

## EL REFLEJO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN JURISDICCIONES INTERNACIONALES

Luis PERAZA PARGA  
Alicia KERBER PALMA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El reflejo de la jurisprudencia interamericana en el juez mundial, el europeo y en el criminal internacional*. III. *La llamada postura originalista versus la internacionalista en el tribunal supremo estadounidense*. IV. *Conclusión. Se puede seguir exportando más y mejor a otras jurisdicciones internacionales*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos, aunque novedosos en su vertiente jurídica y política, siempre existieron a lo largo de la historia del mundo. Estaban ahí mismo. A nuestro lado. Sin embargo, no los podíamos ver. El hambre, las enfermedades crónicas, el despótico poder de las autoridades sin ninguna legitimidad más allá de la sangre, la exigua esperanza de vida, las sociedades primitivas, en suma, impedían ver al ser humano como sujeto de dignidad, derechos y deberes. Aunque podamos estudiar a la Atenas clásica como fuente y origen de la democracia de nuestros días, no debemos olvidar que era, no el gobierno del pueblo (*demo-cracia*), sino el gobierno de unos pocos. Eran democracias aisladas y encerradas en ciudades donde los esclavos, las mujeres, los extranjeros y los niños eran *objetos* para el uso y disfrute de los ciudadanos. Se trataban efectivamente de democracias directas ya que los ciudadanos, sin necesidad de representantes ni intermediarios, se reunían en Asamblea y elegían o “sorteaban” a sus autoridades de manera directa y sencilla. Esta forma de elección ha llegado a nuestros días en determinados *cantones* de la Confederación helvética que, para se-

guir con las similitudes, aprobaron el voto femenino en décadas todavía no lejanas.

El derecho internacional humanitario es aún más antiguo ya que nos referimos a la reglamentación de los conflictos armados, internacionales e internos. Convertirlos en definitiva, dentro de lo posible, en humanos o humanitarios. Desde el Código de Manú en la India del siglo I antes de Cristo se establecía no atacar a un guerrero desarmado o dormido, no utilizar dardos envenenados, no afectar la cosechas, etcétera. Los derechos humanos siempre estuvieron presentes pero los mecanismos para su defensa, protección y restitución en la medida de lo posible, una vez violentados, se instrumentaron por y para la comunidad internacional después de la segunda gran guerra. El impacto que causó el *descubrimiento* del genocidio judío por parte de las autoridades nazis del llamado *III Reich* “que debió durar 1.000 años” aunó los esfuerzos de los estadistas y líderes de entonces para crear una arquitectura supranacional que permitiera la coexistencia primero y la convivencia pacífica, después. Con ese motivo, como colofón a una serie de reuniones entre los dirigentes de las potencias aliadas y casi vencedoras, se celebra la Conferencia de San Francisco donde se aprueba la Carta de las Naciones Unidas en 1945, se crea su máximo órgano judicial, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y se formaliza la Organización de las Naciones Unidas con sede en Nueva York, envuelta en nuestros tiempos en un permanente proceso de transformación radical que no llega a completarse.

Eran sólo cincuenta naciones las que suscribieron la Carta. Finalizada la segunda gran guerra, se establecen los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio cuyo éxito indudable fue echar a andar la justicia internacional, admitiendo la manifiesta crítica de que fueron establecidos por los vencedores.

En esta era de globalización que nos ha tocado vivir, caracterizada por la revolución tecnológica, la reestructuración del capitalismo y el proceso de integración regional de economías y derechos humanos, destacan los diferentes sistemas de protección regional de los derechos humanos. Los de América y Europa compuesto aquél<sup>1</sup> por una Comisión y una

1 Organización de Estados Americanos (OEA) cuya Carta fue suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washaington en 1992 y por el Protocolo de Managua en 1993.

Corte Interamericana de Derechos Humanos que arranca en 1980 y éste<sup>2</sup> por un Tribunal Permanente Europeo desde 1998 son, sin duda, los más relevantes. África se ha unido a estos sistemas, perfeccionados aunque perfectibles, al establecer una Corte Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos en enero de 2004, cuyos once magistrados no fueron nombrados hasta dos años después,<sup>3</sup> al lado de la tradicional Comisión Africana, operativos en el marco de la Unión Africana (UA) heredera desde el 2002 de la extinta Organización para la Unidad Africana (OUA). Falta por saber si la decisión de la Asamblea Africana sobre la, a nuestro modo de ver no deseable, fusión de ésta con la Corte de Justicia de la UA, auténtica copia a escala continental de la CIJ, se materializa en la práctica.

En la década de los noventa del siglo pasado, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas crea, con el objeto de aplicar el derecho internacional humanitario y el genocidio, los Tribunales para la Antigua Yugoslavia (TPIAY) y Ruanda (TPIR) cuya operatividad se estima que se mantendrá hasta el 2010.

En julio de 1998 se aprueba el Estatuto de Roma por una mayoría abrumadora de diplomáticos plenipotenciarios y sólo cuatro años más tarde se reúnen las sesenta ratificaciones necesarias para que la Corte Penal Internacional (CPI) nazca en su búsqueda de la rendición de cuentas, la persecución, el enjuiciamiento y la condena de los autores individuales de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad.

