforme al artículo 28 del Reglamento de la Corte IDH. Para esto, el tribunal tomó en consideración, entre otros elementos de juicio, que las partes eran las mismas en los tres casos: Comisión Interamericana y

tencias correspondientes a los casos *Soering vs. The United Kingdom*¹⁹ y *Ôcalan vs. Turkey*,²⁰ dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos.²¹ Finalmente, me ha parecido indispensable cotejar los pronunciamientos de la Corte IDH con las sentencias correspondientes a ciertos procesos ante la Corte Internacional de Justicia,²² a saber: *LaGrand Case (Germany vs. United States of America)*²³ y *Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico vs. United States of America)*.²⁴

II. ARTÍCULO 4 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Tras un largo esfuerzo formativo, que refleja las intenciones universales y continentales, fue suscrita la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ella culminó una primera etapa de este azaroso camino,²⁵ a partir de la Declaración Americana. En esa estación quedaron reconocidos los derechos civiles y políticos, sin perjuicio de la referencia general a los derechos económicos, sociales y cultura-

Estado de Trinidad y Tobago; que el objeto era esencialmente idéntico en aquéllos: “todos se relacionaban con las garantías del debido proceso en supuestos de imposición de ‘pena de muerte obligatoria’ a todas las personas condenadas por el delito de homicidio intencional en Trinidad y Tobago, siendo las únicas diferencias las circunstancias individuales de cada caso”; y que los preceptos de la CADH, cuya violación se invocaba “eran fundamentalmente los mismos”. Caso Hilaire, Sentencia del 21 de junio de 2002, párr. 1, n. 2. Acerca de la jurisprudencia de la corte, en asuntos contenciosos, sobre el derecho a la vida, *cfr.* Remotti Carbonell, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, pp. 370 y ss.

¹⁹ *Case of Soering vs. The United Kingdom*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 23 April 1989. Se citará, igualmente, como *Soering*.

²⁰ *Case of Ôcalan vs. Turkey*, Judgment (Merits and just satisfaction), 12 March 2003. También se citará como *Ôcalan*.

²¹ También mencionada aquí como Corte Europea o tribunal de Estrasburgo.

²² Aludida, en ocasiones, como CIJ.

²³ Judgment, 27 June 2001. Se citará como *LaGrand*.

²⁴ *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America)*, Judgment, 31 March 2004. Se citará como *Avena*.

²⁵ Sobre la formación de la CADH, *cfr.* *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a enero de 2004)*. Washington, D. C., Organización de los Estados Americanos-Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/1.4 rev. 10, 31 de enero de 2004, pp. 9 y ss.; y Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos (OEA/Ser.K/XVI/1.2), Washington, D. C., Secretaría General, Organización de los Estados Americanos.

les.²⁶ Luego llegarían éstos, de manera extensa y específica, en el Protocolo de San Salvador.²⁷ El tema que ahora analizo figura en el artículo 4 de la convención. Destinaré las siguientes páginas al examen de este precepto. Para ello me referiré a cada uno de los seis párrafos que lo integran.

1. *Párrafo 1. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*

A. *Textos internacionales*

Esta fracción tiene concordancias o correspondencias en los grandes textos declarativos y preceptivos que presentan y exaltan el principal entre todos los derechos, aquel sin el cual los restantes carecen de cimiento o de eficacia. Es así que lo recogen la Declaración Universal,²⁸ la Declaración Americana,²⁹ el Pacto Internacional,³⁰ la Convención Europea³¹ y la Carta Africana.³² La identificación de “toda persona” —expresión que se utiliza en todos los artículos de la

²⁶ El artículo 27, CADH, estipula que “los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

²⁷ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 17 de noviembre de 1988, vigente el 16 de noviembre de 1999.

²⁸ “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (artículo 3).

²⁹ “Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona” (artículo I).

³⁰ “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente” (artículo 6.1).

³¹ “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. La muerte no puede ser infligida intencionadamente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un tribunal en el caso en que el delito sea castigado con esta pena por la Ley” (artículo 2.1).

³² “La persona humana es inviolable. Todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida y la integridad de su persona. Nadie puede ser privado arbitrariamente de ese derecho” (artículo 4).

Declaración Americana y en la mayoría de los preceptos de reconocimiento o atribución de derechos de la CADH— para identificar al titular de los derechos, se refiere al ser humano, a la persona física,³³ no a la persona moral,³⁴ cuya constitución puede derivar del ejercicio de derechos individuales. Esta posibilidad encuadra, en el derecho de asociación,³⁵ genéricamente, y de asociación laboral o profesional,³⁶ específicamente.

B. *Derecho universal a la protección de la vida*

Nos hallamos, como es evidente, ante el más esencial de todos los derechos —valga la expresión—, correspondiente a la categoría que algunos tratadistas denominan de primera generación.³⁷ La jurisprudencia

³³ Así, artículo 1.2, CADH: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

³⁴ La Corte IDH ha examinado el problema de los derechos humanos con respecto a las personas morales. Hizo “notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre y representación”. Aun cuando la convención no reconoce expresamente la figura de las personas morales —a diferencia del reconocimiento expreso que contiene el Protocolo 1 a la Convención Europea— “esto no restringe la posibilidad de que bajo ciertos supuestos el individuo pueda acudir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aunque los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del derecho”. Caso Cantos *vs.* Argentina. Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001, párrs. 27 y 29. La CIDH invoca la resolución de la Corte Europea en el caso Pine Valley Developments Ltd. and others *vs.* Ireland, en el que figuraban tres peticionarios “personas jurídicas”, que “no eran más que vehículos a través de los cuales el señor Healy, en su condición de persona física, desarrollaba una determinada actividad económica”. La Corte Europea “rechazó el argumento del Estado y señaló que era artificial hacer distinciones entre los peticionarios para efectos de ser considerados víctimas de una violación de algún derecho consagrado en la Convención Europea”. *Idem*, párr. 29, n. 1.

³⁵ Artículo 16, CADH.

³⁶ Artículos 16, CADH, y 8.1.a. del Protocolo de San Salvador. Las violaciones a este derecho se hallan expresamente sometidas a la competencia contenciosa *ratione materiae* de la Corte IDH, en los términos del artículo 19.6 del mismo protocolo.

³⁷ *Cfr.* Bidart Campos, Germán F., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 195 y ss., y Rey Cantor, Ernesto, y Rodríguez Ruiz, María Carolina, *Las generaciones de los derechos humanos*, Bogotá, Página Muestra Editores, 2003, pp. 47 y ss. Sobre los componentes del sistema de derechos humanos, como dato actual de las aportaciones “generacionales”, y su posible síntesis en un derecho individual al desarrollo, que abarca libertad, justicia y bienestar, véase García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, Secretaría de Educación Pública, 1976, colección Septentas, núm. 254, pp. 172-173. *Cfr.*, asimismo, mi trabajo “La jurisdicción americana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas”, en García Ramírez, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, Universidad

dencia de la Corte IDH considera que este reconocimiento encierra un principio “sustancial” a propósito de la vida:³⁸ la declaración más amplia sobre este derecho, la protección que requiere, la consagración que demanda. La alusión al “respeto a la vida” debiera ser entendida, a mi modo de ver, conforme a la versión extensa de la tutela de los derechos humanos que es posible construir a partir de los pronunciamientos del tribunal interamericano. En tal sentido, abarcaría los siguientes datos o elementos: *a)* El reconocimiento mismo del derecho a la vida, con carácter universal;³⁹ *b)* La adopción de medidas para preservar ese derecho, con base en las obligaciones generales estatuidas por la convención;⁴⁰ *c)* La remoción de obstáculos que se opongan a la eficacia de aquel derecho, lo cual entraña, entre otras cosas, la actuación del Estado contra prácticas adversas;⁴¹ *d)* Una vertiente especial de esta obligación: ineficacia internacional de los

Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 280 y 281, y en *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003, pp. 139-141.

³⁸ En la Opinión Consultiva OC-3 se formula un pertinente deslinde en lo que toca a los principios recogidos por la convención a este respecto: “El asunto está dominado por un principio sustancial expresado por el primer párrafo (del artículo 4), según el cual ‘toda persona tiene derecho a que se respete su vida’ y principio procesal según el cual nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, párr. 53.

³⁹ Conforme al artículo 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “los Estados partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”.

⁴⁰ Artículos 1 (“Obligación de respetar los derechos”) y 2 (“Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”) de la CADH, con correspondencia en el artículo 2 del PIDCP.

⁴¹ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre del 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. En mi *Voto razonado concurrente* a esa opinión consultiva, manifesté: “Tomando en cuenta las características de los deberes generales de los Estados al amparo del derecho internacional general y del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente, en lo que corresponde a estos extremos del *jus cogens*, aquellos deben desarrollar, como se sostiene en la *OC-18/2003*, determinadas acciones en tres órdenes mutuamente complementarios: *a)* por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza —es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado— la efectiva vigencia —no sólo la consagración nominal— de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; *b)* por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y *c)* finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia. Sólo entonces se puede decir que un Estado cumple sus obligaciones de *jus cogens* en esta materia, que, como se ha mencionado, no dependen de que el Estado sea parte en determinado convenio internacional, y sólo entonces quedaría a cubierto de la responsabilidad internacional que proviene del incumplimiento de deberes internacionales”. *Cfr.* mi examen sobre esta opinión consultiva en García Ramírez, Sergio, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la OC-18/2003”, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 9 y ss.

obstáculos contenidos en el orden interno;⁴² e) Provisión de garantías para la tutela del derecho,⁴³ y f) Interpretación consecuente con el designio de la convención.

En un estudio sobre la tendencia jurisprudencial en torno a la pena de muerte y el debido proceso legal cuando se halla a la vista la aplicabilidad de la sanción capital, es relevante inquirir sobre la interpretación de los textos convencionales. Siempre viene a cuentas el principio *pro homine* (que algunos prefieren expresar como *pro personae*) —una regla de interpretación, pero también de construcción de normas—, que se deduce de: a) La orientación antropocéntrica del moderno Estado constitucional;⁴⁴ b) Las disposiciones generales del derecho internacional público sobre interpretación de tratados a la luz del objeto y el fin de éstos;⁴⁵ c) Los fines a los que sirve el derecho internacional de los derechos humanos: protección de los derechos fundamentales del individuo; a la cabeza, el derecho a la vida, y d) Las normas particulares de la Convención Americana, que procuran la más amplia tutela de los derechos y para ello resuelven la preferencia

⁴² La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, dispone: “Una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46” (artículo 27), que se refiere a los tratados celebrados con violación del derecho interno.

⁴³ Frecuentemente se ha observado que a la etapa inicial de proclamación (nacional e internacional, en sus ámbitos históricos respectivos) de los derechos humanos, seguiría la consagración vinculante (en lo internacional: a través de tratados y convenciones), y en seguida vendría el establecimiento de “garantías”: instrumentos, generalmente jurisdiccionales, para la efectividad de los derechos. *Cfr.*, en lo que toca al orden internacional, las consideraciones de Norberto Bobbio: “el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento (de los derechos fundamentales), sino el de las garantías” (“Presente y porvenir de los derechos humanos”, en varios autores, *Anuario de Derechos Humanos 1981*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, 1982, p. 10), o dicho de otra manera: el problema “no es filosófico sino jurídico, y en sentido más amplio, político”. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, Gedisa, 1982, p. 130. Este artículo fue publicado, bajo su título original, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en la *Gaceta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, México, año VI, núm. 4, abril de 1999, p. 112. Estado de derecho es, en síntesis, un Estado con sistema de garantías de los derechos humanos; *cfr.* Bobbio, “Presente y porvenir...”, en varios autores, *Anuario de Derechos...*, *cit.*, en esta misma nota, p. 24.

⁴⁴ *Cfr.* Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 115.

⁴⁵ El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados previene que éstos “deberá(n) interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

de las disposiciones e interpretaciones que mejor abonen esta tutela,⁴⁶ criterio adoptado, asimismo, por recientes disposiciones internas.⁴⁷

Estas reflexiones acerca de la interpretación llevan a desentrañar el mejor sentido de las normas convencionales, tomando en cuenta la variación de las condiciones y el desenvolvimiento progresivo de la tutela pública de la dignidad humana, proyectada en el incremento cuantitativo y cualitativo de los derechos fundamentales. De ahí la posibilidad de asumir novedades que mejoren la posición de la persona. En un caso notable, la Corte Europea reconoció que la CE “es un instrumento vivo que... debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”.⁴⁸ Es preciso, pues, releer los textos con mirada que les confiera sentido contemporáneo e idoneidad evolutiva,⁴⁹ co-

⁴⁶ En este sentido, el artículo 29 CADH.

⁴⁷ Por ejemplo, en lo que corresponde a Argentina, *cf.* Vanossi, Jorge R., “Los tratados internacionales ante la reforma de 1994”, en Abregú, Martín y Curtis, Christian (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 106 y 107. Esta Constitución establece categorías de instrumentos internacionales: tratados clásicos; tratados y normas vinculados con derechos humanos mencionados en el inciso 22 del artículo 75, “y que, según el constituyente, formarían o constituirían en su conjunto un sistema”; “los demás tratados y convenciones de derechos humanos”; tratados de integración con los países latinoamericanos; y tratados de integración con Estados no latinoamericanos. En cuanto a Venezuela, que aporta otro ejemplo notable y reciente, el artículo 23 de la Constitución previene: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público”. *Cfr.*, asimismo, Ayala Corao, Carlos, “La jerarquía de los tratados de derechos humanos”, en varios, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Juan E. Méndez y Francisco Cox, Editores-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 141 y 142.

⁴⁸ La expresión fue utilizada por Amnesty Internacional y recogida por la corte en el caso Soering..., *cit.*, nota 19, párr. 102, en el marco de unas condiciones que favorecían el abolicionismo. Se reiteró en la sentencia del caso Ócalan..., *cit.*, nota 20, párr. 193. En este punto, la Corte Europea citó también el caso Selmouni vs. France, Judgement of 28 July 1999, Reports 1999-V, párr. 101.

⁴⁹ Al respecto, es interesante la expresión contenida en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América en el caso de *Borghis vs. Falk Co.* (1911): “Cuando una Constitución del siglo XVIII forma la carta de libertad de un Estado del siglo XX, ¿han de ser sus preceptos generales contruidos e interpretados con un espíritu del siglo XVIII?”. Añade la resolución judicial: “Cuando no entran en consideración mandato o prohibición expresas, sino solamente ideas generales (*general language*) o principios de política (*policy*) las condiciones dominantes en el tiempo de su adopción (de la norma) tienen que tener su debido peso; pero las condiciones cambiantes sociales, económicas y gubernamentales y los ideales del tiempo, así como los problemas que los cambios han producido, lógicamente tienen que entrar también en consideración y convertirse en factores influyentes en la resolución de problemas de construcción e

mo se ha predicado acerca de la jurisprudencia interpretadora de la Constitución de Estados Unidos de América, que ha conferido a ésta —con antigüedad de más de dos siglos— la modernidad que necesita.

En este punto conviene atender, asimismo, a la vigencia plena de los derechos del ser humano en los Estados federales, saliendo al paso del sabido argumento de que las entidades de la unión federal no son suscriptoras del tratado internacional, y por lo tanto no se hallan vinculadas por éste ni por las resoluciones que de él derivan. La Convención Americana establece, en este orden de cosas, una obligación específica para los Estados federales, que acentúa los deberes generales atribuidos a todos los Estados.⁵⁰ En este ámbito existe, pues, una suerte de obligación “reforzada”: la que resulta de la obligación general de adoptar medidas y la específica que proviene de la llamada cláusula federal.

Este asunto ha estado presente en algunos casos notables, como la petición de extradición del alemán Jens Soering, de la que conoció la Corte Europea. Aquél fue inculcado de dos asesinatos en Virginia. Estados Unidos de América requirió a Gran Bretaña la entrega de Soering. El Estado requerido no recibió plena seguridad de que no se impondría la pena de muerte en la jurisdicción local de Virginia.⁵¹ Asimismo, el tema federal —asociado a la supuesta injerencia de un tribunal internacional en el sistema judicial estadounidense— se planteó en los casos LaGrand y Avena, ante la Corte Internacional de Justicia.⁵² En la resolución sobre reparaciones en el caso Garrido y Baigorria, la Corte IDH manifestó que un Estado no puede invocar su estructura federal para omitir el cumplimiento de las obligaciones

interpretación”; García-Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado. Manuales de la Revista de Occidente*, 7a. ed., Madrid, 1964, p. 425.

⁵⁰ Los Estados federales cumplen en el ámbito de su propia jurisdicción, y se comprometen a “tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades (componentes de la Federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención” (artículo. 28.2).

⁵¹ En este asunto se suscitó, además, a propósito de la pena de muerte y las condiciones en las que se hallan los condenados a ésta en la *death row*, el tema de los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

⁵² *Cfr.* LaGrand, párrs. 50 y ss., y Avena, párrs. 31 y ss.

internacionales que ha contraído,⁵³ tema que aparece regulado en el artículo 28 CADH.⁵⁴

C. Alcance del reconocimiento y la protección

La jurisprudencia interamericana ha destacado el reconocimiento del derecho a la vida, en sí misma, pero últimamente se ha referido además a las condiciones de vida del individuo. En esta virtud, el artículo 4 de la CADH no sólo comprende:

El derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.⁵⁵

D. Protección por la ley

La referencia del párrafo 1 del artículo 4 a la protección de la “ley” lleva a examinar lo que la CADH entiende bajo este rubro. El punto fue estudiado en diversos pronunciamientos de la jurisdicción interamericana. Al respecto, se ha dicho que el sentido de la expresión “ley” ha de ser determinado específicamente con respecto a cada

⁵³ En la sentencia de reparaciones, la corte estimó “conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”. Al respecto, citó la sentencia arbitral del 26 de julio de 1875 en el caso del Montijo, La Pradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, 1954, t. III, p. 675; y la decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7 de junio de 1929 en el caso de la sucesión de *Hyacinthe Pellat*, UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 536. CIDH, caso Garrido y Baigorria. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C, núm. 39, párr. 46.

⁵⁴ El párrafo 2 de este precepto previene: “Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

⁵⁵ CIDH, caso Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la calle”), Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párr. 144.

norma que lo utiliza.⁵⁶ También se ha señalado que “siempre que un convenio internacional se refiera a ‘leyes internas’ sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”.⁵⁷

Especial exigencia entraña el uso de la voz “ley” cuando se trata de restringir derechos en los términos del artículo 30, CADH. En esta hipótesis se combina el sentido material o sustantivo de la norma (que remite a datos externos al proceso legislativo), con el sentido formal (que corresponde al método legislativo).⁵⁸ Desde luego, el derecho a la vida y las garantías que lo preservan no se hallan sujetos a la suspensión que previene el citado artículo 30.⁵⁹ Finalmente, recordemos que los proyectos de ley, es decir, los textos que pudieran alcanzar este rango, pero aún no lo tienen, también pueden quedar sujetos a consulta por parte de los legitimados, en general, para formularla, y a opinión a cargo de la Corte Interamericana.⁶⁰

E. Límites

No obstante su enorme importancia, el derecho a la vida no es ilimitado. En otros términos, puede verse afectado legítimamente. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Convención Europea, que

⁵⁶ Así, en CIDH, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, párr. 16.