En un mundo ideal, los tribunales nacionales, ayudados por abogados de las partes que la aleguen, *escanean*, rastrean o peinan la legislación internacional para aplicarla, si ese fuera el caso, al asunto que estén conociendo, con la interpretación que le haya otorgado la jurisprudencia internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos debe intentar influenciar, mediante la autoridad persuasiva emanada de resoluciones ju-

2 En la década de los cincuenta del siglo XX nace el Consejo de Europa, institución intergubernamental que persigue la democracia, el Estado de derecho, la protección de las minorías y la consecución de los derechos humanos en toda Europa. Al poner en marcha la Convención Europea de los Derechos Humanos, establece una Comisión y una Corte que vigila *a posteriori* y subsidiariamente las vulneraciones a los derechos humanos contempladas en la misma.

3 Por el Consejo Ejecutivo de la Unión Africana en su octava reunión ordinaria en la capital de Sudán del 16 al 21 de enero del 2006 y ratificados días después por la Asamblea. [http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Decisions/com/AU6th\\_ord\\_Council\\_Decisions\\_Jan2006\\_Khartoum.pdf](http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Decisions/com/AU6th_ord_Council_Decisions_Jan2006_Khartoum.pdf), página 33 del documento.

rídicamente impecables y éticamente correctas, otras jurisdicciones foráneas internacionales. El objetivo del presente trabajo es el de analizar el impacto que la jurisprudencia interamericana ha tenido y, sobre todo, es capaz de tener en el futuro en otros tribunales de jurisdicción internacional, consolidando una lenta pero al fin y al cabo justicia global. De igual manera y tomando en consideración la influencia que Estados Unidos ejerce en la configuración del llamado “nuevo orden internacional”, revisaremos las diferentes posturas que los jueces norteamericanos han invocado al interior del Tribunal Supremo estadounidense, como referencia obligada para intentar comprender el rumbo actual del derecho internacional.

## II. EL REFLEJO DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA EN EL JUEZ MUNDIAL, EL EUROPEO Y EL CRIMINAL INTERNACIONAL

Los tribunales que vamos a analizar utilizan el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario para procesar, enjuiciar y sentenciar bien a Estados en el primer caso, bien a individuos en el segundo.

Desde 1980, la Corte Interamericana ha venido creando jurisprudencia a través de varios instrumentos judiciales internacionales: sentencias de casos individuales de violaciones de derechos humanos cometidas por los Estados y tuteladas en los convenios americanos, amplísimas y revolucionarias opiniones consultivas y sus medidas provisionales, salvadoras de muchas vidas en evidente peligro de muerte. Constituyen un cuerpo jurisprudencial, en principio, perfectamente *exportable* a otras latitudes.

Menos de dos centenares de sentencias, un número algo mayor de medidas provisionales y diez y nueve opiniones consultivas han logrado crear esta jurisprudencia exigua en sus números pero grande en su calidad. La Corte ha interpretado los tratados regionales americanos de derechos humanos que son derecho doméstico en la mayoría de las treinta y cinco naciones<sup>4</sup> que componen la Organización de Estados Americanos (OEA) y ha entretejido un *orden público americano* en la materia. De igual manera, ha cristalizado conceptos y definiciones que sirven y servirán para la labor de tribunales foráneos. Entre otros temas, interpreta los

4 Se suele hablar de 34 + 1 por la exclusión de Cuba.

requisitos del debido proceso, los periodos razonables de detención, el concepto de desapariciones forzadas, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, las ejecuciones extrajudiciales, las leyes de amnistía y su ilegalidad si encubren crímenes internacionales, el alcance de la obligación de asegurar el goce de los derechos por parte de los estados, el peso de la prueba y los criterios para valorarla, la libertad de expresión, de asociación, la ilegalidad de la censura previa, la solidez y alcance de sus reparaciones,<sup>5</sup> el derecho al nombre y a la inscripción en un registro del nacimiento de un niño,<sup>6</sup> el derecho a la propiedad de la tierra por parte de los indígenas, sus derechos políticos respetando sus usos y costumbres, derechos laborales de los indocumentados, derecho de acceso a la asistencia consular dentro del debido proceso y las garantías judiciales y el *habeas corpus* en estados de emergencia. Tal y como es jurisprudencia consolidada en Europa, la Convención Europea de Derechos Humanos es “un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”.<sup>7</sup> Lo mismo pasa con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>8</sup>

### 1. Corte Internacional de Justicia

En el ámbito universal, destacamos a la CIJ, cuyo antecedente es la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) que funcionó durante el periodo de entre guerras mundiales. Creada en 1946 dentro de la nueva arquitectura de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y compuesta por quince magistrados (que por primera vez preside una mujer, Rosalyn Higgins y cuenta con un mexicano, Bernardo Sepúlveda Amor)<sup>9</sup>

5 Peraza Parga, Luis “Las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La insignia*, 23 de octubre del 2004, [http://www.lainsignia.org/2004/octubre/der\\_018.htm](http://www.lainsignia.org/2004/octubre/der_018.htm).

6 Sesión del Consejo Permanente de la OEA sobre el pleno derecho a la identidad de la niñez en el hemisferio el 9 de marzo del 2007. [http://www.oas.org/OASpage/press\\_releases/press\\_release.asp?sCodigo=C-075/07](http://www.oas.org/OASpage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=C-075/07).

7 Tyrer contra Reino Unido, Sentencia del 25 de abril de 1978, Serie A, núm. 26.

8 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

9 El antiguo secretario de Relaciones Exteriores, Sepúlveda, que ya había actuado como juez *ad hoc* elegido por México para el *Caso Avena*, mientras que los Estados Unidos contaban con Burgenthal, completa la prestigiosa lista de mexicanos jueces de este tribunal mundial. Jorge Castañeda actuó como juez *ad hoc* designado por Malta (lo que confirma que no siempre se eligen de la nacionalidad del país que lo designa) en el pro-

desde febrero de 2006) es el órgano judicial máximo de Naciones Unidas ante el que cualquier país puede someter una controversia,<sup>10</sup> contando siempre con la aquiescencia del otro Estado bajo el sacrosanto principio de jurisdicción voluntaria, destacándose también por poseer una poderosa función consultiva.

La Corte dispone de la facultad jurisdiccional en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre la interpretación de un tratado, en la existencia de un hecho que pudiera constituir, si así lo estableciera, una violación de una obligación internacional y, por último, la naturaleza o extensión de la reparación debida por el quebrantamiento de una obligación internacional. En definitiva, cualquier cuestión de derecho internacional. La Corte decidirá, conforme al derecho internacional, las controversias que los Estados le sometan y aplicará las convenciones internacionales, generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes, la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y, a modo de medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, las decisiones judiciales y las doctrinas de los autores de mayor competencia de las distintas naciones.<sup>11</sup>

Lamentablemente a pesar de su trascendental actividad, existe un escasísimo reflejo de la jurisdicción interamericana en este fundamental tribunal. Se reduce a dos referencias y ambas se encuentran en sendas opiniones particulares de jueces en su labor contenciosa.

La primera versa sobre los criterios de revisión de una sentencia, recurso excepcional y extraordinario que ataca el valor de la cosa juzgada y que debe cumplir los requisitos de un hecho novedoso o documento desconocido en el momento del anterior juicio por quien lo alega, que de haber sido aportado en su oportunidad hubiera podido cambiar el sentido

cedimiento de solicitud de intervención, Sentencia del 21 de marzo de 1984 de Italia, rechazada por la Corte con el apoyo del juez mexicano y en el contencioso sobre la plataforma continental entre Libia y Malta Sentencia del 3 de junio de 1985. Como jueces permanentes fungieron Isidro Fabela (1946-1952), Roberto Córdova (1955-1964) y Luis Padilla Nervo (1964-1973).

10 “Desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre los sujetos de derecho internacional”, CPJI, 30 de agosto de 1924, Asunto Concesiones Mavrommatis en Palestina.

11 El tan repetido y alegado artículo 38 del Estatuto de la CIJ. <http://www.icj-cij.org/ijwww/basicdocuments/basictext/statute.htm>.

de la sentencia y que no haya transcurrido un plazo de tiempo normalmente muy amplio. Se trata de la Opinión disidente del juez *ad hoc* Paolillo en el asunto *El Salvador contra Honduras* que en el párrafo 33 dice así:<sup>12</sup>

...los debates que precedieron a la adopción del artículo 59 del Estatuto de la CPJI (qué después fue el artículo 61) revelan que, en el espíritu de los redactores de esta disposición, los documentos constituyen los hechos. Esto es así tanto en la opinión dominante de la doctrina, como en la jurisprudencia internacional, poco abundante, es cierto. Es de esta manera que la Corte ha interpretado en el pasado la exigencia del descubrimiento de un “hecho novedoso” para fundar una demanda de revisión.

Es aquí donde se remite a un pie de página en el que, entre otras cosas, escribe “podemos citar otras decisiones de tribunales internacionales en el mismo sentido. Recientemente, la sentencia Genie Lacayo<sup>13</sup> del 13 de septiembre de 1997 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su párrafo 12”.<sup>14</sup>

La segunda se la debemos a la opinión<sup>15</sup> de la primera mujer magistrada de la Corte y la primera presidenta desde febrero de 2006, la británica Rosalyn Higgins, en el asunto de las plataformas petrolíferas *Irán contra los Estados Unidos de Norteamérica* (Estados Unidos). Cuando trata de analizar los necesarios y efectivos estándares de la prueba argumenta “otros tribunales judiciales y de arbitrio han reconocido la necesidad de comprometerse con esta tarea legal ellos mismos, de manera pormenorizada, por ejemplo en la sentencia del asunto Velásquez Rodríguez<sup>16</sup> del 29 de julio de 1988 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre sus párrafos 127 a 139”. Una referencia como la citada no podría esperarse del antiguo presidente Guillaume, quien era férreo partidario de emitir sentencias monolíticas de mínimo común denominador.