⁵⁷ CIDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 14.

⁵⁸ *Cf.* Opinión Consultiva OC-6/86, a propósito del artículo 30, que se refiere a las restricciones al goce y ejercicio de los derechos, y por ende entraña la mayor exigencia: “actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”, párr. 35.

⁵⁹ Artículo 27.2.

⁶⁰ En efecto, la corte ha resuelto que los meros proyectos de ley son analizables tomando en cuenta el objetivo de servicio que persiguen las opiniones consultivas. Si se exigiera otra cosa, podría “equivaler a forzar a (un) gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la corte en busca de opinión”. Opinión Consultiva OC-3/83, *cit.*, nota 16, párrs. 26 y 43, y CIDH, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, serie A, núm. 12, párrs. 20-22.

invoca algunas excluyentes de responsabilidad,⁶¹ que a su turno deben ser puntualmente analizadas para determinar su presencia en cada hipótesis. Los límites del derecho a la vida, como de otros derechos, resultan asimismo del sistema general acogido, con ascendiente histórico en las declaraciones primordiales, por los textos del sistema interamericano: derechos de los demás, seguridad de todos y justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.⁶²

En suma, la privación de la vida se legitima en la medida en que sea impuesta con arreglo a la ley —en el sentido más exigente— y corresponda a los requerimientos del derecho de gentes para limitar o restringir los derechos fundamentales. Por supuesto, no cesa en este punto el debate, sino se abre hacia otro horizonte. ¿Es admisible la aplicación de la pena de muerte —materialmente— en función del bien común, la seguridad colectiva o el derecho de los demás? Si estos bienes se protegen con otro género de medidas, como efectivamente ocurre, nada habría que justificara la sanción capital. Este fue, justamente, el alegato del abolicionista Beccaria.⁶³

F. “En general”, a partir de la concepción

La protección que la CADH ofrece al derecho a la vida se inicia en “la concepción”, esto es, a partir de que se produce la unión de los óvulos y comienza la preñez. Antes no habría vida, sino expectativa: *spes vitae*. Por supuesto, en este punto surge una fuerte polémica, que no ha cesado. ¿Realmente hay —ya— vida humana cuando ocurre la concepción? ¿Es preciso que la tutela de la ley comience en ese instante, con todas sus consecuencias: las de orden civil y familiar,

⁶¹ En la Convención Europea (artículo 2.2): “La muerte no se considerará infligida en infracción del presente artículo cuando se produjere a consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) Para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal; b) Para efectuar una detención legal o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente; c) Para reprimir, de conformidad con la Ley, una revuelta o una insurrección”.

⁶² “Los derechos de cada hombre —establece el artículo XXVIII de la Declaración Americana— están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. El artículo 32.2, CADH, utiliza los mismos términos, pero la última frase alude a “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

⁶³ “Si demostrase —dijo— que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habré vencido la causa a favor de la humanidad”. *De los delitos...*, *cit.*, nota 2, p. 274.

por una parte, y de carácter penal —las más intensamente controvertidas—, por la otra? Piénsese en las diversas etapas que atraviesa el producto de la concepción, desde que ésta se realiza hasta que llega el alumbramiento.⁶⁴ Se ha considerado que cada una debe quedar contemplada por diversas formas de tutela jurídica, y que las correspondientes vulneraciones han de acarrear efectos diferentes.

Las consideraciones que esta cuestión suscita incorporan en la convención un dato de relatividad que no existe en otros extremos: “en general”. De aquí se desprende la posibilidad de que la protección a la vida, derecho fundamental, pueda comenzar en otro momento, si así lo resuelve el legislador interno. Esto significaría, por ejemplo, tutela en un estado posterior de la preñez. La expresión utilizada en el Pacto de San José no implica, por supuesto, que la tutela de la vida deba diferirse hasta un momento posterior a la concepción: sólo es “posible” hacerlo. ¿Cuál pudiera ser ese momento? ¿Alguno muy cercano al alumbramiento? Sobra ponderar la importancia que este asunto reviste para el debate en torno al aborto y al empleo de ciertos medios anticonceptivos. En la especie, habría que distinguir entre los que evitan la concepción y los que, más que evitarla, suprimen sus consecuencias.

La solución aportada, a este respecto, por el texto de la convención, expresa los términos de un difícil compromiso. Por lo demás, debe ser vinculada con otros espacios de protección, como la tutela del niño y de la familia. Bajo la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, instrumento ratificado por un gran número de países, niño es el ser humano menor de 18 años (artículo 1), pero la convención no dice a partir de qué momento o de qué acontecimiento se entenderá que existe un ser humano. Los Estados partes “reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida” (artículo 6.1).

No es mi propósito ir más lejos, en este momento, a propósito del derecho a la vida. Recordaré solamente que México se adhirió a la CADH el 24 de marzo de 1981, y que al hacerlo formuló una declaración interpretativa: el Estado “considera que la expresión ‘en general’ usada en el (párrafo 1 del artículo 4), no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir

⁶⁴ Cfr. Pérez Tamayo, Ruy, *Ética médica laica*, México, El Colegio Nacional-Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 177 y 178.

del momento de la concepción' ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados".

La afirmación contenida en esa declaración mexicana sugiere algunas cuestiones relevantes: por ejemplo: ¿hay un dominio reservado *per se*? ¿Se halla dentro de ese dominio el derecho a la vida? ¿Quién resuelve sobre el alcance de lo 'reservable'? ¿Sólo se sustrae al derecho convencional lo que específicamente se reserva? ¿Tiene eficacia la reserva que pugna con el objeto y fin del tratado? Algunos de estos puntos fueron examinados por la Corte Interamericana en los casos contenciosos de Trinidad y Tobago, a los que también me refiero en este trabajo. La preocupación por estas cuestiones, entre otras cosas, reaparece en la reticencia expresada en determinados medios de algún Estado para adherirse a la convención, problema que pudiera resolverse a través de una reserva o de una declaración interpretativa, como ya se ha hecho.⁶⁵

G. Privación "arbitraria" de la vida

Esta expresión del mismo artículo 4.1 del Pacto de San José, que en concepto de la Corte Interamericana entraña un principio "procesal"⁶⁶ —a diferencia del principio "sustancial" recogido en las primeras palabras del mismo precepto— distingue entre privaciones arbitrarias y no arbitrarias de la vida, o bien, desde otro ángulo, reprobadas y autorizadas. Autorizadas serían, por ejemplo, las que ocurren bajo el amparo de una excluyente de incriminación (como en las hi-

⁶⁵ México formuló la siguiente declaración interpretativa: "Con respecto al párrafo 1 del artículo 4 considera que la expresión 'en general', usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida 'a partir del momento de la concepción' ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados". *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano...*, *cit.*, nota 25, pp. 58 y 59. En Canadá, el Comité sobre Derechos Humanos del Senado que examinó la posible adhesión de ese país a la CADH, y a este respecto se pronunció en tal sentido, formuló la siguiente recomendación: "The Committee... recommends that Canada consider making a reservation to article 4(1) in order to address concerns related to the preservation of the status quo, in Canadian law, with respect to abortion. This reservation should be drafted so as to make it clear that Canada does not seek to deprive the right to life as a whole of its basic purpose, but merely to restrict certain aspects of it, as suggested by the Inter-American Court of Human Rights". *Enhancing Canada's Role in the OAS: Canadian Adherence to the American Convention on Human Rights. Report of the Standing Senate Committee on Human Rights*, May 2003, pp. 42-44 y 61.

⁶⁶ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-3/83..., *cit.*, nota 16, párr. 53.

pótesis que recoge la Convención Europea, que antes invoqué: legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un deber). Y serían reprobadas las ilegítimas, caprichosas, injustificadas, desautorizadas o rechazadas por la “ley”, término cuyo alcance examiné anteriormente.⁶⁷ Todas éstas significan hacer de lado la solución legal —o mejor dicho, legítima— o imponer una solución personal sobre la solución que deriva de la naturaleza misma de las cosas o de las relaciones intersubjetivas.

En el conjunto de los casos de que ha conocido la Corte IDH desde que inició sus funciones jurisdiccionales —una historia en cuya primera etapa abundaron las opiniones consultivas, a cambio de que se multiplicaran, en la segunda y actual, los asuntos contenciosos—⁶⁸ han sido muy frecuentes los litigios que involucran privación arbitraria de la vida, sea en forma individual, sea de manera colectiva: las ejecuciones extrajudiciales⁶⁹ constituyen un tema recurrente, en el que se inscriben numerosos pronunciamientos tendientes a enfrentar esta forma de “operatividad violenta del sistema penal”.⁷⁰

⁶⁷ *Supra* II, 1, D.

⁶⁸ Entre 1982 y 1994, es decir, a lo largo de poco más de una década, la corte emitió catorce opiniones consultivas. A partir de 1997 y hasta el primer semestre de 2004, ha emitido cuatro opiniones consultivas. En contraste, las cuestiones contenciosas han aumentado considerablemente. En mi informe ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos, el 11 de marzo del 2004, observé que, “a mi modo de ver, esto es el producto de la maduración de la jurisdicción interamericana, la confianza de los órganos del sistema y de los propios Estados, y el avance vigoroso de los conceptos y las exigencias y tutela de los derechos humanos, no obstante ocasionales y transitorios problemas que difícilmente podrían detener la marcha”. Igualmente, comenté que “en el transcurso de 2003, la corte recibió quince nuevos casos. Esto equivale al número total de los recibidos durante 2000, 2001 y 2002, en conjunto. Se prevé que la comisión podría presentar veinticinco nuevos casos en 2004. Pasaríamos, pues, de cinco nuevos casos hace sólo tres años —2001— a los mencionados veinticinco en el año que corre, es decir, un aumento de cuatrocientos por ciento. En 1998, veinte casos se hallaban en trámite —número que abarca los nuevos y los pendientes de diversos actos procesales—; en el 2002, la cifra se elevó a treinta y nueve; y en el 2003, ascendió a cincuenta y cuatro, sin tomar en cuenta los asuntos en que fue preciso dictar medidas provisionales, que pasaron de diez en 1998 a veintitrés en el 2003”. En el mismo sentido, mi *Informe ante la Asamblea General de la OEA* el 8 de junio del 2004. *Cfr.*, sobre la trayectoria de la corte, Ventura Robles, Manuel E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente”, en Cañado Trindade, António, y Ventura Robles, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2004, pp. 117 y ss.

⁶⁹ *Cfr.* Neuman, Elías, *La pena de muerte en tiempos del neoliberalismo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, pp. 380 y ss.

⁷⁰ *Cfr.* Zaffaroni, E. Raúl, *Muertes anunciadas*, Temis-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 11-13.

La jurisprudencia de la corte ha señalado que “la expresión ‘arbitrariamente’ excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte”.⁷¹ Pero legalidad, para estos fines, no es necesariamente legitimidad ni excluye, por sí, la arbitrariedad. Puede haber leyes arbitrarias, como veremos al examinar los casos en que se planteó directamente este problema a propósito del conflicto entre la ley interna y la norma internacional. Por esto se debe tener a la vista el concepto de ley contenido en la citada Opinión Consultiva OC-6/86, puesto que en la especie viene a cuentas el quebranto más grave de un derecho, o peor todavía, el más grave quebranto del derecho, habida cuenta de la magnitud del bien jurídico que ampara la norma.⁷²

2. *La pena de muerte en el artículo 4 de la convención*

A. *Relevancia*

Al abordar las disposiciones de la CADH acerca de la pena de muerte, es importante destacar, de entrada, el “peso específico” que este asunto tiene en el conjunto del artículo 4. Conviene observar

⁷¹ CIDH, caso Neira Alegría y otros, Sentencia de 19 de enero de 1995, serie C, núm. 20, párr. 74

⁷² Para ilustrar este asunto, anticiparé la invocación de mi *Voto concurrente* a las sentencias de los casos de Trinidad y Tobago, sin perjuicio de ampliar *infra* la consideración de este tema: “Si nos atenemos, con visión superficial, al hecho de que la pena de muerte se halla prevista en una ley y su aplicación a los casos concretos proviene de una sentencia judicial emitida por un tribunal competente, pudiera parecer excesiva la calificación de arbitrariedad en el caso que ahora nos ocupa. En cambio, esa calificación se justifica si se utilizan algunas referencias plenamente acreditadas ante la Corte Interamericana y expuestas en la sentencia expedida por ésta, a saber: a) la prevención de pena de muerte, *tabula rasa*, para cualesquiera homicidios intencionales, sin miramiento hacia las diversas características que éstos revisten, como se ha dicho en puntos anteriores del presente *Voto*: este dato —la existencia de una ley arbitraria— tñe de arbitrariedad las condenas y, por supuesto, las eventuales ejecuciones; b) la aplicación de la pena de muerte mediante juicios que no satisfacen, en modo alguno, ciertas exigencias del debido proceso legal, como son las concernientes al plazo razonable para resolver la controversia y a la provisión de asistencia legal adecuada; c) la inoperancia real, en los casos concretos del derecho a solicitar —y, se entiende, a gestionar y sustentar— la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena; y d) la ejecución de una persona —Joey Ramiah— que se hallaba protegido por medidas provisionales ordenadas por la corte; una ejecución antes de que hubiera un pronunciamiento de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos constituye —como dijera el Comité Judicial del *Privy Council*— una ‘violación de los derechos constitucionales’ de los solicitantes”.

que de los seis párrafos que integran esa disposición, uno se refiere al derecho a la vida, aun cuando ya incluye el problema de la privación arbitraria de ésta, y los otros cinco aluden única y exclusivamente a la más inquietante salvedad de ese derecho desde el ángulo de la relación que existe entre el Estado investido de la potestad punitiva formal —no sólo de la fuerza material para privar de la vida, que se exhiba en las ejecuciones extrajudiciales, manifiestamente arbitrarias— y el individuo titular de ese derecho. Otro tanto ocurre, por cierto, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁷³

B. *El tema en la Conferencia de 1969*

Reviste particular importancia, tanto para conocer la historia del tema en el derecho de gentes americano como para conducir la interpretación del artículo 4, revisar la formación de este precepto en el curso de los trabajos desarrollados por la Conferencia sobre Derechos Humanos, de 1969, que culminó en la suscripción de la CADH. El conocimiento de los *travaux préparatoires* contribuye a la exégesis de la norma, con el alcance que le confiere el artículo 32 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados.⁷⁴ Fue evidente la reprobación política de la pena de muerte, que no sería suprimida, sin embargo, del texto de la convención aprobada. Nos hallamos aquí, de nueva cuenta, ante una solución de compromiso en espera de “mejores tiempos”.

Valga decir que en la crónica de esos compromisos figuran diversas variantes. Una de ellas implica la elusión del tema, una vez que el debate, arduo y directo, no aporta una solución que atraiga la conformidad pacífica de los Estados o que se sustente, por lo menos, en una mayoría decisiva. Este fue el caso, por ejemplo, del Congreso

⁷³ El artículo 6 se integra con seis párrafos. El primero concierne al derecho a la vida y a su protección, y prohíbe la privación arbitraria de aquélla. El párrafo 3 alude las obligaciones de los Estados bajo la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (tratado que no contempla la pena de muerte). Los otros cuatro párrafos se refieren directamente a la pena capital.

⁷⁴ Bajo el epígrafe “Medios de interpretación complementarios”, este instrumento señala que se podrá recurrir a ellos, “en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 (que contiene la “Regla general de interpretación”), o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas, 1980), en el que llegó a plantearse la posibilidad de introducir un “plazo de prueba y espera” para verificar la pertinencia de la pena capital o su abolición. ¡Como si no llevara la humanidad muchos milenios de espera y prueba sobre esta cuestión! El resultado de las deliberaciones invitó a dejar el asunto para reconsideración en “mejores tiempos.”⁷⁵

Otra forma de abordar este asunto, bien conocida y practicada, implica retener la pena capital asediada por una tendencia de abolición progresiva, que se articula de manera separada.⁷⁶ Así se ha visto en lo que respecta al Pacto Internacional, a la Convención Europea y a la Convención Americana, con sus respectivos protocolos abolicionistas. El Segundo Protocolo al PIDCP estipula que “no se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo” (artículo 1.1), e igualmente dispone que “cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción” (artículo 1.2). Sin embargo, el instrumento conserva la posibilidad de aplicar aquella en tiempo de guerra por delito militar sumamente grave, cometido en esa circunstancia.

En el caso de Europa, la progresiva supresión se ha hecho a través de los protocolos 6, de 1983, y 13, de 2002. También ha pesado la política del Consejo de Europa en el sentido de admitir nuevos Estados sólo bajo el compromiso de abolir la pena de muerte en sus respectivas jurisdicciones.⁷⁷ Es importante recordar que el Protocolo 6 reflejó, en su hora, la abolición de *jure* o de *facto*, por parte de los Estados europeos, de la pena de muerte en tiempos de paz, lo que algunos vieron como un consenso virtual en el sentido de que esa sanción había dejado de corresponder a los estándares de justicia en la región.⁷⁸ El protocolo acogió la posibilidad de imponer pena de muerte en si-

⁷⁵ Acerca del debate en este congreso, *cf.* Schabas, William A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3a. ed., Cambridge University Press, 2004, p. 167.

⁷⁶ *Cfr.* Neuman, *La pena de muerte...*, *cit.*, nota 69, pp. 236 y ss.

⁷⁷ *Cfr.* Ócalan..., *cit.*, nota 20, párr. 195.

⁷⁸ *Cfr.* Soering..., *cit.*, nota 19, párrs. 102 y 103. Asimismo, *cf.* Schabas, *The Abolition of the Death Penalty...*, *cit.*, nota 75, pp. 260 y 261.

tuación de guerra o, más ampliamente, de amenaza de guerra.⁷⁹ El instrumento que suprime de plano la pena de muerte es el Protocolo 13: “Quedará abolida la pena de muerte. Nadie será condenado a dicha pena o ejecutado” (artículo 1). Al suscribirlo, los Estados reafirmaron el derecho a la vida y la necesidad, en consecuencia, de abolir la pena capital.⁸⁰ En sentido semejante se pronunció, con énfasis, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.⁸¹ La influencia del derecho estadounidense en el orden europeo tropieza con la firme oposición a la pena de muerte, que —se dice— no cederá.⁸²

Finalmente, sirve al mismo objetivo abolicionista el silencio que nuevos textos guardan en lo que respecta a la pena capital, relevada por un sucedáneo cuestionado, pero eficaz para apoyar la causa abolicionista, como es la prisión perpetua. Así se observa en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁸³ En la formación de éste, los países árabes insistieron en la recepción de la pena capital, posición que habían planteado en el marco de los debates sobre el Segundo Protocolo del PIDCP.⁸⁴ Los Estados europeos, por su parte, se

⁷⁹ Artículo 2: en “tiempo de guerra o amenaza inminente e guerra”.