12 Una advertencia de forma y fondo: todas las sentencias consultadas y reproducidas están redactadas en inglés y algunas en francés. El autor se ha permitido la libertad de traducirlas al español.

13 [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec\\_45\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_45_esp.pdf).

14 [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iesh/ieshjudgment/iesh\\_ijudgment\\_20031218\\_paolillo.PDF](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iesh/ieshjudgment/iesh_ijudgment_20031218_paolillo.PDF).

15 [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/iopjudgment/iop\\_ijudgment\\_20031106\\_higgins.PDF](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/iopjudgment/iop_ijudgment_20031106_higgins.PDF).

16 [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_04_esp.pdf).

No entendemos, sin embargo, como la corte mundial no aprovechó las enseñanzas del tribunal interamericano en el caso *Avena*<sup>17</sup> en un intento de fertilización cruzada de tribunales internacionales. Pocos años atrás, el juez americano, a solicitud del gobierno de México,<sup>18</sup> emitió una opinión consultiva<sup>19</sup> sobre el acceso a la información consular de los mexicanos, condenados a muerte en otro país (Estados Unidos), catalogándolo como un derecho humano y una característica esencial del debido proceso.<sup>20</sup> A pesar de que México en el caso *Avena* alegó esta autoridad persuasiva del juez americano, nunca fue siquiera comentada o citada en la sentencia definitiva de *Avena*.<sup>21</sup> En los mentideros judiciales internacionales se dice que la corte mundial es muy celosa y no suele aceptar referencias de jurisdicciones internacionales de derechos humanos.

## 2. Tribunal Europeo de Derecho Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos guarda muchas similitudes y no pocas diferencias con la para algunos calificada como *corte ibe-*

17 Presentado por México en La Haya el 9 de enero del 2003 conocido como el caso concerniente a *Avena* y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América).

18 Lo que supone su primera opinión consultiva, amén de participar en audiencias públicas o mediante escritos en otras opiniones consultivas sobre el efecto de las sentencias del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas, los gastos de ésta y sobre la legalidad del uso de las armas nucleares. Casi cuatro años más tarde solicita su segunda y, hasta el momento, última opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 sobre la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados. [http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_18_esp.pdf).

19 Serie A, núm. 16, Corte IDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, OC-16/99 del 10. de octubre de 1999. [http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_16_esp.pdf).

20 “Que la inobservancia del derecho a la información de un 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 esas 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 (*verbigracia* Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 4o.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6o.) con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del estado y al deber de reparación”.

21 Caso concerniente a *Avena* y a otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos), 31 de marzo del 2004, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imus/imusframe.htm>.

*roamericana*, tal y como la bautizó el catedrático y antiguo juez y presidente de la misma, doctor Héctor Fix-Zamudio, ante la lamentable falta de aceptación por los *colosos* del norte y micro países del caribe.

Las similitudes son evidentes: las dos funcionan bajo un manto protector de una organización regional, la OEA y el Consejo de Europa. La estructura institucional de los dos sistemas de protección regional es muy similar, sobretodo en los tiempos en que el *juez europeo* contaba con la encomiable labor de una Comisión que funcionó hasta 1998, año en que entró en vigor el fundamental Protocolo 11, fusionándose en un tribunal permanente los dos órganos de supervisión. Los derechos<sup>22</sup> que tratan de proteger una vez vulnerados son muy parecidos. Las diferencias estriban en el exiguu número de comisarios y jueces (siete respectivamente) trabajando a maratoniano tiempo parcial en América y los cuarenta y seis magistrados permanentes de Estrasburgo. La división del trabajo, imposible en el tribunal americano, en salas de siete miembros y una gran sala<sup>23</sup> de diecisiete magistrados para unificación de doctrina y de cuestiones fundamentales se consolida como otra diferencia fundamental. En materia presupuestal, la disparidad deviene incomparable.<sup>24</sup> Un solo dato revelador: mientras que la Corte Interamericana ha dictado no más de ciento cincuenta sentencias, la europea cuenta con docenas de miles. Sin embargo, en lo que atañe a las opiniones consultivas, el resultado es abrumador a favor de la Corte Interamericana ya que mientras el juez eu-

22 Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

23 La Gran Sala, llamada a sentar jurisprudencia y a unificar los criterios de las salas, garantiza el mantenimiento del doble examen de ciertos asuntos de especial importancia sobre interpretación o aplicación del CEDH o una cuestión grave de carácter general. Puede conocer, bien por inhibición de competencias en favor de ella por cualquier sala (de oficio o a instancia de parte, pero con el consentimiento de ambas partes del asunto) bien por su exclusivo derecho de solicitar la remisión de asuntos, bien por la petición de cualquiera de las partes en un plazo perentorio de tres meses una vez notificada la sentencia de la sala de siete. En este último caso, primero actuaría el Colegio de 5 miembros que decidiría si se justifica o no un segundo examen.

24 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuenta para el 2005 con 44 millones de dólares. El presupuesto del 2007 para el Consejo de Europa es de casi 300 millones de euros (297.2) lo que supone un incremento de casi cuatro puntos respecto el 2006 que se invierte en su totalidad en soportar las necesidades crecientes de la Corte. Mientras tanto el objeto de nuestro análisis debe conformarse para el 2006 con la exigua cantidad de un millón trescientos noventa y un mil dólares.

ropeo sólo cuenta con una solicitud, por lo demás rechazada<sup>25</sup> al juzgarla fuera de su competencia consultiva y por adolecer de un amplio ámbito de actuación,<sup>26</sup> el juez americano dispone de amplísimas posibilidades, utilizadas en diecinueve ocasiones, de desarrollo liberal en este campo, tanto por los numerosos sujetos que pueden solicitarla (la Comisión, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires y los países miembros de la OEA<sup>27</sup>) como por los que pueden intervenir utilizando la poco conocida figura del amigo de la Corte (*amicus curiae*), sin olvidar que prácticamente goza de jurisdicción para interpretar cualquier texto internacional de derechos humanos que afecte al continente americano e incluso leyes domésticas nacionales en vigor o toda- vía simple proyectos.

Otro punto de contraste es el eficiente uso que tanto la Corte como la Comisión Interamericana han realizado del ordenamiento de las medidas provisionales y de la petición de las cautelares, respectivamente, con el objeto de proteger la vida e integridad física de personas en peligro grave, extendiéndose incluso a medicamentos contra la pandemia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida<sup>28</sup> y a la libertad de movimientos

25 Sentencia de la Gran Sala del 2 de junio de 2004 solicitada por primera vez en su historia por el único órgano cualificado para ello, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que debe reunir nada menos que 2/3 de votos para poder solicitarla, atinente a la coexistencia de la Convención Europea con la Convención de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes (la formación heredera de la antigua URSS) en vigor desde el 11 de agosto de 1998.

26 El Protocolo II del CEDH en vigor desde septiembre de 1970, dotó a la Corte de competencia consultiva, en nuestra opinión, “raqútica” sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus protocolos a petición del Comité de Ministros. Estas opiniones ni siquiera pueden referirse al contenido o extensión de los derechos y las libertades protegidas.

27 Artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

28 El 23 de septiembre de 1999, la Comisión dicta medidas cautelares para proteger y medicar a dos pacientes enfermos de sida en Chile. Dos días después, Chile acata la resolución. El 29 de febrero de 2000, El Salvador aceptó las medidas cautelares a favor de Odín Miranda y otras 26 personas con sida para otorgarles medicamentos. En un progresivo desarrollo de esta eficaz herramienta internacional es la Corte la que en octubre de 2004 ordena medidas provisionales para proteger la vida de varias personas enfermas en Guatemala.

de los indígenas.<sup>29</sup> Lo veremos más adelante en el asunto de dos uzbekos en Turquía.

Destacamos, en este ámbito europeo de los derechos humanos, varias importantes referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En lo que respecta a los derechos del feto y los de la madre, el juez europeo<sup>30</sup> señala que la jurisprudencia interamericana no otorga una absoluta protección al feto antes de nacer y que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso del niño bebé (*Baby Boy case*),<sup>31</sup> de 1981 que el artículo 4o. de la Convención Americana de Derechos Humanos no prohibía una legislación abortiva en el plano nacional. Al respecto, el tribunal europeo llegó a la conclusión que prácticamente la totalidad, salvo seis,<sup>32</sup> de los cuarenta y cinco (entonces) Estados miembros del Consejo de Europa, permiten a una mujer terminar su embarazo sin restricción durante el primer trimestre del mismo.

En cuanto a las condiciones de los presos esperando ejecución (en el llamado *corredor de la muerte*) destacamos la amplia referencia al sistema interamericano en un caso contra Bulgaria,<sup>33</sup> en la cual la Comisión Interamericana, al examinar quejas de personas esperando la ejecución, encontró violaciones al artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>34</sup> (prohibiendo castigos crueles, inusuales o degradantes) y los artículos 5.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a un tratamiento humano y la prohibición de la tortura y el castigo o tratamiento cruel, inhumano o degradante) sobre todo en irregularidades en el proceso acusatorio, las condiciones materiales y el régimen de internamiento y la duración del tiempo pasado en el corredor de la muerte (*Andrews contra los Estados Unidos*, asunto número 11.139, informe número 57/96 y *Joseph Thomas contra Jamaica*, asunto número

29 La Corte ordena medidas provisionales a Colombia en julio de 2004 para proteger a los miembros del pueblo indígena Kankuamo “el Estado garantice las condiciones de seguridad necesarias para que se respete el derecho a la libre circulación de los indígenas y el regreso de los desplazados”. La Comisión, solicitante de las mismas, aspiraba a que aceptara también medidas para proteger su identidad cultural y su especial relación con el territorio ancestral.

30 *Vo contra Francia* (Gran Sala), sentencia de 8 de julio del 2004, número 53924/00.