⁸⁰ En el preámbulo, los Estados se manifestaron “convencidos de que el derecho a la vida constituye un valor básico en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte resulta esencial para la protección de este derecho y para el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a los seres humanos”.

⁸¹ En las Resoluciones 1187, de 1999, y 1253, de 2001, reafirmó que “la aplicación de la pena de muerte constituye un castigo inhumano y degradante, así como una violación del más fundamental de todos los derechos, el derecho a la vida, y que la pena capital no tiene cabida en las sociedades civilizadas democráticas gobernadas por la regla de derecho (*rule of law*)”.

⁸² “El influjo de los EEUU en la reciente evolución del derecho penal europeo es considerable y debe juzgarse de un modo diferenciado. La sostenida tendencia consistente en acentuar los aspectos represivos del derecho penal a través de la imposición de penas de muerte, utilización excesiva de penas privativas de libertad y sanciones estigmatizadoras tienen, a mi juicio, escasas posibilidades de influencia en el centro y oeste de Europa”, señala el profesor en la Universidad de Mannheim: Khulen, Lotear, “El derecho penal del futuro”, trad. Adán Nieto Martín, en Arroyo Zapatero, Luis *et al.*, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Madrid, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuencia, 2003, p. 227.

⁸³ De los temas que figuran en la parte VII del estatuto, la pena de muerte fue el más intensamente discutido en la Conferencia de Roma. *Cfr.* Krebs, Claus, “Sanciones penales, ejecución penal y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (partes VII, IX y X)”, trad. de Óscar Julián Guerrero P., en Ambos y Guerrero (comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 341.

⁸⁴ Sobre esta posición en los trabajos preparatorios del Segundo Protocolo, y el punto de la relación entre la ley islámica y la abolición de la pena capital, *cfr.* Schabas, *The Abolition of the Death Penalty...*, *cit.*, nota 75, pp. 174 y ss., y p. 365, donde manifiesta, entre las conclusiones de su obra, que “regularmente se indica que la ley islámica constituye un obstáculo insuperable para la abolición de la pena de muerte”.

opusieron. El punto de entendimiento se halló en la prisión perpetua,⁸⁵ que no constituye, en rigor, reclusión vitalicia.⁸⁶

Volvamos a la Convención de San José. La tendencia general —en realidad, una corriente de convicción o simpatía, que no consiguió, no obstante ser mayoritaria, instalar su preferencia en el pacto mismo— quedó expresada en una declaración suscrita por catorce de los diecinueve Estados⁸⁷ participantes en la conferencia reunida en la hospitalaria capital de Costa Rica. Aquéllos dejaron explícita constancia del deseo de abolir la pena de muerte a través de un futuro protocolo adicional a la convención.⁸⁸ Un Estado hizo notar, por separado, el testimonio de su preferencia abolicionista.⁸⁹ El sentido de la corriente dominante fue recogido por el relator de la Comisión I.⁹⁰

Desde luego, estas manifestaciones abolicionistas han sido invocadas por la jurisprudencia de la corte al tiempo de interpretar la convención en asuntos contenciosos o consultivos. Así, por ejemplo, al

⁸⁵ Cfr. Krieb, “Sanciones penales...” (partes VII, IX y X), en Ambos Guerrero, Óscar Julián, *El Estatuto de Roma...*, cit., nota 83, pp. 341-343.

⁸⁶ Esto, en virtud del artículo 110, sobre “Examen de una reducción de la pena”. El párrafo 3 señala: “Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la corte revisará la pena para determinar si ésta puede reducirse. La revisión no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos”. El párrafo 4 señala los factores que la corte tomará en cuenta para disponer, en su caso, la reducción de la pena.

⁸⁷ Los catorce Estados fueron: Costa Rica, Uruguay, Colombia, Ecuador, El Salvador, Panamá, Honduras, República Dominicana, Guatemala, México, Venezuela, Nicaragua, Argentina y Paraguay. Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D. C., 1973, p. 467.

⁸⁸ Los catorce Estados manifestaron: “recogiendo el sentimiento ampliamente mayoritario expresado en el curso de los debates sobre la prohibición de la pena de muerte, concorde con las más puras tradiciones humanistas de nuestros pueblos, declaramos solemnemente nuestra más firme aspiración de ver desde ahora erradicada del ámbito americano la aplicación de la pena de muerte y nuestro indeclinable propósito de realizar todos los esfuerzos posibles para que, a corto plazo, pueda suscribirse un Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José, Costa Rica— que consagre la definitiva abolición de la pena de muerte y coloque una vez más a América en la vanguardia de la defensa de los derechos fundamentales del hombre”. *Idem*.

⁸⁹ Fue el caso de República Dominicana, que manifestó: “La República Dominicana, al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aspira que el Principio sobre la Proscripción de la Pena de Muerte llegue a ser puro y simple, de aplicación general para los Estados de la región americana, y mantiene asimismo las observaciones y comentarios realizados al Proyecto de Convención citado y que hiciera circular ante las delegaciones al Consejo de la Organización de los Estados Americanos el 20 de junio de 1969”.

⁹⁰ Indicó que esta comisión “dejó constancia, en este artículo (es decir, en el examen del artículo 4), de su firme tendencia a la supresión de la pena (de muerte)”. Conferencia especializada..., *Actas y documentos*, p. 296.

referirse al artículo 4 de aquel instrumento, el tribunal interamericano consideró que ese precepto “revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de (la) pena (de muerte) sea en su imposición, sea en su aplicación”, y “en esta materia, la convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que ésta se vaya reduciendo hasta su supresión final”.⁹¹

La mencionada corriente limitativa se proyecta en cuatro vertientes, a saber: *a)* Conminación, esto es, previsión legal de la pena de muerte para ciertos hechos; *b)* Imposición, es decir, disposición judicial de la pena de muerte al cabo de un proceso que culmina en la resolución penal individualizada; *c)* Aplicación o ejecución de esa pena,⁹² y *d)* Como ya se dijo, interpretación, que constituye una perspectiva para el examen y la valoración de las vertientes anteriores. Aun cuando no suprime de plano la pena de muerte, la CADH avanza hacia ese objetivo. Se ha dicho, incluso, que constituye un tratado abolicionista.⁹³

C. *Protocolo de 1990*

El régimen de la convención se ve ampliado —como ha sucedido en los otros instrumentos internacionales que mencioné en el apartado precedente— por el protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, de 8 de junio de 1990, que ha sido suscrito y ratificado por ocho países⁹⁴ y se halla en vigor.⁹⁵ En los considerandos de este

⁹¹ Opinión Consultiva OC-3/83..., *cit.*, nota 16, párr. 99.

⁹² Esta vertiente no figura expresamente, como tal, en el párrafo de la Opinión Consultiva..., citada en la nota anterior.

⁹³ En este sentido, Schabas: “fue, en realidad, un tratado abolicionista, al menos para aquellos Estados que ya habían suprimido la pena capital, porque previno que dicha sanción no sería reimplantada en la legislación de los Estados que la habían abolido”. *The Abolition of the Death Penalty...*, *cit.*, nota 75, p. 367.

⁹⁴ Ha sido firmado y ratificado por ocho Estados: Brasil (ratificado el 13 de agosto de 1996), Costa Rica (ratificado el 26 de mayo de 1998), Ecuador (15 de abril de 1998), Nicaragua (9 de noviembre de 1999), Panamá (28 de agosto de 1991), Paraguay (7 de diciembre de 2000), Uruguay (4 de abril de 1994) y Venezuela (6 de octubre de 1993). *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano...*, *cit.*, nota 25, p. 83.

⁹⁵ Entró en vigor el 28 de agosto de 1991, fecha en que Panamá depositó su ratificación, que fue la primera. El artículo 4 del protocolo manifiesta: “El presente protocolo entrará en vigencia, para los Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él, a partir del depósito del correspondien-

protocolo se menciona el derecho al respeto de la vida, la tendencia abolicionista que ya he señalado, el hecho de que la abolición contribuye a proteger aquel derecho, el carácter irreparable de la pena de muerte y la necesidad de que exista un “acuerdo internacional que signifique un desarrollo progresivo” de la CADH en esta materia.

El artículo 1 del protocolo dispone que los Estados partes “no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción”. Empero, es posible aplicarla por delitos sumamente graves de carácter militar, tema sobre el que volveré adelante. He aquí, pues, la única reserva que los Estados pueden formular, como en efecto lo hizo Brasil. Es así que se reduce la geografía americana de la pena de muerte. No obstante, ésta persiste en países caribeños y, desde luego, en Estados Unidos de América, donde anualmente se dictan y ejecutan numerosas sentencias de esta naturaleza.⁹⁶

3. *Párrafo 2. “En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”*

A. *Los delitos “más graves”*

Esta norma constituye un paso relevante hacia la abolición definitiva de la pena capital. Tiene correspondencia en diversos instrumen-

te instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

⁹⁶ En 2001 hubo por lo menos 4700 ejecuciones en el mundo entero. Los países que ocupan los diez primeros lugares en este escenario, mencionados en orden descendente en el número de ejecuciones, fueron: China, Irán, Irak, Kenya, Tayikistán, Vietnam, Saudi Arabia, Yemen, Afganistán y Estados Unidos de América (Hands Off Cain, *The Death Penalty Worldwide, 2002 Report*, Roma, 2002, p. 76). Por lo que respecta a China, en 1999 hubo 1769 ejecuciones; en 2001 fueron más de 3500, lo que representa el setenta y cuatro por ciento del total en el mundo (*ibidem*, pp. 32, 36 y ss.).

tos, como el PIDCP⁹⁷ y las Salvaguardias de Naciones Unidas.⁹⁸ La prohibición convencional se dirige a los países que no hubiesen abolido la pena capital cuando la convención adquiere vigencia con respecto a ellos. En consecuencia, se proscribe la adopción futura de esta pena, mientras se halle en vigor la CADH. En el examen de este párrafo surge uno de los temas de mayor relevancia a propósito de la posible aplicación de la muerte punitiva: la identificación de los delitos sancionables con esta pena, que sólo serán los “más graves”. La corte ha examinado este punto, pormenorizadamente, en las sentencias dictadas en los Casos Hilaire, Constantine y Benjamín y otros *vs.* Trinidad y Tobago.

Este concepto adoptado por la convención, con fuerte carácter restrictivo, entraña una aplicación específica de la idea político-criminal del derecho penal mínimo,⁹⁹ que ciertamente no fue invocado en los documentos preparatorios de la convención. En efecto, milita en favor de la reducción penal —en la especie, de la gravedad de la pena— como manifestación de la racionalidad y humanización del sistema punitivo. Se trata, en fin, del uso racional y moderado del instrumento penal: respuesta a las lesiones más severas de los bienes más relevantes, con las penas estrictamente necesarias, que debieran ser, además, las más benignas que sea posible utilizar.¹⁰⁰ La circunstancia de que se limite la pena de muerte a los delitos más graves

⁹⁷ Artículo 6.2: “En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte para los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente pacto ni a la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente”.

⁹⁸ Párr. 1: “En los países que no la hayan abolido, la pena de muerte sólo podrá imponerse como sanción para los delitos más graves, entendiéndose que su alcance se limitará a los delitos intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente graves”.

⁹⁹ Reinhart Maurach señala que “en la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la última *ratio legis*”. La “hipertrofia cualitativa” del derecho penal constituye un rasgo del Estado totalitario. *Tratado de derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, t. I, pp. 31 y 32.

¹⁰⁰ La famosa obra de Beccaria, que reivindica la racionalidad de la pena, concluye con una fórmula admirable: “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”. *De los delitos...*, *cit.*, nota 2, p. 323.

—señaló la corte— “es reveladora del propósito de considerar dicha pena aplicable sólo en condiciones verdaderamente excepcionales”.¹⁰¹

Corresponde establecer, pues, cuáles son los delitos más graves, para adelantar un criterio de identificación que influya en la formulación típica y permita confrontar las disposiciones de la CADH con las previsiones de la ley local, como se ha hecho. Vale decir que los delitos “más graves” son aquellos que lesionan del modo más severo, conforme a su naturaleza y características, y tomando en cuenta la culpabilidad del autor, los bienes de mayor jerarquía tutelados por el orden jurídico. Este principio rector, que es también una regla de legitimidad para la actuación de la autoridad (regularmente, el legislador), tiene carácter material, no simplemente formal. Puesto en otros términos, se desprende de la “lógica misma” del sistema, no sólo de la voluntad del legislador, porque si bastara ésta —formalmente expresada en la ley— la tutela tendría un carácter meramente simbólico.

B. *Aplicación de la tesis a la privación punible de la vida*

La tesis que antes expuse puede aplicarse a los diversos supuestos de privación punible de la vida. Todos implican este resultado, pero entre las diversas hipótesis median notables diferencias, sea en orden a la intención homicida del agente, sea en lo que respecta a la calidad del sujeto pasivo —que puede traer consigo la lesión a otro bien destacado—, sea a propósito de la forma de cometer el delito —que entraña calificativas agravatorias de la punibilidad ordinaria—.

De esta forma, se distingue entre homicidio imprudencial o culposo, generalmente sancionado con pena menos severa, homicidio doloso o intencional simple o básico, y homicidio doloso calificado. Concurren elementos objetivos o subjetivos que traen consigo una mayor gravedad del hecho,¹⁰² que de esta suerte destaca del homicidio simple y se inscribe, por ello, en un tipo autónomo al que se asocia una

¹⁰¹ Opinión Consultiva OC-3/83..., *cit.*, nota 16, párr. 54.

¹⁰² *Cfr.* López Bolado, Jorge D., *Los homicidios calificados*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pp. 18 y 19.

pena más severa.¹⁰³ He examinado este punto en un *Voto concurrente* a las sentencias en los casos de Trinidad y Tobago.¹⁰⁴ Evidentemente, es aplicable a la formulación de los tipos penales que describen conductas sancionadas con pena capital el principio general de legalidad sustantiva que contiene la convención y subraya la jurisprudencia de la corte, y que desecha las descripciones vagas o equívocas de conductas punibles.¹⁰⁵

En este orden de consideraciones han sido relevantes las sentencias dictadas en aquellos casos, identificados como Hilaire, Constantine y Benjamín y otros. La atención del tema se inició con medidas cautelares¹⁰⁶ adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para detener la ejecución de algunos condenados a muerte mientras se apreciaba, por parte de aquél órgano, la subordinación del procedimiento local al debido proceso previsto en la CADH.¹⁰⁷

¹⁰³ Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4a. ed., México, Trillas, 1998, pp. 121 y 122.

¹⁰⁴ En ese *Voto* señalo que “la legislación penal suele prever —desde hace mucho tiempo, y muy ampliamente en la hora actual— al lado del llamado homicidio básico o fundamental, otros tipos en los que figuran esos elementos agravadores: en función del vínculo entre los sujetos activo y pasivo (parricidio) de la situación en que se colocó el agente para privar de la vida a la víctima (homicidio calificado por la ventaja o la traición), del móvil que impulsa la conducta del autor (homicidio calificado por el propósito de obtener una remuneración o de satisfacer objetivos bastardos), de los medios empleados (homicidio calificado por el empleo de explosivos y otros instrumentos devastadores), etcétera”.

¹⁰⁵ La legalidad penal sustantiva fue examinada en el caso Castillo Petruzzi y otros, de 1999: “en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionadas con conductas no penales... Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa (se refiere a cierta legislación antiterrorista, aplicada a los peticionarios) que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9o. de la Convención Americana”, CIDH, caso Castillo Petruzzi, Sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párr. 121.

¹⁰⁶ En el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se previene: “En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas” (artículo 25.1).

¹⁰⁷ La comisión manifestó a la corte que las medidas cautelares habían sido desatendidas por el Estado, y que éste señaló que la Comisión Interamericana “ni por acción u omisión tiene jurisdicción para prevenir de manera alguna la ejecución de una sentencia autorizada por la Constitución y las leyes de Trinidad y Tobago y que fue pronunciada por un tribunal de jurisdicción competente”, e indicó que estaba en libertad de ejecutar las sentencias dictadas de acuerdo con las normas del derecho interno. Cfr. CIDH, Medidas provisionales. Compendio julio 1996-junio

Posteriormente, la corte dictó medidas provisionales a solicitud de la comisión.¹⁰⁸ A raíz de estos procedimientos, el Estado denunció —con fecha 26 de mayo de 1998— la Convención Americana.¹⁰⁹ La potestad de dictar medidas provisionales integra, a mi juicio, una tercera vertiente de la competencia de la Corte Interamericana, que de esta suerte se distribuiría en tres términos: *a)* Consultiva, *b)* Contenciosa y *c)* Preventiva.¹¹⁰

2000, serie E, núm. 2, *Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de mayo de 1998, respecto de la República de Trinidad y Tobago. Casos James, Briggs, Noel, García y Bethel*, párr. 3 c), p. 276.

¹⁰⁸ La CADH faculta a la corte para adoptar medidas “provisionales”, en los siguientes términos: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere convenientes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la comisión” (artículo 63.2). Como se advierte, la facultad de la corte se ejerce en casos de “extrema” gravedad y urgencia. Tanto las medidas “cautelares” de la comisión como las “provisionales” de la corte son, en esencia, expedientes precautorios a propósito de bienes jurídicos que corren un alto riesgo y cuya pérdida o menoscabo causaría a los individuos —beneficiarios de las medidas— un daño irreparable en el goce o ejercicio de derechos fundamentales. En el caso a consideración, la corte actuó a instancia de la Comisión Interamericana; el litigio no se había sometido aún al tribunal a través de la demanda correspondiente. En la especie, las primeras medidas provisionales se adoptaron en la *Resolución del Presidente de la Corte, del 27 de mayo de 1998*, a la que se aludió en la nota anterior, a favor de los sentenciados James, Briggs, Noel, García y Bethel. La sucesión de medidas y otras comunicaciones en torno a este asunto puede verse en el citado *Compendio julio 1996-junio 2000* (mencionado *infra* n. 111), pp. 275 y ss.

¹⁰⁹ Conforme al artículo 78.1 de la CADH, la denuncia entró en vigor al cabo de un año de su notificación. En consecuencia, la corte retuvo competencia, *ratione temporis*, para conocer de hechos ocurridos antes de que concluyera ese plazo, como en efecto ha sucedido a través de casos sometidos mediante demandas de la Comisión Interamericana. En las sentencias del 1o. de septiembre del 2001, el tribunal interamericano afirma su competencia: “El 26 de mayo de 1998 Trinidad y Tobago denunció la Convención y de acuerdo con el artículo 78 de la misma, esta denuncia tuvo efecto un año más tarde, el 26 de mayo de 1999. Los hechos a los que se refiere el presente caso ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigor de la denuncia hecha por el Estado. Por lo tanto, esta corte es competente, en los términos de los artículos 78.2 y 62.3 de la convención, para conocer el presente caso y dictar sentencia sobre la excepción preliminar presentada por el Estado”, párr. 28.

¹¹⁰ La sección 2 del capítulo VIII de la CADH se refiere a “Competencia y funciones”. No enuncia las categorías de aquélla, sino establece las disposiciones competenciales de las que pudieran derivar dichas categorías. Los artículos 61, 62 y 63.1 aluden a la competencia contenciosa: resolución de controversias planteadas a la corte a través de una demanda. Los artículos 64 y 65 instituyen la competencia consultiva. El artículo 63.2 recoge la que he llamado competencia preventiva, que se reconoce a la corte aun en ausencia de contienda, es decir, antes de que opere la jurisdicción contenciosa, en sentido estricto. Entonces no hay litigio o contienda —esto es, contención— y tampoco existen partes procesales, porque todavía no hay proceso. La acción que ejerce la comisión solicitante tiene entidad propia, y el procedimiento y las decisiones del tribunal se instalan en el marco de una categoría competencial asimismo propia. Examinó este punto en mi “Reflexión sobre las medidas provisionales en la jurisdicción interamericana”, pre-

Lo anterior suscita varios temas de primera importancia, entre ellas: los supuestos para la adopción de las medidas —extrema gravedad y urgencia, y necesidad de evitar daños irreparables a las personas—, contenido de éstas —pertinencia en función del bien amenazado y de las circunstancias del caso—, instancia —las emitidas por la corte: a solicitud de la comisión, antes o durante el enjuiciamiento de un caso, o *motu proprio*— y obligatoriedad de dichas medidas, así las dispuestas por la comisión como las ordenadas por la corte.¹¹¹ En la resolución de la Corte IDH, del 29 de agosto de 1998, a propósito de la petición de medidas provisionales en favor de condenados a muerte, el tribunal hizo notar, obviamente, que “si el Estado ejecuta a las presuntas víctimas, causaría una situación irremediable e incurriría en una conducta incompatible con el objeto y fin de la convención, al desconocer la autoridad de la comisión y afectar seriamente la esencia misma del sistema interamericano”.¹¹²

La Corte Internacional de Justicia examinó la obligatoriedad de las medidas provisionales y su eventual conversión en medidas definitivas, como producto de la sentencia de fondo dictada en el mismo juicio en el que fueron adoptadas aquéllas. Fue la primera vez que ese tribunal estudió y resolvió el tema de la obligatoriedad de dichas medidas, considerando que este asunto formaba parte de los planteamientos discrepantes de Alemania y Estados Unidos de América, acerca de los cuales se requería un pronunciamiento judicial.¹¹³ En el caso LaGrand, ese tribunal emitió medidas provisionales el 3 de mar-

sentación de la obra *Medidas provisionales y cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, de Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya (Bogotá, 2004, en prensa). En ese trabajo menciono “lo que se podría llamar una competencia preventiva, que se manifiesta a través de las medidas provisionales y que igualmente se acostumbra analizar en el marco de las atribuciones contenciosas, sin tomar en cuenta su posible autonomía, toda vez que el desempeño de la función preventiva puede plantearse sin que se haya suscitado todavía la cuestión de fondo a través de una demanda formal que ponga en marcha el proceso de conocimiento. Esta última competencia, traducida en aquellas medidas, es la que ahora nos interesa”.

¹¹¹ Sobre medidas provisionales, *cf.* los compendios publicados por la corte: *Compendio 1987-1996*, serie E, núm. 1; *Compendio julio 1996-junio 2000*, serie E, núm. 2; *Compendio julio 2000-junio 2001*, serie E, núm. 3, y *Compendio junio 2001-julio 2003*, serie E, núm. 2003.

¹¹² Caso James y otros, Resolución sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago, 29 de agosto de 1998, considerando 9.

¹¹³ *Cfr.* LaGrand, párr. 98. El punto se examina pormenorizadamente en los párrs. 96 y ss.

zo de 1999.¹¹⁴ En la misma fecha fue ejecutado Walter LaGrand, uno de los dos hermanos alemanes condenados a sufrir la pena capital. La corte sostuvo, en su hora, que dichas medidas no constituían una “simple exhortación”, sino “creaban una obligación jurídica para Estados Unidos de América”.¹¹⁵

México pidió y obtuvo medidas provisionales a favor de tres sentenciados comprendidos en el caso Avena, sometido a la CIJ. La corte ordenó dichas medidas en resolución del 5 de febrero de 2003, notificada por el gobierno federal estadounidense a las autoridades locales correspondientes. Por disposición del 1 de marzo de 2004, la Corte de Apelaciones Criminales de Oklahoma fijó la fecha de ejecución de un sentenciado: 18 de mayo de 2004.¹¹⁶ Posteriormente, en

¹¹⁴ Las medidas se basaron en los artículos 41 del Estatuto de la CIJ y 75.1 de su Reglamento. El mandamiento judicial se emitió en los siguientes términos: “(a) The United States of America should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings, and should inform the Court of all measures which it has taken in implementation of this Order; (b) The Government of the United States of America should transmit this Order to the Governor of the State of Arizona”. *LaGrand*, párr. 32. En este procedimiento, el Solicitor-General de Estados Unidos de América emitió su punto de vista en el sentido de que “an order of the International Court of Justice indicating provisional measures is not binding and does not furnish a basis for judicial relief”. El mismo 3 de marzo, la Suprema Corte de Estados Unidos de América desestimó la moción de Alemania para que se atendiera la orden de medidas provisionales, haciendo ver, como motivo del rechazo, la tardanza del gobierno alemán en presentar su solicitud, así como los obstáculos existentes desde la perspectiva del derecho nacional estadounidense: “(t)wo central factors constrained the United States ability to act. The first was the extraordinarily short time between issuance of the Court’s Order and the time set for the execution of Walter LaGrand... The second constraining factor was the character of the United States of America as a federal republic of divided powers”. La misma suerte corrieron las gestiones del propio Walter LaGrand ante la Suprema Corte. *Cfr. idem*, párrs. 33-34 y 95.

¹¹⁵ La CIJ examinó los textos inglés y francés del artículo 41 del estatuto, que muestran a discrepancias (en español, el artículo 41.1 dice: “La corte tendrá facultad para *indicar*, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que *deban tomarse* para resguardar los derechos de cada una de las partes”; énfasis agregado) , y concentró su estudio sobre el “objeto y fin del tratado”, que debe interpretarse de “buena fe”, con el propósito de permitir que el instrumento alcance las consecuencias que le son inherentes. Para esto, el tribunal internacional invocó el derecho internacional consuetudinario, que se refleja en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La CIJ señaló que la orden sobre medidas provisionales, del 3 de marzo de 1999, “was not a mere exhortation. It has been adopted pursuant to Article 41 of the Statute. This Order was consequently binding in character and created a legal obligation for the United States”. *LaGrand*, párr. 110. No sobra recordar, a este respecto, que “debe rechazarse toda interpretación susceptible de despojar al convenio o parte del mismo de su *plena* eficacia” (subrayado del autor). Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, trad. de Antonio Truyoy y Serra, Madrid, Aguilar, 1957, p. 145,

¹¹⁶ Avena, párr. 21. En este caso, el gobernador del Estado conmutó la pena capital por cadena perpetua.

la sentencia de fondo de Avena, la Corte Internacional de Justicia estimó que las obligaciones estatales derivadas de la orden del 5 de febrero habían sido sustituidas por los deberes afirmados en la sentencia: revisión y reconsideración de los casos.¹¹⁷ La consecuencia lógica de esta disposición es que no proceda la ejecución de los condenados hasta que se realice y concluya el nuevo procedimiento revisor.

Es interesante —para los fines de este trabajo, pero más todavía para el examen de la competencia de la Corte IDH y de las relaciones entre las normas internacionales y las disposiciones nacionales, bajo la óptica de los compromisos, asimismo internacionales, adquiridos soberanamente por el Estado— recordar que en la tramitación de los casos de Trinidad y Tobago el Estado invocó la amplia reserva que había formulado al incorporarse a la convención. Se dijo entonces que aquél:

Reconoce la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares.¹¹⁸

La Corte IDH ha expuesto una tesis general en materia de reservas en la Opinión Consultiva OC-2/82.¹¹⁹ En estos términos, las reservas no han de ser contrarias al fin y objeto del tratado, tomando

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 152.

¹¹⁸ La correspondiente reserva de Trinidad y Tobago, al adherir a la convención, se expuso en los siguientes términos: “Con respecto al artículo 62 de la Convención, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”. Esta expresión guarda similitud con las reservas de Estados Unidos de América, de 1946, y de México, de 1947, a la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia. México señaló, además de la condición de reciprocidad, que el sometimiento a la jurisdicción internacional “no es aplicable a aquellas controversias emanadas de asuntos que, en opinión del gobierno de México, sean de jurisdicción interna de los Estados Unidos Mexicanos”.

¹¹⁹ CIDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, párrs. 17 y ss.

en cuenta que, conforme al artículo 31.1 de la correspondiente Convención de Viena, los tratados deben interpretarse de buena fe, según el sentido corriente de los términos utilizados y teniendo en cuenta el objeto y fin de aquéllos.¹²⁰ Toda reserva “destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales (los previstos en el artículo 27, CADH), cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada incompatible con el objeto y fin de la convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta”.¹²¹ Estos conceptos tienen connotación especial en un tratado tutelar de los derechos humanos. Objeto de ellos son los compromisos adquiridos para aquella tutela, y su fin es la mejor preservación y la mayor exaltación de la dignidad humana, con su escudo protector jurídico.¹²²

Al amparo de la tesis general, el tribunal interamericano rechazó la reserva del Estado en la sentencia sobre excepciones preliminares del 1 de septiembre de 2002. Para esto invocó el artículo 19 de la CADH, sobre interpretación del convenio: ninguna disposición de éste puede interpretarse en el sentido de permitir a un Estado suprimir el goce o ejercicio de derechos o limitarlos en mayor medida que la prevista en él. Así, “no tendría sentido suponer que un Estado que decidió libremente su aceptación a la competencia contenciosa de la corte, haya pretendido en ese mismo momento evitar que ésta ejerza sus funciones según lo previsto en la convención. Por el contrario, la sola aceptación conlleva la presunción inequívoca de que se somete a

¹²⁰ “El objeto y fin del tratado se determinará(n) a través del análisis del texto del tratado. Normalmente será suficiente examinar el preámbulo, pues... es en éste donde normalmente se encuentran enunciados el objeto y fin del tratado”. Acosta Estévez, José B. y Espaliat Larson, Astrid, *La interpretación del derecho internacional público y derecho comunitario europeo*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, pp. 97 y 98.

¹²¹ Opinión Consultiva OC-3/83..., *cit.*, nota 16, párr. 61.

¹²² La Corte IDH sostiene que “el objeto y fin de la Convención Americana es la protección de los derechos humanos, por lo que la corte siempre que requiera interpretarla debe hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos adquiera todo su efecto útil”. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997, serie A, núm. 15, párr. 29. *Cfr.*, ahí mismo, la nutrida jurisprudencia de la Corte Interamericana a este respecto. En mi *Voto razonado concurrente* a la sentencia de fondo y reparaciones de la Corte Interamericana en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, del 31 de agosto de 2001, señalo que “el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se concentran en el reconocimiento de la dignidad humana y de las necesidades de protección y desarrollo de las personas, en la estipulación de compromisos a este respecto y en la provisión de instrumentos jurídicos que preserven aquélla y realicen éstos” (párr. 4 del *voto* mencionado).

la competencia contenciosa de la corte”.¹²³ En la misma resolución se invocó de nueva cuenta el carácter específico de las convenciones sobre derechos humanos, que no implican solamente ciertos vínculos entre los Estados partes, sino generan obligaciones estatales frente a los individuos.¹²⁴

En los casos de Trinidad y Tobago se cuestionó la norma aplicada: Ley de delitos contra la persona, de 1925, que recoge la llamada *mandatory death penalty*.¹²⁵ Bajo este concepto, basta con acreditar la existencia de un homicidio doloso para que resulte pertinente —más todavía: inexorable— la imposición de pena capital. Conviene mencionar que el propio Estado había iniciado la reforma de esa norma¹²⁶ antes de que la corte resolviera el litigio, de manera similar a

¹²³ CIDH, caso Hilaire, Excepciones preliminares, Sentencia del 1o. de septiembre de 2001, párr. 90. La declaración de Trinidad y Tobago “facultaría a éste para decidir en cada caso concreto el alcance de su propia aceptación de la competencia contenciosa de la corte en detrimento del ejercicio de la función contenciosa del Tribunal. Además, concedería al Estado la potestad discrecional para decidir qué asuntos puede conocer la corte, lo que privaría el ejercicio de la competencia contenciosa del Tribunal de toda eficacia” (párr. 92). Aceptar esa declaración —se agregó— “conduciría a una situación en que la corte tendría como primer parámetro de referencia la Constitución del Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana, situación que acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y fin de la Convención” (párr. 93). En el mismo sentido, las sentencias sobre excepciones preliminares, también del 1o. de septiembre de 2001, en los Casos Constantine y otros y Benjamín y otros.

¹²⁴ Los tratados sobre derechos humanos no entrañan obligaciones ante otros Estados, “sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (párr. 94 y 95, en que se mencionan coincidencias internacionales y se invoca la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana). Sobre ésta, *cf.* CIDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, párr. 29; y CIDH, caso del Tribunal Constitucional. Competencia, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, serie C, núm. 55, párr. 41, y caso Ivcher Bronstein. Competencia, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, serie C, num. 54, párr. 42.

¹²⁵ Algunos ordenamientos prevén la imposición de cierta pena cuando se acredita la comisión de determinados delitos. Se contempla esta *mandatory sentence* para evitar la benevolencia judicial, y conseguir, de esta manera, la mejor prevención de la criminalidad. *Cfr.* Cole, George F., *The American System of Criminal Justice*, Monterey, California, Brooks-Cole Publishing Company, 1983, p. 363. En la sentencia del caso *Woonson vs. North Carolina* (1976), la Suprema Corte de Estados Unidos de América consideró que la *mandatory death penalty* contravenía las enmiendas octava y décimocuarta. *Cfr.* Latzer, *Death Penalty Cases. Leading U.S. Supreme Court Cases on Capital Punishment*, Butterworth-Heinemann, 1998, pp. 69 y ss.

¹²⁶ El legislador de Trinidad y Tobago aprobó la *Offences against the Person (Amendment) Act, 2000*, que reformaría la Ley sobre Delitos contra la Persona, y que no había entrado en vigor al tiempo de la sentencia de la Corte IDH. En los términos de esta enmienda, habría tres categorías de homicidio, a saber: *capital murder* o *murder 1*, *murder 2* y *murder 3*. La primera abarca los supuestos de mayor gravedad: homicidios calificados con elementos que regularmente traen consigo, como se observa en derecho comparado, la máxima penalidad y que en la especie se hallan

otras reformas incorporadas en el sistema penal caribeño: así, en Jamaica.¹²⁷

En su sentencia de estos casos, de la que procede transcribir algunos párrafos, por tratarse de puntos esenciales para establecer el criterio de la corte en lo que respecta a la pena de muerte conforme al artículo 4 de la CADH, ese tribunal señaló que:

La privación intencional e ilícita de la vida de una persona (homicidio intencional o doloso, en sentido amplio) puede y debe ser reconocida y contemplada en la legislación penal, si bien bajo diversas categorías (tipos penales) que corresponden a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta los distintos elementos que pueden concurrir en ellos: especiales relaciones entre el delincuente y la víctima, móvil de la conducta, circunstancias en las que ésta se realiza, medios empleados por el sujeto activo, etcétera. De esta forma se establecerá una graduación en la gravedad de los hechos, a la que corresponderá una graduación de los niveles de severidad de la pena aplicable.¹²⁸

Asimismo, la corte hizo ver que:

La referida ley impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, lo que, a la luz del artículo 4 de la Convención Americana, es sumamente grave cuando se encuentra en riesgo el bien jurídico mayor, que es la vida humana, y constituye una arbitrariedad en los términos del artículo 4.1 de la convención.¹²⁹

sancionados con pena capital; homicidios de menor gravedad, con otras características, que se sancionan con prisión perpetua, y homicidios culposos. Esta regulación ya aparece en el derecho correspondiente a otros Estados de la región, que tipifican con pormenor diversas hipótesis de privación intencional de la vida.

¹²⁷ En Jamaica, la *Act to amend the Offences against the Person Act* (14 de octubre de 1992), distingue entre *capital murder*, punible con pena de muerte, y *non-capital murder*, sancionable con prisión perpetua.

¹²⁸ Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros..., *cit.*, nota 18, párr. 102.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 103.

En apoyo de su tesis, la corte mencionó algunos pareceres concordantes con ella.¹³⁰

Una ley que presenta las características de la aplicada en Trinidad y Tobago viola también el artículo 2, CADH, acerca de la obligación de adecuar el derecho interno conforme a las estipulaciones de la convención. En apoyo de este criterio se citó la resolución correspondiente al caso “La última tentación de Cristo”.¹³¹ Hay leyes que violan, *per se*, la convención, aunque no se hayan aplicado todavía a un caso concreto. Esto ocurre en el ordenamiento de Trinidad y Tobago sujeto a cuestión, aun cuando no se haya ejecutado a los condenados a muerte. En efecto: “En el caso de las leyes de aplicación inmediata... la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”.¹³²

La jurisprudencia interna examinó el problema suscitado por la *mandatory death penalty*. Así, hubo pronunciamientos de los tribunales trinitarios y del Judicial Committee del Privy Council, este último por vía de recurso contra resoluciones de la Corte de Apelación, conforme a la ordenación de instancias jurisdiccionales entre los órganos de

¹³⁰ Así, la Observación General núm. 6 de 1982, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en relación con el artículo 6.2-6 del Pacto: abolir la pena de muerte “para los crímenes que no son los más serios” (párr. 100), así como diversos casos conocidos por el comité. En el mismo orden, el tribunal interamericano mencionó la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los EU en el caso *Woodson vs. North Carolina*, de 1976: la condena obligatoria a la pena de muerte viola las enmiendas VIII, sobre trato cruel o inusual, y XIV, acerca de debido proceso. La jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense no ha sido uniforme. Conviene recordar que en la sentencia del caso *Furman vs. Georgia* (1972) declaró que la pena capital constituía un castigo cruel e inusitado; cuatro años más tarde, en la sentencia dictada en el caso *Gregg vs. Georgia* (1976) rechazó que esa sanción fuese siempre, *per se*, cruel e inusitada. *Cfr.* sobre este punto y, en general, acerca del desarrollo de la jurisprudencia estadounidense en materia de pena de muerte, Latzer, *Death Penalty Cases...*, *cit.*, nota 125. La referencia a los casos *Furman* y *Gregg* puede verse en las pp. 3-4, 69 y ss. En el sentido de la sentencia correspondiente al caso *Woodson vs. North Carolina*, *cfr.* también *Roberts vs. Louisiana* (1977) 431 US 633.