31 *Matrimonio Poters*, 1980-1981, Comisión Interamericana, Caso número 2141, 6 de marzo de 1981.

32 Andorra, Irlanda, Liechtenstein, Malta, Polonia y San Marino.

33 *G.B. contra Bulgaria*, sentencia del 11 de marzo del 2004, número 42346/98.

34 Aprobada en la novena conferencia internacional americana, Bogotá, 1948. <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>.

12.183, informe 127/01). Esta postura vanguardista y *pro homine* de la Comisión ayudó al cambio de postura del máximo tribunal británico y de muchos países de la Commonwealth<sup>35</sup> (incluso al interior del Tribunal Supremo de los Estados Unidos)<sup>36</sup> puesto que el Comité Judicial del Consejo Privado del Monarca Británico,<sup>37</sup> en apelación, ha considerado expresamente los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y los de la Comisión Interamericana para fundamentar su cambio jurisprudencial y conmutar las penas de muerte por cadenas perpetuas.

Los lores de la Ley<sup>38</sup> proclamaron que “en cualquier caso donde la ejecución ha de llevarse a cabo más de cinco años<sup>39</sup> después de dictarse la sentencia, existe un sólido fundamento para considerar que tal demora equivale a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Las disposiciones de la sentencia establecían que debería ser posible que los órganos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos despacharan en un plazo de dieciocho meses, como máximo, los reclamos que se les presentara respecto de casos que conllevaran la pena de muerte. La cruz de la moneda consistió en que la Comisión Interamericana no se pudo comprometer con Trinidad y Tobago en que los casos ante ella presentados que tuvieran estas características se completarían dentro de ese plazo. Trinidad y Tobago alegó que no estaba en condiciones de conceder que la incapacidad de la Comisión para tratar de forma expedita las peticiones relacionadas con casos de imposición de la

35 Sistema de relaciones comerciales y culturales que reúne a casi todas las antiguas colonias británicas.

36 En una opinión disconforme del juez Breyer ante la negativa rutinaria de la Corte en el asunto de un preso en el corredor durante veinticinco años (Knight contra Florida 1999) dijo “un número en aumento de cortes fuera de los Estados Unidos (tribunales que aceptan la legalidad de la pena de muerte) han sostenido que largos retrasos en la administración de la legal pena de muerte convierte a la eventual ejecución en inhumana, degradante e inusualmente cruel”. Argumentación que repite tres años después en Foster contra Florida.

37 Es un cuerpo ceremonial que presta servicios consultivos a la Corona británica. Compuesto por miembros y ex miembros del Gabinete y de figuras importantes en el Reino Unido y en la Commonwealth. Se divide en diversos comités cada uno con funciones específicas (universidad, profesiones, coloniales...). El más importante es el judicial (*Judicial Committee*) que ejerce la función de última instancia de apelación para la mayoría de los países de la Commonwealth.

38 En el caso Pratt y Morgan *versus* Fiscal General de Jamaica de 1994.

39 Incluso lo baja a cuatro años y diez meses posteriormente en Guerra *versus* Baptiste y otros 1996.

pena capital, frustrara la ejecución de esta pena legal con que se castiga, dentro de sus fronteras, el delito de homicidio. Por esta razón, Trinidad y Tobago hizo historia desgraciada al ser el primer y único país que denunció la Convención Americana.<sup>40</sup> El retiro adquiere mayor relevancia al tratarse de uno de los pocos países caribeños<sup>41</sup> que había aceptado la competencia de la Corte.

El juez europeo<sup>42</sup> se lamenta de que en la Convención Europea en su artículo 2o., al contrario que en el artículo 4o. de la Convención Americana<sup>43</sup> de 1969, no se prohíba expresamente la imposición de la pena de muerte a las personas que en el momento de comisión del crimen tenían menos de 18 años de edad. Es aconsejable destacar que en el tema de la legalidad de la pena de muerte, el instrumento interamericano prohíbe reinstaurarla, cuando al tiempo de ratificar la misma estaba abolida. En este mismo sentido, la Corte rechazó el 24 de junio de 2005 una solicitud<sup>44</sup> de opinión consultiva de la Comisión para que se pronunciara sobre la *convencionalidad* interamericana de la denegación a los condenados a muerte de recursos basados en la moratoria y en que exista una apelación de orden internacional por haber fijado su criterio anteriormente en múltiples sentencias individuales.

La eficiencia de las medidas provisionales de la Corte Interamericana y de las cautelares de la Comisión se subraya por el juez europeo<sup>45</sup> al analizar la naturaleza de las medidas provisionales expedidas por él mismo en el caso de dos extradiciones de nacionales de Uzbekistán a ese mismo país por parte de Turquía. Al respecto, trae a colación la sentencia del *Caso Loayza Tamayo contra Perú*<sup>46</sup> del 17 de septiembre de 1997

40 El 26 de mayo de 1998, la República de Trinidad y Tobago notificó al secretario general de la OEA su resolución de denunciar la Convención Americana. La denuncia entró en vigor transcurrido un año de la fecha de notificación, conforme al artículo 78(1) de la Convención Americana.