¹³¹ En la sentencia sobre el litigio citado, la corte señaló: “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas... En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19, núm. 12, de la Constitución Política y Decreto Ley núm. 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2o. y 1.1 de la Convención”. CIDH, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), Sentencia de 5 de febrero de 200, serie C, núm. 73, párrs. 87 y 88.

¹³² CIDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículo 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, núm. 14, párr. 43.

países del Caribe y la Gran Bretaña. Los litigios han abarcado a otros Estados del Caribe, que también contemplan esa forma de sanción estricta para los supuestos de privación intencional de la vida. El examen de esta materia giró en torno a la admisión o el rechazo de penas inhumanas o degradantes, crueles o inusitadas —calificada de esta manera la *mandatory death penalty*, que excluye el arbitrio judicial vinculado a las características del caso concreto— y a la posibilidad de aplicar en el enjuiciamiento de casos concretos ciertas disposiciones vigentes antes de la independencia de los Estados del Caribe, cuyas nuevas Constituciones contienen normas más favorables para el inculpado, en este orden de cosas, que las expedidas anteriormente. La aplicación de éstas —conforme a lo que pudiéramos llamar una “cláusula de vigencia ultractiva”—¹³³ trae consigo la validez de la *mandatory death penalty*, que se excluye, en cambio, conforme a una interpretación progresiva de las nuevas Constituciones.

En un primer momento, en 2004, el Privy Council desechó la supervivencia de las normas anteriores e interpretó las disposiciones constitucionales en forma que excluyese la pena de muerte obligatoria.¹³⁴ Este criterio cambió poco después —en el mismo 2004—, cuando el Judicial Committee, integrado por un número mayor de miembros que el que había emitido la sentencia en el caso *Roodhal*, sostuvo la validez de la cláusula de ultractividad, en sus términos estrictos.¹³⁵ La decisión se tomó por mayoría de votos.¹³⁶ Los integran-

¹³³ La sección 4 de la Constitución de Trinidad y Tobago de 1976 protege el derecho a la vida; la sección 5.1 establece que ninguna disposición podrá abrogar, limitar o infringir los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, y la sección 5.2.b prohíbe al parlamento imponer o autorizar la imposición de sanciones crueles e inusitadas. Sin embargo, la sección 6.1 (con equivalentes en los ordenamientos de otros Estados) resuelve: “Nothing in sections 4 and 5 shall invalidate: (a) an existing law; (b) an enactment that repeals and re-enacts an existing law without alteration; or (c) an enactment that alters an existing law but does not derogate from any fundamental right guaranteed by this Chapter in a manner in which or to an extent to which the existing law did not previously derogate from than right”.

¹³⁴ Así se resolvió, por lo que toca a Trinidad y Tobago —con repercusión en otros Estados caribeños—, en el caso *Roodhal vs. State of Trinidad and Tobago* (2004) 2 WLR 652,

¹³⁵ Así ocurrió en varios casos en que el Judicial Committee del Privy Council conoció de asuntos previamente llevados ante las Cortes de Apelaciones locales, todos ellos fallados el 7 de julio del 2004, a saber: *Lennox Ricardo Boyce and Jeffrey Joseph vs. The Queen* (Barbados) (2004) UKPC 32, *Charles Matthew vs. The State* (Trinidad and Tobago) (2004) UKPC 33, y *Lambert Watson vs. The Queen* (Jamaica) (2004) UKPC 34.

¹³⁶ En el caso *Watson vs. The Queen* hubo unanimidad adversa a la *mandatory death penalty*, en virtud de que la ley en la que se previó esta sanción no fue expedida antes de que entrara en vi-

tes de la minoría dejaron constancia de su oposición y de las razones en que la sustentaban. Aun cuando en estas sentencias se aludió al estado de la cuestión a la luz del derecho internacional, así como a la recepción e interpretación de éste conforme a la legislación de la Gran Bretaña,¹³⁷ el tema fundamental fue la relación entre la Constitución nacional y los ordenamientos secundarios precedentes, no entre éstos y las normas y principios internacionales. No omitieron los autores del voto minoritario examinar los argumentos derivados de la seguridad pública,¹³⁸ así como las consecuencias del viraje que entrañan las sentencias aprobadas por la mayoría.¹³⁹

gor la Constitución. Los componentes de la minoría en las otras sentencias fueron Lord Bingham of Cornhill, Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn y Lord Walker of Gestingthorpe.

¹³⁷ La sección 3.1 de la United Kingdom Human Rights Act 1998 dispone que los tribunales interpretarán las disposiciones de esta ley de manera que resulten compatibles con las previsiones internacionales, “en la medida en que sea posible” lograr esa compatibilidad.

¹³⁸ “In the Court of Appeal and in argument much emphasis was laid on the very high incidence of murder and the widespread use of firearms in Jamaica. These facts are well known to the Board and are, regrettably, notorious. Criminal conduct of the kind described is not unknown in the United Kingdom. So long as those conditions prevail, and so long as a discretionary death sentence is retained, it may well be that judges in Jamaica will find it necessary, in orthodox sentencing principles, to impose the death sentence in a proportion of cases which is, by international standards, unusually high. But prevailing levels of crime and violence, however great the anxiety and alarm they understandably cause, cannot affect the underlying legal principle at stake, which is that no one, whatever his crime, should be condemned to death without an opportunity to try and persuade the sentencing judge that he does not deserve to die”. Lambert Watson *vs.* the Queen, párr. 64.

¹³⁹ Al respecto, es muy interesante la posición de la minoría en la sentencia del caso Charles Matthew *vs.* The State (Trinidad and Tobago), párrs. 34 y ss., así como el voto particular de Lord Nicholls of Birkenhead, quien señaló, ante la cuestionable y persistente admisión de la *mandatory death penalty*: “Times have changed. Human rights values set higher standards today. The common endeavour, to rid the world of man’s inhumanity to man, has noty ceased. Conduct, once tolerated, is no longer acceptable. Murder can be committed in all manner of circumstances. In some the death penalty will plainly be excessive and disproportionate... To condemn every person convicted of murder to death regardless of the circumstances is a form of inhuman punishment. A sentence of death which lacks proportionality lacks humanity —The three countries which these appeals are concerned have human rights values at the very fore front of their constitutions. Among the fundamental human righte expressly enshrined is prohibition of cruel and unusual punishment in section 5 of the Constitution of Trinidad and Tobago, inhuman punishment in section 17 of the Constitution of Jamaica, and inhuman punishment in section 15 of the Constitution of Barbados. Each country has also entered into international commitments of a like nature—. Despite these constitutional and international guarantees the governments of these countries insists in continuing to inflict on their citizens a form of punishment which, by today’s standards, is inhuman. Each government justifies its mandatory sentences of death for murder by pinting to a transitional saving clause in the country’s constitution in respect of laws in force when the constitution was adopted. Each government seeks thereby to clothe a form of inhuman punishment with continuing constitutional legitimacy and an appearance of human rights respectability. I do not believe the framers of these constitutions ever intended the existing laws sa-

C. *Irretroactividad y debido proceso*

En cuanto a la materia de este epígrafe, que atrae un punto del párrafo 2 del artículo 4, CADH, conviene tomar en cuenta la existencia de un doble régimen de garantías cuando viene al caso la pena de muerte: las ordinarias, aplicables a todas las hipótesis de enjuiciamiento, y las específicas —como “reforzamiento” de garantías— destinadas explícitamente a esas hipótesis punitivas, tanto en lo que atañe a la no retroactividad de la ley (tema sustantivo) como en lo que concierne al enjuiciamiento.¹⁴⁰ En fin de cuentas, la imposición de la pena de muerte en contravención de estas normas implicaría tanto una violación del debido proceso, en sus propios términos, como una privación arbitraria de la vida.¹⁴¹

ving provisions should operate to deprive the country's citizens of the protection afforded by rising standards set by human rights values. The saving clauses were intended to smooth the transition, not to freeze standards for ever. The constitutions of these countries should be interpreted accordingly, by giving proper effect to their spirit and not being mesmerised by their letter. A literal interpretation of these constitutions meant that the law of Jamaica, a country which has taken steps to distinguish between different types of murders, is held to be unconstitutional, whereas the laws of Barbados and of Trinidad and Tobago, where no ameliorating steps have been taken, are held to be constitutional. This is bizarre. Self-evidently, and interpretation of the constitutions which produces this outcome is unacceptable. A supreme court of a country which adopts such a literal approach is failing in its responsibilities to the citizens of the country. A constitution should be interpreted as an evolving statement of a country's supreme law". Charles Matthew *vs.* The State, párrs. 66-70.

¹⁴⁰ Las Salvaguardias de 1984 indican: “Sólo podrá ejecutarse la pena capital de conformidad con una sentencia definitiva dictada por una autoridad competente, tras un proceso jurídico que ofrezca todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo, equiparables como mínimo a las que figuran en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluido el derecho de todo sospechoso o acusado de un delito sancionable con la pena capital a la asistencia letrada adecuada en todas las etapas del proceso” (párr. 5). A esto se puede añadir, como un derecho específicamente marcado para la hipótesis de pena de muerte (además de que lo sea como garantía judicial general en los términos del PIDCP), que “Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a apelar ante un tribunal de jurisdicción superior, y deberán tomarse medidas para garantizar que esas apelaciones sean obligatorias” (párr. 6), así como la prohibición de ejecutar la pena cuando esté pendiente un procedimiento de apelación u otro recurso (párr. 8). El Comité de Derechos Humanos sostiene que la imposición de pena de muerte al cabo de un juicio sin las garantías del debido proceso ni recurso de revisión constituye *per se* una violación del derecho a la vida (Reid *vs.* Jamaica, de 1987, y otros posteriores, como Wright *vs.* Jamaica, e igualmente los atinentes a Jamaica, de L. Simmons, de A. Little, y de R. Henry).

¹⁴¹ En este sentido, se ha pronunciado la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 137 y resolutive 7. La disposición, contenida en diversos instrumentos, que impide imponer la pena capital sin proceso (*without a 'trial'*) implica la observancia de diversos extremos: presunción de inocencia, asistencia jurídica, tiempo adecuado para la preparación de la defensa, plazo razonable (*without delay*) para la realización del proceso e imparcialidad del tribunal. *Cf.* Schabas, *The Abolition of the Death Penalty...*, *cit.*, nota 75, p. 370.

Con estas referencias, es preciso examinar el asunto justiciable desde dos perspectivas, mutuamente complementarias: *a)* Conforme al régimen íntegro de garantías procesales, en sus dos extremos normativos: garantías judiciales (artículo 8, CADH) y protección judicial (urgente y expedita) de derechos fundamentales (artículo 25, CADH), lo cual incluye la intangibilidad del *habeas corpus* y el amparo incluso en estados de excepción;¹⁴² y *b)* Bajo el régimen específico que acoge el artículo 4.2, considerando además la referencias procesales, asimismo específicas, que enuncia el párrafo 6 del mismo artículo 4.¹⁴³

Ese fue el marco para el pronunciamiento de la corte en los multicitados casos de Trinidad y Tobago. La alusión al régimen genérico se hizo en estos términos: “Tomando en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena de muerte, la observancia del debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, es aún más importante cuando se halle en juego la vida humana”.¹⁴⁴ La Opinión Consultiva OC-3/83 aludió al régimen específico: “La circunstancia de que estas garantías (las específicas) se agreguen a lo previsto por los artículos 8 y 9 indica el claro propósito de la convención de extremar las condiciones en que sería compatible con ella la imposición de la pena de muerte en los países que no la han abolido”.¹⁴⁵

A estas referencias procesales, hay que añadir el doble régimen sustantivo que viene a cuentas en estos casos, por lo que toca a un

¹⁴² Al respecto, *cf.* CIDH, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, serie A, núm. 8, párrs. 27 y ss., y CIDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8a. Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9, párrs. 20 y ss. La Convención Americana constituye —se ha reconocido— el instrumento internacional que con mayor claridad instituye la inderogabilidad de las garantías del procedimiento bajo estados de excepción, lo cual resulta aplicable en las hipótesis de aplicación de la pena de muerte. *Cfr.* Schabas, *The Abolition of the Death Penalty...*, *cit.*, nota 75, p. 372. Igualmente, *cf.* Meléndez, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, El Salvador, 1999, esp. pp. 100-104, 122 y ss., y 251 y ss.

¹⁴³ En las Salvaguardias de las Naciones Unidas hay una regla adicional concerniente a la prueba: “Sólo se podrá imponer la pena de muerte cuando la culpabilidad del acusado se base en pruebas claras y convincentes, sin que quepa la posibilidad de una explicación diferente de los hechos”. Párr. 4.

¹⁴⁴ Párr. 148. Se invoca la Opinión Consultiva OC-16/99, párrs. 134 y 135.

¹⁴⁵ Opinión Consultiva OC-3/83..., nota 16, párr. 53.

extremo destacado del principio de legalidad penal:¹⁴⁶ la irretroactividad de la norma perjudicial.¹⁴⁷ En esta materia existen dos prevenciones: la contenida en el artículo 9 —“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”— y la prevista en el artículo 4.2 —condena a pena capital ajustada a “una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito”—.

Para establecer el alcance del concepto de sentencia ejecutoriada, contenido en el párrafo que ahora analizamos, es pertinente tomar en cuenta la autoridad de cosa juzgada, formal y material, que pudiera tener la sentencia condenatoria. En cuanto al tribunal competente, conviene recordar el criterio de la Corte Interamericana a propósito de los tribunales militares que juzgan a civiles.¹⁴⁸ En lo que concierne a la irretroactividad, es clara la proscripción establecida en los artículos 4.2 y 9.

D. *Prohibición para el futuro*

El párrafo 2 del artículo 4 incluye una disposición de gran importancia: “No se extenderá la pena de muerte a delitos a los cuales no se aplique actualmente”. Esto supone que en determinado país existe cierto conjunto de delitos sancionables con pena capital. Ante esta situación, el precepto de la convención inscrita en una corriente de abolicionismo, pero no abolicionista de manera inmediata y directa, fija una prohibición que trae consigo el “congelamiento” de la pena capital dentro de sus límites actuales. La duda debiera resolverse —ya me referí a los criterios de interpretación— de manera favorable a la supresión —o no extensión— de la pena capital. Por ello, la Opinión Consultiva OC-3/83 mencionó que “el artículo 4.2 estable-

¹⁴⁶ La legalidad penal implica que la ley punitiva sea *escrita, previa* a la realización del hecho punible, y *estricta*, en el sentido de que establezca con claridad las características de aquél. *Cfr.* Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 100; y Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, pp. 106-109.

¹⁴⁷ En cambio, la retroactividad es admisible —y en algunos casos exigible— cuando se trata de nuevas normas que mejoran la situación del reo: porque suprima el carácter delictuoso de una conducta, agregue excluyentes de responsabilidad o causas de extinción, modere la punibilidad, etcétera. El artículo 9, CADH, ordena, en su parte final, que “si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

¹⁴⁸ *Cfr. infra* nota 154.

ce un límite definitivo a la pena de muerte para toda clase de delitos hacia el futuro”.¹⁴⁹

4. Párrafo 3. “*No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido*”

Esta prohibición constituye una de las más intensas expresiones abolicionistas de la CADH. Pretende cerrar la puerta del futuro a la pena de muerte, que ha sobrevivido a la proscripción universal de otros horrores aportados por la “justicia” penal. Esta ha corrido paralela, en experiencias deplorables, a la historia misma de la criminalidad. Sorprende, como se ha observado, que el rechazo universal e incondicional de las prácticas inhumanas —así, la tortura, cuya proscripción se integra en el *jus cogens*—, no haya logrado remover, todavía, la pena capital. Sin embargo, hay tratadistas que admiten el carácter *jus cogens* de algunas disposiciones sobre pena de muerte, así se trate de un *jus cogens* regional en el ámbito americano,¹⁵⁰ idea igualmente aplicable al espacio europeo que ha andado todo el camino hacia la supresión de la pena capital.

En este párrafo crucial —señala la Opinión Consultiva OC-3/83— “no se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquéllos que sí han tomado esta determinación”. Bajo este párrafo, la decisión de un Estado “de abolir la pena de muerte se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable”.¹⁵¹ La supresión legislativa debiera entrañar la supresión judicial y ejecutiva, exactamente como acontece cuando una *lex posterior* mejora la suerte

¹⁴⁹ Párr. 68. Este pudiera ser el caso de México, si se entiende que la pena de muerte subsiste, no obstante su derogación, en la ley ordinaria y su abolición de facto en la jurisdicción militar, para los delitos contemplados por el artículo 22 constitucional. *Cfr.* Islas de González Mariscal, Olga, “La pena de muerte en México”, en Díaz-Aranda, Enrique e Islas de González Mariscal, Olga, *Pena de muerte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 57 y ss. Se halla en curso una reforma a los artículos 14 (a propósito de privación de la vida) y 22 constitucionales, que suprime la pena de muerte, en los términos de una iniciativa presentada en la Cámara de Senadores en abril del 2004.

¹⁵⁰ *Cfr.* Schabas, *The Abolition of the Death Penalty...*, *cit.*, nota 75, p. 376.

¹⁵¹ Opinión Consultiva OC-3/83..., *cit.*, nota 16, párr. 56.

del inculpado o del condenado. En la especie, aparecería la necesidad de sustitución o conmutación. La correspondiente obligación del Estado corre a través de los deberes generales estatuidos en la convención, que demandaría la omisión de medidas legislativas conducentes a restablecer la pena de muerte. Si ha ocurrido una abolición de *facto*, ese deber implicaría la adopción de medidas legislativas conducentes a asegurar la abolición de *jure*. Sobre este punto cabe hacer las consideraciones que recojo en el siguiente párrafo.