41 La mayoría de los países caribeños, aunque si han ratificado la Convención, no han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana. Barbados es la excepción que confirma la regla.

42 Asunto Soering *contra* el Reino Unido referido a la Corte en 1989.

43 “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 le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

44 <http://www.corteidh.or.cr/Solicitudserieapdf/solicitudcomision.pdf>.

45 Asunto Mamatkulov y Askarov *contra* Turquía, sentencia del 4 de febrero del 2005.

46 [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_33_esp.pdf).

donde afirma que el Estado “tiene la obligación de hacer todo lo posible para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión...”. Reproduce textualmente el artículo 63.2 de la Convención Americana que explica el funcionamiento de las medidas provisionales y realiza un repaso<sup>47</sup> por la jurisprudencia del juez americano, quien afirma reiteradamente la necesidad de que los Estados cumplan con las medidas para asegurar la efectividad de las decisiones sobre el fondo. La Gran Sala de 17 magistrados europeos se permite la licencia de interpretar que el artículo<sup>48</sup> 63.2 de la Convención Americana otorga a la Corte Interamericana la posibilidad de ordenar medidas provisionales, lo que no ocurre en la Convención Europea. El juez europeo<sup>49</sup> se niega a imponer una nueva obligación a los Estados cuando ni su instrumento constitucional, la Convención, ni el derecho internacional general se lo permiten. Sería, según su propio razonamiento, una actuación *ultra vires* (más allá de su competencia) por lo que simplemente se limita (en este caso el presidente de la primera sección) a indicar al gobierno de Turquía que es deseable, en el interés de las partes y del avance sin sobresaltos del procedimiento ante la Corte, no extraditar al demandante a Uzbekistán antes de la reunión de la sala correspondiente.

Las desapariciones forzadas<sup>50</sup> con lamentable *denominación de origen latinoamericana*, tema en el cual la Corte Americana es experta, salen a

47 Medida provisional en Chumina contra Perú del 1o. de agosto de 1991; las de 1996, la de 1997 y la del 2001 en Loayza Tamayo contra Perú; las de 2000 y la de 2001 en Haitianos y nacionales dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana contra República Dominicana; las de 1999, las de 2000 y la de 2002 de James *et al. contra* Trinidad y Tobago. En las dos de 1999, el juez americano establece que los estados partes de la Convención Americana “deben cumplir plenamente en buena fe (*pacta sunt servanda*) con todo lo que prevea la Convención, incluyendo aquellas relativas a la operación de los dos órganos supervisores y, en vista del objetivo fundamental de garantizar la protección efectiva de los derechos humanos, los estados parte deben evitar realizar acciones que puedan frustrar la *restitutio in integrum* de los derechos de las supuestas víctimas”.

48 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 pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

49 Razonamiento que repite en la sentencia sobre el fondo del Asunto Cruz Varas y otros contra Suecia, del 20 de marzo de 1991.

50 Peraza Parga, Luis, “La desaparición forzada en América Latina”, *La insignia*, 13 de noviembre del 2003, [http://www.lainsignia.org/2003/noviembre/der\\_017.htm](http://www.lainsignia.org/2003/noviembre/der_017.htm).

colación en los argumentos de una madre demandante<sup>51</sup> invocando sentencias<sup>52</sup> previas a la adopción de la Convención Interamericana de desaparición forzada de personas, lo que alega y solicita la madre del desaparecido es que el juez europeo deduzca de una serie de circunstancias (una situación generalizada y bien documentada de torturas, inexplicables muertes y desapariciones en custodia policial y militar en el sudeste turco en esas fechas) manejadas como prueba plena, la responsabilidad de los agentes estatales en la desaparición de su hijo, tal y como hace el juez americano en la sentencia Velásquez Rodríguez<sup>53</sup> contra Honduras del 29 de julio de 1988. El juez europeo acepta el razonamiento y condena al Estado turco por violación de varios artículos y a pagar una suma pecuniaria considerable.<sup>54</sup>

### 3. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>55</sup> del de noviembre de 1994 se concentra en procesar, enjuiciar y sentenciar a personas responsables de genocidio y otras violaciones serias de la Ley Internacional Humanitaria cometidas en el territorio ruandés y ciudadanos ruandeses que cometieron genocidio en territorios de Estados vecinos entre el 1o. de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, lo que supone un límite *ratione temporis* claro. Los tutsis, minoritarios en Ruanda, fueron exterminados por los hutus en una de las matanzas más brutales de todo el siglo XX. Actualmente, las tornas han cambiado y son los tutsis los que gobiernan Ruanda. Se ha ensayado un experimento de perdón por parte de las dos tribus que consiste en ceremonias de confesión y arrepentimiento individual de los criminales de guerra, sin delitos de sangre, celebradas en medio del poblado (se denomina *gacaca*) que son condenados a trabajar en favor de la comunidad, salvo los que planearon el genocidio los cuales serán llevados ante el TPIR. Sin embargo, la desidia, la falta

51 Asunto Kurt *contra* Turquía del 25 de mayo de 1998.

52 Velásquez Rodríguez *contra* Honduras, 29 de julio de 1988; Godínez Cruz *contra* Honduras 20 enero 1989; Caballero Santana *contra* Colombia 8 diciembre de 1995.