Abolir tiene una connotación jurídica precisa: significa suprimir una norma, y en este sentido equivale a derogar la disposición formalmente, bajo cualquiera de los medios que conducen a este fin. Alude, pues, a la abolición de *jure*, pero se ha sostenido que también comprende la abolición de *facto*. Si fuera esto último, habría que precisar cuándo ha ocurrido una abolición —aunque no exista provisión derogatoria—, y si ella modifica los términos de un tratado. El punto se mencionó en las sentencias del tribunal de Estrasburgo en los casos *Soering vs. Reino Unido* y *Ócalan vs. Turquía*. Efectivamente, antes de la supresión convencional de la pena de muerte se había producido una supresión de *facto* que acaso reflejaba la voluntad jurídica de los Estados.¹⁵²

La tendencia que acoge el párrafo 3 del artículo 4 se extrema en el protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte, de 8 de junio de 1990, al que ya me referí, que tiene correspondencias en los también mencionados protocolos 6 y 13 de la Convención Europea. Aquel no admite reservas. Sin embargo, contiene —al igual que su correspondiente europeo— una “vía de escape” a este rigor: “No obstante (la exclusión general de reservas), en el momento de la ratificación o adhesión, los Estados partes en este instrumento podrán declarar que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar” (artículo 2). Esta disposición se asemeja al artículo 2 del Protocolo 6 a la Convención Europea, de 1983, que incluye, además, una situación diferente y aledaña a aquella: la inminente amenaza de guerra, situación no comprendida en el

¹⁵² Cfr. *Soering...*, *cit.*, nota 19, párr. 102.

protocolo americano. Como antes indiqué, existe una reserva de Brasil, amparada en ese texto.¹⁵³

En torno a este asunto es debido subrayar que la situación de guerra no justifica la sanción de cualquier delito con pena capital, sino sólo de los que sean “sumamente graves” y tengan “carácter militar”. En cuanto al primer concepto, conviene tener por reproducido cuanto se dijo a propósito de los delitos más graves, considerando que los sumamente graves se hallarían en el punto más elevado de la gravedad. Por lo que hace al segundo concepto, tómesese en cuenta el carácter restrictivo que ha de tener la previsión de delitos del orden militar, que debieran reducirse a su mínima expresión. Bajo esa calidad quedarían comprendidos solamente los delitos de función, en una doble vertiente: en cuanto a su naturaleza —la estrictamente relacionada con el desempeño militar, en sentido estricto— y en cuanto a la calidad de quienes los cometen —sólo los militares en activo—.¹⁵⁴ Hay disposiciones internacionales más evolucionadas en lo que concierne a esta materia. Tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que no contempla la pena capital para los delitos contra el derecho internacional humanitario. Esta regulación abarca, por supuesto, *inter alia*, a los militares que incurran en tales ilícitos, muy graves, en tiempo de guerra.¹⁵⁵

El inicio de la vigencia de un instrumento internacional se supedita con frecuencia al depósito de cierto número de ratificaciones. Así fue, por ejemplo, en lo que respecta a la Convención Americana.¹⁵⁶

¹⁵³ Quien presentó la ratificación del protocolo, añadió: “declaro, debido a imperativos constitucionales, que consigno la reserva, en los términos establecidos en el artículo II del protocolo en cuestión, en el cual se asegura a los Estados partes el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra, de acuerdo con el derecho internacional, por delitos sumamente graves de carácter militar”.

¹⁵⁴ *Cfr.* caso Castillo Petrucci..., *cit.*, nota 105, párr. 128, y caso Cesti Hurtado, Sentencia del 29 de septiembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000, párr. 151.

¹⁵⁵ *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, esp. pp. 68 y ss.

¹⁵⁶ Así, el artículo 74.2 previene que “tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión”. La Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978, una vez que la hubieron ratificado Colombia (31-VII-1973), Costa Rica (8-IV-1970), Ecuador (28-XII-1977), El Salvador (23-VI-1978), Grenada (18-VII-1978), Guatemala (25-V-1978), Haití (27-IX-1977), Honduras (8-IX-1977), Panamá (22-VI-1978), Re-

Pero no con este protocolo, como expresión de una voluntad apremiante a favor de la abolición de la pena capital, que no debiera diferirse cuando hay Estados dispuestos a adquirir compromisos en este sentido. De ahí que el protocolo cobrara vigencia al depositarse la primera ratificación, hecha por Panamá, el 28 de agosto de 1991.

La Corte IDH recibe su competencia contenciosa general de la CADH o de otros instrumentos que expresamente se la confieren.¹⁵⁷ No es el caso del protocolo al que ahora me refiero. Por ello, la actuación del tribunal interamericano en este ámbito solamente ocurriría: *a)* Mediante el ejercicio de su competencia consultiva, que no dirime puntos contenciosos y que ya se aplicó en la Opinión Consultiva OC-3/83, solicitada por la Comisión Interamericana; y *b)* A través de la competencia contenciosa que proviniera de una demanda por supuestas violaciones del párrafo 3 del artículo 4 de la convención (prohibición de restablecimiento de la pena capital), que se podría analizar e interpretar a la luz del protocolo, tomando en cuenta que si la corte no tiene competencia para aplicar directamente tratados internacionales que no se la atribuyen, sí puede —y en efecto lo ha hecho— remitirse a estos últimos para entender, en su contexto y sentido, las disposiciones de la CADH o de otros instrumentos que le otorgan, explícitamente, competencia material.

pública Dominicana (19-IV-1978) y Venezuela (9-VIII-1977). *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano...*, *cit.*, nota 25, p. 51.

¹⁵⁷ El Protocolo San Salvador, antes mencionado, confiere a la Corte IDH competencia material (artículo 19.6) para conocer de violaciones a los artículos 8.1.a (derecho de asociación sindical) y 13 (derecho a la educación, en todos los aspectos recogidos por este protocolo). Otorga competencia material a la corte la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 9 de diciembre de 1985, por cuanto el artículo 8 previene que “una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado”. También la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas, del 9 de junio de 1994, atribuye competencia material a la corte: “Para los efectos de la presente Convención —dice el artículo XIII—, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares”. En cuanto a la presentación de peticiones ante la Comisión Interamericana, el artículo 23 del Reglamento de ese órgano contempla los mismos instrumentos y agrega, conforme a la competencia de la comisión: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

5. Párrafo 4. “*En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos*”

Al analizar este párrafo, que no tiene correspondencia en el PIDCP y acerca del cual varios Estados formularon reservas —Barbados,¹⁵⁸ Guatemala¹⁵⁹ y Dominica¹⁶⁰—, la corte señaló que se refiere a los delitos políticos y comunes conexos con aquéllos que “estuvieran sancionados con la pena capital con anterioridad, ya que para el futuro habría bastado con la prohibición del artículo 4.2”.¹⁶¹ Tomando en cuenta el planteamiento que determinó la Opinión Consultiva 3, conectado a un tema concerniente a Guatemala¹⁶² —país en el que han surgido diversas regulaciones sobre este punto—¹⁶³ el tribunal interamericano estableció que si se hace reserva del párrafo 4, sin hacerla también del 2, “lo único que (se) reserva es la posibilidad de mantener la pena para delitos políticos o conexos con ellos que ya la tuvieran establecida con anterioridad”. En consecuencia, “se mantiene plenamente para (el Estado) la prohibición de aplicar la

¹⁵⁸ Barbados ratificó el 5 de noviembre de 1981, y expresó: “En cuanto al párrafo 4 del artículo 4, el Código Penal de Barbados establece la pena de muerte en la horca por los delitos de asesinato y traición. El Gobierno está examinando actualmente en su integridad la cuestión de la pena de muerte que sólo se impone en raras ocasiones, pero desea hacer una reserva sobre este punto, ya que en ciertas circunstancias podría considerarse que la traición es delito político y cae dentro de los términos del párrafo 4 del artículo 4”. *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano...*, *cit.*, nota 25, pp. 54 y 55.

¹⁵⁹ El gobierno de Guatemala ratificó “haciendo reserva sobre el artículo 4, inciso 4, de la misma, ya que la Constitución de la República de Guatemala, en su artículo 54, solamente excluye de la aplicación de la pena de muerte, a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos”. La ratificación con reserva se presentó el 27 de abril de 1978. El Estado retiró luego la reserva, al cambiar la normativa constitucional interna. Este retiro aparece en el Acuerdo Gubernativo 281-86, del 20 de mayo de 1986, y operó a partir del 12 de agosto de 1986. *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano...*, *cit.*, nota 25, p. 57.

¹⁶⁰ En la ratificación del 3 de junio de 1993, Dominica señaló: “Se expresan reservas acerca de las palabras ‘o crímenes comunes conexos’”. *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano...*, *cit.*, nota 25, p. 64.

¹⁶¹ Opinión Consultiva OC-3/83..., *cit.*, nota 16, párr. 68.

¹⁶² Las preguntas formuladas por la Comisión Interamericana fueron: “1. ¿Puede un gobierno aplicar la muerte a delitos para los cuales no estuviere contemplada dicha pena en su legislación interna, al momento de entrar en vigor para ese Estado la Convención Americana sobre Derechos Humanos? 2. ¿Puede un gobierno, sobre la base de una reserva hecha al momento de la ratificación al artículo 4o., inciso 4 de la Convención, legislar con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención imponiendo la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción cuando se efectuó la ratificación?”.

¹⁶³ Neuman estudia este punto bajo el rubro “Ruptura del Convenio Internacional y retorno a la pena de muerte. El caso de Guatemala”. *Cfr. La pena de muerte...*, *cit.*, nota 69, pp. 264 y ss.

pena de muerte a nuevos delitos, sean políticos o comunes conexos con los políticos, sean comunes sin ninguna conexidad”.¹⁶⁴

En este marco se suscita un problema ampliamente analizado: la definición del delito político, en sus aspectos objetivos y subjetivos.¹⁶⁵ Habría que considerar criterios de interpretación muy amplios, que obedezcan al principio *pro homine* —o *pro personae*— característico del derecho internacional de los derechos humanos. Ayudará al intérprete recurrir a la referencia internacionalmente establecida sobre delitos que dan lugar a la extradición, tomando en cuenta que ésta es impropcedente cuando se trata de inculpados de delitos de ese carácter.¹⁶⁶ Por exclusión, se entenderá que son comunes los que no tienen carácter político. También se deberá atender a la conexidad delictuosa: delitos que sirvan como medio para la preparación, comisión u ocultamiento, o ilícitos realizados por otras personas y relacionados

¹⁶⁴ Opinión Consultiva OC-3/83..., *cit.*, nota 16, párr. 70

¹⁶⁵ En las doctrinas que caracterizan al delito político, se refleja “el mismo proceso que afecta a todo el derecho penal: el de la consideración preferente del delito y el de la estimación predominante del delincuente. Las teorías objetivas toman en cuenta, principalmente, la naturaleza del derecho violado; las teorías subjetivas conceden un relieve más acusado a los elementos psicológicos del crimen político, o sa a los que radican en el agente y no en el acto”. Ruiz Funes, Mariano, *Evolución del delito político*, México, Hermes, s/f, p. 51.

¹⁶⁶ Ruiz Funes razona: “Si ningún Estado moderno concede la extradición para los delincuentes políticos que, habiendo consumado su delito en otro país, se refugian en su territorio, ¿qué inconveniente hay en reconocer por medio de una convención internacional, y en aceptar en las leyes nacionales, el principio de que el delito político es un crimen *sui generis*, y de que, en consecuencia, su tratamiento debe ser cualitativamente distinto del de la infracción penal común?”. *Evolución del delito...*, *cit.*, nota anterior, pp. 335-336. No sobra recordar que algunos delitos, sobre los que en ocasiones se sostiene su naturaleza política en función de los motivos y fines del autor, han sido ampliamente excluidos de esa connotación y de las ventajas que trae consigo. Así, el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, señala que “a los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo 3 no serán considerados como delitos políticos” (artículo 7). En sentido similar, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984 (artículo 8.1). El mismo tratamiento se da al crimen de terrorismo. Por ejemplo, el Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo, del 27 de enero de 1977, que enuncia diversas conductas punibles generalmente consideradas terroristas, y aclara que, “a los efectos de la extradición”, ninguna de ellas “se considerará como delito político, como delito conexo con un delito político o como delito perpetrado por móviles políticos” (artículo 1). La Convención Interamericana contra el Terrorismo (Bridgetown, Barbados, 3 de junio del 2002) tampoco proporciona una definición de terrorismo y se remite a diversos tratados internacionales (artículo 2). Luego señala que no se negará la extradición de los inculpados por la comisión de esos ilícitos, a los que no se reconoce como de delitos políticos, conexos con ellos o inspirados por motivos políticos (artículo 11). Se niega a dichos inculpados la condición de refugiados (artículo 12) y los excluye del asilo (artículo 13).

con los delitos políticos. Aquí se deberá aplicar un amplio criterio de interpretación, atento al principio *pro homine* (o *pro personae*).

6. *Párrafo 5. “No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se les aplicará a las mujeres en estado de gravidez”*

Este párrafo —sobre el que hizo reserva Trinidad y Tobago—¹⁶⁷ guarda relación con textos del PIDCP¹⁶⁸ y las Salvaguardias de las Naciones Unidas.¹⁶⁹ La prevención sobre menores de edad —“niños”, conforme a la convención de la materia—¹⁷⁰ y ancianos alude tanto a la disposición legislativa como a la aplicación judicial de la pena de muerte, y toma en cuenta la fecha en que se cometió el delito, no el momento del juicio o de la ejecución, que son posteriores. Esto asocia los datos del discernimiento y la política penal, por un lado, con la justificación de la reacción penal, por el otro. La Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la aplicación de la pena capital por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad (artículo 37. a).¹⁷¹

En la determinación del momento de comisión del ilícito es preciso considerar, en su caso, el carácter instantáneo, continuado o continuo de aquél, ampliamente examinado por la doctrina penal y regulado por los ordenamientos penales nacionales,¹⁷² que también se

¹⁶⁷ Formulada “por cuanto en las leyes de Trinidad y Tobago no existe prohibición de aplicar la pena de muerte a una persona de más de setenta (70) años de edad”. *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano...*, *cit.*, nota 25, p. 63.

¹⁶⁸ El artículo 6.5 del pacto previene que “no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

¹⁶⁹ El párrafo 3 de las salvaguardias señala que “no serán condenados a muerte los menores de 18 años en el momento de cometer el delito, ni se ejecutará la pena de muerte en el caso de mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, ni cuando se trate de personas que hayan perdido la razón”, supuesto, este último, que se ha considerado en alguna legislación y jurisprudencia nacionales, pero no en la CADH.

¹⁷⁰ “Para los efectos de la presente Convención —indica el artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989—, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

¹⁷¹ El mismo precepto proscribía la aplicación a estos menores de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación.

¹⁷² El delito es instantáneo cuando “la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos”; permanente o continuo, cuando aquélla “se

suscitó a propósito de la competencia *ratione temporis* de la Corte Penal Internacional.¹⁷³ Sobre este último punto, la Corte Interamericana se pronunció en el caso Blake,¹⁷⁴ en cuyas sentencia sobre excepciones preliminares y fondo se mencionó, para determinados efectos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, que consideran la desaparición como delito permanente.¹⁷⁵ Anteriormente, la misma corte se ocupó en una caracterización de ese hecho, a la luz de la violación de los derechos humanos que entraña: la “desaparición forzada de personas... constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la convención”.¹⁷⁶

La hipótesis sobre mujer en estado de gravidez se refiere a la aplicación de la pena de muerte. La palabra “aplicación” es multívoca:

prolonga en el tiempo”, y continuado, cuando “con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal”. Malo Camacho, *Derecho penal...*, *cit.*, nota 146, p. 509. Uno de los más recientes ordenamientos mexicanos, el denominado *Nuevo Código Penal* para el Distrito Federal, del 2002, estatuye que el delito, atendiendo al momento de su consumación, es instantáneo “cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal”; permanente o continuo, “cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo”, y continuado, “cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal” (artículo 17).

¹⁷³ El artículo 7.1.i del Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla el crimen de lesa humanidad consistente en la desaparición forzada de personas. Este punto provocó diversos cuestionamientos. En tal virtud, se colocó al calce del precepto, en el ordenamiento sobre Elementos del Crimen, una nota 24 que dice: “El crimen será de la competencia de la corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto”, con lo cual se modifica el alcance que, en orden al ejercicio de la jurisdicción, tendría el delito continuo o permanente. Los elementos 7 y 8, característicos de los delitos de lesa humanidad y que se repiten en el análisis de cada hipótesis en los Elementos del Crimen, son, respectivamente: “Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil”, y “Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal...*, *cit.*, nota 155, p. 259.

¹⁷⁴ *Cfr.* CIDH, caso Blake, Excepciones preliminares, Sentencia del 2 de julio de 1996, serie C, núm. 27, párrs. 29 y ss., y CIDH, caso Blake, Sentencia (de fondo) del 24 de enero de 1998, serie C, núm. 36, párrs. 53 y ss.

¹⁷⁵ “Mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”, señala el artículo 17.1 de la declaración; y “Mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”, indica el artículo III de la convención.

¹⁷⁶ CIDH, caso Velásquez Rodríguez, Sentencia (de fondo) del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrs. 155 y 158, y CIDH, caso Godínez Cruz, Sentencia (de fondo) del 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5, párrs. 163 y 166.

puede aludir a la condena judicial o a la ejecución de la sentencia. En el párrafo 2 de este mismo artículo 4 se habla de aplicación en el sentido de previsión legal de la pena de muerte, que es el sentido más amplio y benéfico para el inculpaado.

7. *Párrafo 6. “Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”*

Una expresión específica y adicional del debido proceso cuando existe la posibilidad de condena a muerte se halla en diversos instrumentos,¹⁷⁷ entre ellos la CADH, que consagran ciertas garantías a propósito de la impugnación de resoluciones condenatorias de este género, o bien, acerca de medidas de extinción de la potestad punitiva o de benevolencia penal. Tal es el caso del párrafo 6 del artículo 4 de la convención. Este alude a tres actos: amnistía, indulto y conmutación. Se entiende que estos conceptos han de ser interpretados conforme al empleo corriente de las voces respectivas, y que también abarcan instituciones que posean la misma naturaleza y los mismos efectos que aquéllos, aunque reciban, en las leyes nacionales, denominaciones diferentes. De lo que se trata, en suma, es de poner al alcance del justiciable todos los medios idóneos para excluir la pena capital o impedir su ejecución.

La amnistía es un acto materialmente legislativo (de fuente parlamentaria y, en ocasiones, ejecutiva) que excluye la persecución penal e impide el enjuiciamiento; en fin de cuentas, extingue la potestad de perseguir.¹⁷⁸ La Corte IDH ha examinado el tema de las amnistías

¹⁷⁷ El artículo 6.4 del Pacto IDCP señala: “Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidas en todos los casos”. El párrafo 7 de las Salvaguardias de Naciones Unidas indica: “Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena”; y el párrafo 8 añade: “No se ejecutará la pena mientras este procedimiento esté pendiente”.

¹⁷⁸ El nuevo Código Penal mexicano para el Distrito Federal previene que la amnistía “extingue la pretensión punitiva o la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad impuestas, en los términos de la Ley que se dictare concediéndola”. Se trata, pues, de un acto del Poder Legislativo (a diferencia del indulto, que lo es del Ejecutivo, como potestad de “gracia”) y opera sobre la persecución (investigación y enjuiciamiento) y la ejecución (en tanto que el indulto sólo actúa en la etapa ejecutiva).

en su variante de “auto-amnistías”: rechaza este medio de excluir el enjuiciamiento de responsables de graves violaciones a los derechos humanos.¹⁷⁹ El indulto constituye un acto de perdón, generalmente depositado en las facultades del Ejecutivo, que extingue la potestad de ejecutar una pena prevista en sentencia condenatoria: es, por ello, una medida de “clemencia”, que no suprime la calificación delictuosa de los hechos. Adelante me referiré a esta medida de “clemencia” como sustituto de la revisión judicial de la condena cuando hubo violación de alguna norma procesal que debiera subsanarse a través de un verdadero recurso judicial.¹⁸⁰ Por último, la conmutación es un acto del tribunal o del Ejecutivo, que sustituye una sanción por otra. La clemencia puede aparejar conmutación.¹⁸¹

Los actos a los que me estoy refiriendo deben resultar eficaces para el solicitante o beneficiario, en el sentido de que puedan ser concedidos en todos los casos, sin obstáculos prejuiciosos que priven al peticionario del beneficio que la convención dispone. En otros términos, habrá verdadero acceso a la justicia sustitutiva de la pena de muerte, conforme a las reglas del debido proceso, y no existirán impedimentos inamovibles, previamente establecidos, derivados de la gravedad del delito o de las condiciones del autor —dígase culpabili-

¹⁷⁹ Esta jurisprudencia se ha formado a través de diversas sentencias: así, las correspondientes a los casos Loayza Tamayo (Reparaciones), de 27 de noviembre de 1998, y Castillo Páez (Reparaciones), de la misma fecha. En el caso Barrios Altos, con sentencia de fondo del 14 de marzo de 2001, se reitera y profundiza: “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”. *Cfr.* mi voto concurrente en CIDH, caso Castillo Páez. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sentencia del 27 de noviembre de 1998, serie C, núm. 43, pp. 60 y ss., también recogido en “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, en *Cuadernos Procesales*, México, año V, núm. 13, septiembre de 2001, pp. 21 y ss., y reproducido en García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional...*, *cit.*, nota 155, pp. 354 y ss., y mi estudio de este asunto en “Dos temas de la jurisprudencia interamericana: ‘proyecto de vida’ y amnistía”, en *ibidem*, pp. 258 y ss.

¹⁸⁰ *Infra*, sub II, 7.

¹⁸¹ Ha llamado la atención la resolución del gobernador de Illinois, del 11 de enero del 2003, que conmutó las penas de muerte impuestas en dicho Estado de la unión americana, por penas privativas de la libertad. La medida comprendió a algunos sentenciados abarcados por la demanda mexicana en el caso Avena, ante la Corte Internacional de Justicia, del que también me ocupo en este trabajo.

dad o “peligrosidad”, por ejemplo—, que impidan de plano el otorgamiento de los beneficios mencionados en la convención.

Esta eficacia de los beneficios fue materia de consideración en los casos de Trinidad y Tobago. En las sentencias se dispuso que:

Las peticiones individuales de clemencia previstas en la Constitución, deben ejercerse mediante procedimientos imparciales y adecuados, de conformidad con el artículo 4.6 de la convención, en combinación con las disposiciones relevantes de ésta acerca de las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8. Es decir, no se trata solamente de interponer formalmente una petición, sino de tramitarla de conformidad con el procedimiento que la torne efectiva.¹⁸²

La corte abundó:

El artículo 4.6 leído en conjunto con los artículos 8 y 1.1, los tres de la Convención Americana, pone al Estado frente a la obligación de garantizar que este derecho pueda ser ejercido por el condenado a pena de muerte de manera efectiva. Así, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda hacer valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia.¹⁸³

El tema ha sido examinado en otros casos ante la justicia internacional. Así, en el caso *Avena* se mencionó la posibilidad de que los condenados recurriesen a la *clemency* del órgano ejecutivo. Estados Unidos de América manifestó que ésta no constituye una simple gracia, sino forma parte del sistema legal para corregir errores cometidos en un procedimiento y modificar resoluciones adoptadas en éste. La Corte Internacional de Justicia había considerado el punto en el caso *LaGrand* y reiteró su posición en *Avena*. Aquel tribunal se pronunció por un procedimiento de revisión y reconsideración practicado en la vía judicial, que permita ponderar efectivamente los efectos de la violación en el proceso y la sentencia.¹⁸⁴

¹⁸² Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad...*, *cit.*, nota 18, párr. 186.

¹⁸³ *Ibidem*, párr. 188.

¹⁸⁴ *Avena*, párrs. 140 y ss.

III. OPINIÓN CONSULTIVA OC-16/99. “EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL”

1. *Consideración introductoria*

La Opinión Consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁸⁵ a la que me he referido *supra*, constituye un pronunciamiento cada vez más citado y acogido en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional e internacional.¹⁸⁶ En la base de dicho pronunciamiento se hallan tanto la situación del sujeto extranjero privado de la libertad, que resulta doblemente vulnerable en lo que respecta al ejercicio de ciertos derechos fundamentales —vulnerabilidad incrementada por la detención que se le impone y por su condición de extranjero—, como la misión protectora de nacionales que es inherente al desempeño consular y que ha adquirido creciente importancia.¹⁸⁷

Esta opinión consultiva se inserta en el conjunto de pronunciamientos relacionados con las descoltantes cuestiones del debido proceso, tema muy frecuentemente abordado en la jurisprudencia interamericana, y de los grupos que son vulnerables por diversos motivos, que también ha merecido atención en opiniones consultivas y casos

¹⁸⁵ *Cfr.*, además de la edición oficial de la Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16 e la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 10. de octubre de 1999 solicitada por el gobierno de México sobre el tema “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, con “Prólogo” de Héctor Fix-Zamudio e “Intervención” de Sergio González Gálvez, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2001. Igualmente, mi referencia a esta opinión consultiva en “La función consultiva...”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03..., *cit.*, nota 41, pp. 28 y ss.

¹⁸⁶ Se menciona esta Opinión Consultiva en el caso Ócalan, fallado por la Corte Europea en 2003, no así por las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los casos LaGrand y Avena, aun cuando dicha Opinión Consultiva fue invocada por participantes en aquellos procesos.

¹⁸⁷ Sobre este último punto, *cfr.* Abrisqueta Martínez, José, *El derecho consular internacional (Las relaciones consulares entre los Estados y la institución consular en los momentos actuales)*, Madrid, Reus, 1974, esp. pp. 326 y ss. Acerca de la comunicación con los nacionales, *cfr.* pp. 339 y ss. Inicialmente, esta comunicación quedó reconocida en la costumbre internacional; luego fue incorporada en el sistema convencional. En la conferencia de Viena, de la que provino el Convenio sobre Relaciones Consulares, las estipulaciones del artículo 36 suscitaron reparos. Mayor fue la admisión de estas reglas en el Convenio Europeo sobre Funciones Consulares, del 11 de diciembre de 1967. *Ibidem*, pp. 340-342.

contenciosos.¹⁸⁸ El problema básico que contempla esta opinión consultiva es la situación de hecho y de derecho que guardan los detenidos extranjeros sujetos a un procedimiento penal, durante las etapas de investigación y proceso que conducen a la emisión de una sentencia. No se alude únicamente al *estatus* del migrante, sino a la condición del extranjero, persona que está vinculada por el nexo de nacionalidad con un Estado que no ejerce jurisdicción en el territorio en el que se halla el inculcado, pero puede proveerle de asistencia consular bajo las reglas normales de esta protección.

En la especie considerada por la Opinión Consultiva OC-16/99, la vulnerabilidad posee implicaciones de la mayor importancia: riesgo de aplicación de la pena de muerte, tomando en cuenta las características de la imputación que se hace al inculcado. La solicitud formal de opinión llevada a la corte alude en todo momento a la pena capital; deja fuera, en consecuencia, el procedimiento por ilícitos sancionables con otras punibilidades, no obstante que el argumento de fondo puede ser válido para estos casos, menos graves o dramáticos que los asociados a la última pena. Esta presentación, con la correspondiente exclusión, ha persistido en la posición de México en el caso Avena, y consecuentemente ha determinado la respectiva decisión judicial, limitada a supuestos en los que se aplica la pena capital.¹⁸⁹

El planteamiento mexicano se hizo en solicitud del 9 de diciembre de 1997, esto es, antes del reconocimiento de la competencia contenciosa de la corte por parte de México, y el tribunal emitió su opinión el 1 de octubre de 1999. Esta fue adoptada por unanimidad de los integrantes de la corte en todos los puntos, salvo uno —resuelto por mayoría de 6 votos contra 1—, relativo al debido proceso y a las

¹⁸⁸ Así, en lo que atañe a grupos vulnerables, OC-17/02, acerca de menores de edad: condición jurídica y derechos humanos del niño; OC-18/03, también relacionada con extranjeros: trabajadores migrantes indocumentados; caso de la Comunidad Mayagna Awas Tigni, sobre derechos de comunidades indígenas.

¹⁸⁹ En la sentencia del caso Avena, la Corte Internacional de Justicia mencionó: “Its findings as to the duty of review and reconsideration of convictions and sentences have been directed to the circumstance of severe penalties being imposed on foreign nationals who happen to be of Mexican nationality... the fact that in this case the Court’s ruling has concerned only Mexican nationals cannot be taken to imply that the conclusions reached by it in the present Judgment do not apply to other foreign nationals finding themselves in similar situations in the United States”. Párr. 151.

consecuencias de la resolución que ordena la privación de la vida en estas hipótesis.¹⁹⁰

2. *Referencias normativas y preguntas*

La solicitud de México no alude a la Convención Americana, sino a otros tratados concernientes a derechos humanos: Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Carta de la OEA y Declaración Americana de Derechos y Deberes. El país solicitante es parte en aquellos tratados, así como en la CADH. Estados Unidos de América no lo es de esta última. Algunas preguntas formuladas por el solicitante conducen a establecer la competencia consultiva de la corte en los términos de la CADH; otras se refieren al fondo de la consulta: derechos humanos del individuo y consecuencias de la inobservancia de éstos.

Es relevante mencionar ahora las prevenciones contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,¹⁹¹ en lo que atañe al asunto que nos ocupa. Vienen al caso, específicamente, ciertos derechos reconocidos en ese tratado,¹⁹² en el marco de la asistencia consular prevista en el artículo 36. Entre aquéllos figura el derecho a la información sobre la asistencia consular, definido en la Opinión Consultiva OC-16 como “(e)l derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, ‘sin dilación’,¹⁹³ que tiene los siguientes derechos: i) el de-

¹⁹⁰ *Cfr. infra*, nota 218, acerca de la opinión disidente del juez Jackman.

¹⁹¹ Esta convención, de 1963, “es el primer intento serio y efectivo de uniformar y codificar parte de la normatividad de esta rama jurídica” (consular). “Al mismo tiempo que transforma en norma convenida gran parte del derecho consular consuetudinario, afirma que las normas consuetudinarias ‘continuarán rigiendo las materias que no hayan sido expresamente reguladas por las disposiciones del presente Convenio’, abriendo, así, ancho camino a la costumbre internacional *extra y secundum legem*”. Abrisqueta, *El derecho consular...*, *cit.*, nota 187, pp. 86 y 98.

¹⁹² La Opinión Consultiva OC-16 recoge y formula estos derechos en el “Glosario” que figura en el párr. 5.

¹⁹³ El artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares contiene, en este punto, diversas referencias temporales que coinciden en el sentido de apremio, urgencia, premura con el que deben atenderse ciertos derechos, mediante el cumplimiento de determinadas obligaciones, para permitir que la norma alcance, con plenitud, el “efecto útil” que se pretende. Así, este precepto señala que “si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar *sin retraso alguno* a la oficina consular competente de ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, dete-

recho a la notificación consular, y *ii*) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora”. En el mismo catálogo se encuentra el derecho a la notificación consular, que tiene el “nacional del Estado que envía a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva a la oficina consular del Estado que envía”.¹⁹⁴

Asimismo, es preciso considerar dos derechos de los funcionarios consulares, para el ejercicio de la función que les atribuye el Estado que envía y que se halla regulada en la convención, y trae consigo deberes del Estado receptor, a saber: derecho de asistencia consular o de asistencia, que es el “derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional” (artículos 5 y 36.1.c); y derecho a la comunicación consular o a la comunicación, que tienen “los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía a comunicarse libremente” (artículos 5, 36.1.a y 36.1.c).¹⁹⁵

nido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida *sin demora* por dichas autoridades, las cuales habrán de informar *sin dilación* a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado”. En la versión inglesa se dice: “if he so requests, the competent authorities of the host State shall, *without delay*, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall also be forwarded by the said authorities *without delay*. The said authorities shall inform the person concerned *without delay* of his rights under this sub-paragraph” (énfasis agregado).

¹⁹⁴ Este derecho a información y asistencia se halla en el artículo 16.7 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, de 1990, concebido en los siguientes términos: “Cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluso en prisión o detenido en espera de juicio o sometido a cualquier otra forma de detención: a) Las autoridades diplomáticas o consulares de su Estado de origen, serán informadas sin demora, si lo solicita el detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida; b) La persona interesada tendrá derecho a comunicarse con esas autoridades. Toda comunicación dirigida por el interesado a esas autoridades será remitida sin demora, y el interesado tendrá también derecho a recibir sin demora las comunicaciones de dichas autoridades; c) Se informará sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son aplicables entre los Estados de que se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal”.

¹⁹⁵ En los casos *LaGrand* y *Avena*, la Corte Internacional de Justicia examinó las diversas figuras contenidas en el artículo 36 de la Convención de Viena, a propósito de las relaciones que se establecen o se pueden establecer entre el detenido, el Estado de detención y el Estado al que corresponde la función consular. Sostuvo que ese precepto crea un “régimen de interrelaciones previsto para facilitar la implementación del sistema de protección consular”. *Avena*, párr. 29.

Acerca de la Convención de Viena, las preguntas formuladas por México expusieron, en síntesis, las siguientes cuestiones: la convención mencionada —especialmente el artículo 36— ¿contiene disposiciones concernientes a la protección de derechos humanos en Estados americanos?¹⁹⁶ La exigibilidad del derecho ¿está subordinada a las protestas que formule el Estado de nacionalidad? ¿Cómo debe interpretarse la expresión “sin dilación”? Por último, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación conforme al artículo 36.1.b?

Por lo que hace al PIDCP, destacadamente en lo que atañe al artículo 14 referente a los derechos y garantías procesales, sobre todo los penales, las preguntas se formularon en el siguiente sentido: los artículos 2, 6, 14 y 50 del pacto, ¿contienen disposiciones concernientes a la protección de derechos humanos en Estados de América?; ¿cómo debe interpretarse el artículo 14 de este instrumento a la luz del párrafo 5 de las Salvaguardias de las Naciones Unidas acerca de “todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo”? Cuando se trata de extranjeros, ¿la notificación forma parte de las “garantías posibles para asegurar un juicio justo”; ¿corresponde ese derecho a las garantías mínimas? En esta misma hipótesis, ¿se conforma la omisión de notificación con el derecho del sujeto a disponer de medios adecuados para la preparación de la defensa? (artículo 14.3.b). Todavía en el marco del pacto: los Estados federales americanos, ¿deben tomar las medidas de derecho interno para garantizar la notificación oportuna a personas a las que se pudiera imponer la pena de muerte? ¿Cuáles deben ser las consecuencias jurídicas de la omisión en caso de imposición y ejecución de dicha pena?

Pasemos ahora a las cuestiones planteadas a propósito de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aquí conviene

¹⁹⁶ Esta referencia se relaciona con las atribuciones de la Corte IDH para emitir opiniones consultivas. El artículo 64.1 de la CADH indica que “[l]os Estados miembros de la Organización podrán consultar a la corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”. Esta última estipulación sustenta la formulación de solicitudes por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que igualmente se apoya en el artículo 19.d) del estatuto de la comisión.

tomar en cuenta que al resolver acerca de su competencia para emitir la opinión requerida, la corte recordó el criterio expresado en otra oportunidad: “no se puede interpretar y aplicar la Carta de la (OEA) en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración (Americana)”.¹⁹⁷ Se preguntó: la omisión de notificación ¿es compatible con el artículo 31 de la carta y con el II de la declaración, que reconocen la igualdad ante la ley, sin distinción alguna? ¿Cuáles debieran ser las consecuencias de la imposición y ejecución de la pena de muerte, en caso de omisión de notificación?

3. *Comparecencias por escrito y en audiencias*

Ocho Estados comparecieron en la audiencia realizada el 12 de junio de 1998: Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y República Dominicana. Participó, igualmente, la Comisión Interamericana. Canadá acudió como observador. En calidad de *amici curiae* participaron universidades, organizaciones no gubernamentales, abogados y expertos; de éstos, la mayoría provino de Estados Unidos de América.¹⁹⁸

4. *Opinión: respuestas a la consulta*

En seguida resumiré las respuestas que la corte dio a la consulta formulada por México. Para exponer aquéllas me referiré tanto a los textos de respuesta, específicamente, como a las consideraciones que resulten útiles, en el marco de este examen, para la mejor comprensión del criterio sustentado por el tribunal interamericano. Asimismo, añadiré, cuando sea oportuno, alguna conexión con otros pronunciamientos internacionales.

¹⁹⁷ Cfr. CIDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC -10/89 del 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10, párr. 36.

¹⁹⁸ Así: Human Rights Watch-Americas, CEJIL (Centro por la Justicia Internacional), International Human Rights Law Institute, de De Paul University College of Law, Death Penalty Focus de California, Minnesota Advocates for Human Rights, abogados de José Trinidad Loza y otros juristas, en lo individual.

A. *Derecho del detenido*

En lo que hace al artículo 36 de la Convención de Viena, eje de la presente consulta, el tribunal entendió que dicho precepto efectivamente reconoce derechos de carácter individual al detenido extranjero, entre ellos el de información sobre la asistencia consular, a los que corresponden, en contrapartida, ciertos deberes del Estado receptor.¹⁹⁹ En las consideraciones pertinentes, se indica que el derecho a la comunicación se ha “concebido como un derecho del detenido en las más recientes manifestaciones del derecho penal internacional”.²⁰⁰

Como anteriormente se manifestó, la Corte Internacional de Justicia examinó en el caso LaGrand, primero, y en el caso Avena, después, las diversas figuras contenidas en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, a propósito de las relaciones que se establecen o pueden establecerse entre el detenido, el Estado de detención y el Estado al que corresponde la función consular. Ese precepto —señaló dicho tribunal— crea un “régimen de interrelaciones previsto para facilitar la implementación del sistema de protección consular”.²⁰¹

B. *Derecho humano*

También respondió la Corte IDH que el artículo 36 de la Convención de Viena “conciernen” a la protección de los derechos de la persona y está integrado a la normativa internacional de derechos humanos. Igualmente, los artículos 2, 6, 14 y 50 del PIDCP “conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados ame-

¹⁹⁹ Punto 1: se opina “que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor”. *Cfr.*, asimismo, párrs. 68 y ss. de la Opinión Consultiva.

²⁰⁰ Así, se cita (párr. 78, n. 66 de la Opinión Consultiva): *Rules governing the detention of persons awaiting trial or appeal before a Tribunal or otherwise detained on the authority of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991; as amended on 17 November 1997*; IT/38/Rev.7; regla 65.

²⁰¹ Avena, párr. 26.

ricanos”.²⁰² No es relevante para los fines de la opinión consultiva, pues, que la convención misma atienda a un tema diferente de los derechos humanos, a saber: las relaciones consulares. Basta con que uno de sus preceptos reconozca un derecho individual —de carácter fundamental, como adelante veremos— para que surja la competencia consultiva de la corte. Esta hizo notar, en la misma respuesta, que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos son partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con excepción de Antigua y Barbuda, Bahamas, Saint Kitts y Santa Lucía.²⁰³ Ese convenio es aplicable, pues, a Estados americanos.

Cuando México formuló la demanda correspondiente al caso Avena, ante la Corte Internacional de Justicia, se refirió al derecho a la información sobre la asistencia consular como un derecho humano instalado en el marco del debido proceso legal. La Corte Internacional se limitó a reconocer que se trata de un derecho derivado de un tratado, que Estados Unidos de América se han comprometido a cumplir, independientemente del debido proceso legal conforme a la Constitución estadounidense.²⁰⁴ En tal caso, el tribunal internacional que juzga litigios entre Estados y que no constituye un tribunal de derechos humanos, puede abstenerse de calificar la naturaleza de un derecho bajo este rubro, pero en la especie ha aceptado que se trata de un derecho a favor de individuos —sin perjuicio del derecho que corresponda al Estado titular de la función consular— y que el Estado receptor está obligado, por el nexo convencional, a observarlo.

C. *Eficacia inmediata del derecho. Oportunidad de la información*

En otro punto, la corte hizo notar que la observancia del derecho que ahora interesa no está subordinada a las protestas del Estado que

²⁰² Punto 2: se opina “que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos”. *Cfr.*, igualmente, párrs. 68 y ss., y 107 y ss. de la Opinión Consultiva.

²⁰³ *Cfr.* párr. 109.

²⁰⁴ *Cfr.* Avena, párr. 139. En LaGrand, la CIJ no estimó necesario analizar el carácter de este derecho como “derecho humano”, alegado por Alemania, en virtud de que se había establecido la violación de un derecho individual consagrado convencionalmente. *Cfr.* LaGrand, párrs. 78 y 126.

envía.²⁰⁵ Dicho de diversa manera, ese derecho surge y vale por sí mismo, sin supeditarse a que exista o no una protesta por inobservancia formulado por el Estado cuya función de asistencia consular se ha impedido u obstaculizado. En este orden de consideraciones aparece un tema digno de examen: la dificultad que pudiera existir para determinar la nacionalidad del detenido. En algunos casos puede resultar evidente que éste no tiene la nacionalidad —o puede no tenerla— del Estado cuyos agentes proceden a la detención; pero en otros resulta difícil apreciar, *prima facie*, que se trata de un extranjero.

Al ocuparse en esta cuestión, la Corte Interamericana señala que la referida dificultad de precisar la nacionalidad del detenido:

No desvirtúa el principio de que el Estado que lleva a cabo la detención tiene el deber de conocer la identidad de la persona a la que priva de libertad. Ello le permitirá cumplir sus propias obligaciones y observar puntualmente los derechos del detenido. Tomando en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad del sujeto, la corte estima pertinente que el Estado haga saber al detenido los derechos que tiene en caso de ser extranjero, del mismo modo que se informa sobre los otros derechos reconocidos a quien es privado de libertad.²⁰⁶

Esta cuestión fue analizada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Avena. En la sentencia se manifestó que el deber de informar surge cuando se considera que el detenido puede ser extranjero. Al respecto, se hizo ver que en una comunidad heterogénea, como la estadounidense, es pertinente hacer saber a los detenidos el derecho que les asiste en términos similares a los que se utilizan bajo la fórmula acuñada en el caso Miranda.²⁰⁷ Esto significa que exista una amplia y prudente disposición por parte de las autoridades que practican detenciones, que contribuiría a evitar de plano o disminuir radicalmente el número de casos en los que, por error, se prescinde de la información y se incurre, en consecuencia, en una violación del derecho establecido en la Convención de Viena. Vale recordar que la fórmula

²⁰⁵ Punto 4: se opina “que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía”. Además, *cf.* párrs. 88 y ss. de la Opinión Consultiva.

²⁰⁶ Párr. 96.

²⁰⁷ *Cfr.* párrs. 58, 63 y 64.

Miranda opera en la circunstancia misma de la detención, de manera inmediata, no al cabo de algún tiempo de haberse realizado aquélla y una vez que el inculpaado ha rendido declaración ante la policía.²⁰⁸

En diverso punto de la opinión, la Corte IDH señaló que la expresión “sin dilación”, utilizada por la Convención de Viena, implica que la información sobre el derecho a recibir asistencia consular se suministre al detenido “al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad”.²⁰⁹ Este fue un capítulo importante en el examen realizado por la Corte Internacional de Justicia en el caso Avena. El Tribunal de La Haya consideró que no hay elementos para suponer que la expresión “*wit-hout delay*” signifique “inmediatamente antes de que se rinda declaración”. En tal virtud, la condena contra Estados Unidos de América obedeció al hecho de que transcurrió excesivo tiempo entre la detención de los sujetos y la información a éstos de que tenían derecho a recibir asistencia consular.²¹⁰

La Corte Internacional analizó la lesión causada al derecho del Estado que envía a proveer asistencia consular a su nacional. En la especie, el agravio afecta al Estado mismo, no sólo a su nacional. Esta posibilidad, sostuvo el tribunal, debe establecerse en consideración

²⁰⁸ En la célebre sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América en el caso *Miranda vs. Arizona*, de 1966, redactada por el Chief Justice Warren, la mayoría sostuvo: “when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self incrimination is jeopardized. Procedural safeguards must be employed to protect the privilege and unless other fully effective means are adopted to notify the person of his right to silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored, the following measures are required. He must be warned *prior to any questioning* that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the *right to the presence of an attorney*, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him *prior to any questioning if he so desires*. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him *throughout the interrogation*. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, *no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him*” (énfasis agregado). *Cit.* Weaver, Russell L. et al, *Criminal Procedure. Cases, Problems & Exercises*, West Group, St. Paul, Minn., 2001, p. 389.

²⁰⁹ Punto 3: se opina “que la expresión ‘sin dilación’ utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad”. *Cfr.*, asimismo, párrs. 98 y ss. de la Opinión Consultiva.

²¹⁰ *Cfr.* LaGrand, párr. 68, y Avena, párrs. 85 y ss.

del momento en que se hace la notificación.²¹¹ En el caso LaGrand, la demora fue notoria y excesiva: dieciséis años, nada menos.²¹²

D. *Afectación del debido proceso legal*

Un punto de especial relevancia en la Opinión Consultiva OC-16/99 es el relativo a la conexión entre el debido proceso legal, que agrupa un buen número de derechos específicos, cuyo conjunto permite establecer que en la especie ha habido, en efecto, observancia del proceso debido, y el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena, que recoge un derecho de ese conjunto, en concepto de la corte. Ésta dijo que el derecho consagrado en el artículo 36.1.b) de la convención que estamos examinando permite que resulte eficaz, en casos concretos, el debido proceso legal al que se refiere el artículo 14 del PIDCP. Este precepto “establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”.²¹³ La opinión de la corte es importante por partida doble: en lo que atañe al derecho mismo de información sobre la asistencia consular, y en lo que corresponde al carácter expansivo, histórico, del concepto de debido proceso.

En las consideraciones conducentes a sustentar la opinión de la corte en este extremo preciso, se indicó que el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos:

Está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la

²¹¹ *Cfr.* Avena, párr. 104.

²¹² En LaGrand, la CIJ “found that the failure for 16 years to inform the brothers of their right to have their consul notified effectively prevented the exercise of other rights that Germany might have chosen to exercise under subparagraphs (a) and (c)” del artículo 36.1. Cit. *Avena*, párr. 99. *Cfr.*, en LaGrand, párrs. 72-74.

²¹³ Punto 6: se opina que “el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables”. Asimismo, *cfr.* párrs. 110 y ss. de la Opinión Consultiva.

aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esa corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.²¹⁴

La opinión se ocupó detenidamente de lo que era su materia principal: la relación entre el derecho que venimos examinando y el debido proceso legal. En torno a este punto y a propósito de la igualdad ante la ley que es indispensable reconocer —y proveer— a quienes se ven sujetos al enjuiciamiento penal, la corte hizo notar que, “para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”. Es así como se atiende al principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la protección eficaz de los propios intereses.

Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento —siguió exponiendo la corte—, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.²¹⁵

Se puso énfasis, además, en el “reconocimiento uniforme de que el derecho a la información sobre la asistencia consular constituye un medio para la defensa del inculpado, que repercute —y en ocasiones decisivamente— en el respeto de sus otros derechos procesales”.²¹⁶

E. *Consecuencias de la violación*

Hubo resolución dividida en cuanto al efecto que debe asignarse a la violación del derecho a la información. Por mayoría de seis votos

²¹⁴ Párr. 115.

²¹⁵ Párr. 119.

²¹⁶ Párr. 123.

contra uno, la corte consideró que esa inobservancia afecta las garantías del debido proceso y entraña una violación del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente; en consecuencia, genera responsabilidad internacional del Estado por este concepto y hace surgir el deber de reparación a cargo de aquél.²¹⁷ Un juez objetó el alcance que la mayoría reconoció a la información sobre asistencia consular en el conjunto del proceso, lo cual trae consigo, a su vez, el cuestionamiento de los efectos procesales de la violación.²¹⁸

Es relevante mencionar que en el planteamiento del caso Avena, el Estado demandante solicitó la *restitutio in integrum*, con anulación del procedimiento desarrollado tras la violación del derecho de información sobre la asistencia consular, y la consecuente invalidación de las sentencias dictadas por la justicia interna, así como la exclusión de todas las pruebas obtenidas en contravención de la Convención de Viena en los futuros procesos contra los mexicanos abarcados por la demanda de México y, en su hora, por la sentencia de la Corte Internacional. Ésta se remitió a la resolución del caso LaGrand y reiteró la posición adoptada en dicho juicio: existe un derecho (y el consecuente deber estatal) a la revisión y reconsideración de los casos cuestionados, tomando en cuenta la violación cometida y el perjuicio causado por ésta al inculpado en el curso del proceso. Corresponde a Estados Unidos de América resolver la forma de realizar esa revisión

²¹⁷ Punto 7, adoptado por seis votos contra uno: se opina “que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida ‘arbitrariamente’, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación”. Igualmente, *cf.* párrs. 125 y ss. de la Opinión Consultiva.

²¹⁸ El juez Oliver Jackman precisó su parecer en los siguientes términos, expuestos en una “Opinión parcialmente disidente”: “los conceptos de relevancia, proporcionalidad, oportunidad y sobre todo necesidad, son herramientas indispensables para valorar el papel que juega un derecho dado en la totalidad de la estructura del debido proceso. En este análisis es difícil ver como una disposición tal como la del artículo 36.1.(b) del Tratado —que es esencialmente un derecho de un extranjero acusado por un asunto criminal a ser informado de un derecho de aprovechar la posible disponibilidad de asistencia consular— pueda ser elevado al estado de garantía fundamental, universalmente exigible como una *conditio sine que non* para cumplir con los estándares internacionalmente aceptados del debido proceso”. CIDH, Opinión Consultiva OC-16/99, pp. 125 y ss.

y reconsideración,²¹⁹ en la inteligencia, sin embargo, de que debe ser “efectiva”.²²⁰

En el caso Avena, la Corte Internacional de Justicia examinó la doctrina estadounidense del *procedural default*,²²¹ que trae consigo la preclusión,²²² esto es, la pérdida de la posibilidad de ejercer cierto derecho en el proceso.²²³ En este caso, con antecedente en LaGrand, la Corte de La Haya estableció que negar, en función del *procedural*

²¹⁹ Cfr. párrs. 111 y ss.

²²⁰ Cfr. párr. 130

²²¹ En la terminología jurídica estadounidense, *default* constituye “by its derivation, a failure. An omisión of that which ought to be done. Specifically, the omission or failure to perform a legal or contractual duty”. “Default”, en *Black’s Law Dictionary*, St. Paul, Minn., Centennial Edition, 1991. Preclude significa “to prohibit or prevent from doing something”. “Preclude” en *idem*. “The procedural default rule requires that if a state court rejects a habeas petitioner’s federal constitutional challenge on the adequate and independent state ground that the claim is defaulted under a state procedural rule, a federal habeas court is ordinarily precluded from reviewing that claim unless the petitioner can show cause for the default and prejudice resulting from it”. *Justus vs. Murray*, 897 F.2d 709 (4th Cir. 1990). *O’Sullivan vs. Boerckel*, 526 U.S. 838 (1999), characterized the procedural default rule as necessary to protect the integrity of the federal exhaustion rule. The purposes of the exhaustion requirement ‘would be utterly defeated if the prisoner were able to obtain federal habeas review simply by ‘letting the time run’ so that state remedies were no longer available. Those purposes would be no less frustrated were we to allow federal review to a prisoner who had presented his claim to the state court, but in a such manner that the state court could not, consistent with its own procedural rules, have entertained it. In such circumstances, though the prisoner would have ‘concededly exhausted the state remedies,’ it could hardly be said that, as comity and federalism require, the State has been given a ‘fair opportunity to pass upon (his claims)’”. The most common form of procedural default is the defendant’s failure to present a federal constitutional claim to the trial court and thus preserve the issue for appellate review. The consequence of a procedural default is that the petitioner may be barred from judicial review of the forfeited claim in both state and federal courts. Unlike *Stone vs. Powell* which bars federal habeas relief only when Fourth Amendment issues are given a full and fair hearing in the state courts, if there is a procedural bar, there is no hearing on the constitutional challenge in any state or federal court”. *Weaver et al., Criminal Procedure...*, cit., nota 208, pp. 1165 y 1166.

²²² “La preclusión se define generalmente como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Resulta, normalmente, de tres situaciones diferentes: a) por no haberse observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha)”. Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 196. Preclusión es “la situación que se produce porque alguna de las partes no ha ejercitado oportunamente y en la forma legal alguna facultad o algún derecho procesal”. Pallares, Eduardo, “Preclusión”, *Diccionario de derecho procesal civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1956.

²²³ La corte mencionó la caracterización hecha por México acerca del “procedural default”, no cuestionada por Estados Unidos de América, y en consecuencia aprovechable por el tribunal para el examen de esta figura procesal: “a defendant who could have raised, but fails to raise, a legal issue at trial will generally not be permitted to raise in the future proceedings, on appeal or in a petition for a writ of habeas corpus”, párr. 111.

default, la posibilidad de invocar la violación del artículo 36.2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa una violación del artículo 36.1.b de dicha convención.²²⁴

F. *Implicaciones del sistema federal*

En lo que toca a las implicaciones del sistema federal sobre las obligaciones contraídas a la luz de un tratado internacional, la Corte Interamericana manifestó que las disposiciones internacionales sobre derechos humanos deben ser respetadas por los Estados independientemente de la estructura que éstos adopten: federal o unitaria.²²⁵ En las consideraciones dirigidas a sustentar este criterio, el tribunal interamericano hizo ver que la Convención de Viena, a diferencia del PIDCP y de la CADH, no contiene una cláusula relativa a Estados federales.²²⁶ Señaló, asimismo, recogiendo el criterio expuesto en la sentencia correspondiente al caso Garrido y Baigorria, que “un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”.²²⁷

²²⁴ *Cfr.* Avena, párrs. 107 y ss. Para que esta violación alcance al artículo 36.2, se requiere que el pronunciamiento de la justicia nacional tenga carácter definitivo y no pueda ser modificado en alguna etapa posterior del enjuiciamiento, porque entonces se estaría en la hipótesis reprobada por ese párrafo 2: el ordenamiento interno impediría que tengan pleno efecto los derechos reconocidos en el párrafo 1 del artículo 36. *Cfr.* párrs. 112-114.

²²⁵ Punto 8: se opina “que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados Americanos partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria”. *Cfr.* las consideraciones sobre este asunto, en párrs. 138 y ss. de la Opinión Consultiva.

²²⁶ El artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena: “Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”. En lo que toca a la Convención Americana hay que tomar en cuenta tanto las obligaciones generales del Estado (artículos 1 y 2) como la llamada “cláusula federal”, epígrafe que ostenta el artículo 28. Este obliga inmediatamente a los Estados nacionales, en los términos de su propia competencia (artículo 28.1), y señala además que “con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar *de inmediato* (énfasis agregado) las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

²²⁷ Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C, núm. 39, párr. 46.

La Corte IDH recordó también los términos del artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que extiende la vigencia de éstos sobre todo el territorio del Estado parte, salvo que se haga valer una intención diferente.²²⁸ Ahora bien, ni de la letra ni del espíritu de la Convención —también de Viena— sobre Relaciones Consulares se desprende el propósito de establecer semejante excepción.²²⁹

IV. APÉNDICE

Con fecha 20 de abril del 2004, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó a la corte una solicitud de opinión consultiva, que sería la número 20 (se halla pendiente, en efecto, una consulta de fecha anterior, planteada por Venezuela, a la que correspondería el número 19), acerca de puntos relacionados con la pena de muerte. El planteamiento del 20 de abril se hizo en inglés, uno de los idiomas de trabajo de la corte. El 1 de junio siguiente se hizo llegar al tribunal la misma solicitud, en su versión española. A continuación transcribo las tres preguntas que formula la comisión:

1. ¿Es incompatible con las garantías de los artículos 1.1, 2, 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y con las correspondientes protecciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que un Estado adopte medidas legislativas o de otra índole que niegan a los condenados a muerte el acceso a un recurso judicial o a otro recurso efectivo para impugnar el carácter obligatorio de la sanción impuesta?
2. ¿Es incompatible con las garantías de los artículos 1.1, 2, 5 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con las protecciones correspondientes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que un Estado adopte medidas legislativas o de otra índole que niegan a los condenados a muerte el acceso a un recurso efectivo para impugnar la sanción impuesta en razón de

²²⁸ El artículo 29 de este instrumento, bajo el epígrafe “Ámbito territorial de los tratados”, previene: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

²²⁹ Párr. 140.

la demora o de las condiciones en que se mantuvo a la persona detenida?

3. ¿Es incompatible con las garantías de los artículos 1.1, 2, 25 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con las protecciones correspondientes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que un Estado adopte medidas legislativas o de otra índole que niegan a los condenados a muerte el acceso a un recurso judicial o a otro recurso efectivo para impugnar la sanción impuesta en base a que tienen un procedimiento pendiente ante el sistema interamericano de derechos humanos?