53 [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_04_esp.pdf).

54 Aproximadamente unos 100,000 dólares en concepto de daños morales y costas procesales.

55 Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas número 955 bajo el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

de hutus que confiesen sus crímenes y el poco apoyo del gobierno actual no ha servido para llevar a buen puerto esta experiencia a medio camino entre la tradición tribal y la justicia internacional. Esta última afirmación puede ser discutible ya que 60,00 decisiones han sido emitidas por estos tribunales en los años 2005 y 2006, aunque paradójicamente supone sólo el 7% de los procesados en Ruanda.

Las referencias a la Corte americana son sorprendentemente abundantes. El juez Rafael Nieto-Navia<sup>56</sup> en una declaración<sup>57</sup> aneja a una decisión de la Cámara de Apelación con sede en La Haya, señala que el derecho humano básico de un acusado a ser juzgado ante un tribunal independiente e imparcial es reconocido en los tratados de derechos humanos, otorgándole el tribunal máxima importancia puesto que el artículo 8o. de la Convención Americana establece que “toda persona tiene el derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un tiempo razonable por un tribunal imparcial, independiente y competente, establecido previamente por ley”. Utiliza el mismo juez una opinión consultiva interamericana<sup>58</sup> para argumentar que, en lo que se refiere a tratados de derechos humanos, sólo tiene jurisdicción para establecer la responsabilidad internacional de los Estados y no la de los individuos.

En una decisión previa<sup>59</sup> del mismo asunto en el apartado de reglas aplicables, desarrolla un planteamiento interesante al establecer que “los tratados regionales de derechos humanos, como el europeo y el americano, y la jurisprudencia desarrollada bajo los mismos, es autoridad persuasiva que puede ser de utilidad y ayuda al aplicar e interpretar el derecho aplicable por el TPIR. Se trata, no de normas vinculantes, pero sí con autoridad por ser prueba de la costumbre internacional”.<sup>60</sup> Declara

56 Uno de los escasísimos casos de un juez que ha fungido en la Corte Interamericana y en otro tribunal internacional.

57 Decisión sobre la petición del fiscal de revisión y reconsideración en el Asunto Jean Bosco Barayagwiza del 31 de marzo del 2000.

58 OC 14/94 del 9 de diciembre de 1994 “Responsabilidad Internacional por la promulgación y entrada en vigor de leyes violatorias de la Convención Americana (artículos 1o. y 2o.)”.

59 Decisión en el Asunto Jean Bosco Barayagwiza del 3 de noviembre de 1999.

60 Estas mismas palabras se repiten en el párrafo 209 de la sentencia del 23 de mayo de 2005 Juvénal Kajelijeli contra el Fiscal. Además cita la sentencia Suárez Rosero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 12 de noviembre de 1997 y el Informe Anual 1982-1983 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

explícitamente que la Corte Interamericana definió<sup>61</sup> el *habeas corpus* como el “remedio judicial diseñado para proteger la libertad personal o la integridad física contra decisiones arbitrarias por medio de una orden judicial ordenando a las autoridades correspondientes a llevar delante de un juez a los detenidos para determinar la legalidad de su detención y, si es el caso, ordenar la libertad del detenido”.<sup>62</sup>

En varias decisiones<sup>63</sup> establece que la sala verifica que en el tema de la razonable duración del procedimiento, tanto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se han referido al mismo, destacando que esta última declaró que “el establecimiento de un periodo de tiempo razonable de duración del procedimiento no puede ser trasladada o traducida a un número de días, meses o años fijos ya que depende de otros elementos que el juez debe considerar”.<sup>64</sup> Dice textualmente<sup>65</sup> “la sala se refiere a la Corte Interamericana que numerosas veces en su jurisprudencia ha otorgado una reparación por el daño sufrido debido a un sufrimiento moral o a pérdidas materiales.” Cita como pie de página el asunto *El Amparo contra Venezuela*.<sup>66</sup>

#### 4. Corte Penal Internacional

La CPI y su Estatuto constitutivo de Roma firmado el 17 de julio de 1998 se creó y entró en vigor respectivamente el 1o. de julio de 2002 al alcanzar la ratificación número sesenta requerida. Con sus escasos años

61 Vuelve a repetir esa definición en la Decisión del 23 de mayo del 2000 del Asunto El fiscal *contra* Joseph Kanyabashi, párrafo 27.

62 Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987 “*Habeas corpus* en situaciones de emergencia. Artículos 27.2 ; 25.1 y 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

63 Decisión de pie de nota 21; Decisión del 8 de noviembre del 2002 El fiscal *contra* Justin Mugenzi *et al.* ICTR-99-50-I; Decisión del 2 de octubre del 2003 El fiscal *contra* Prosper Mugiraneza; Decisión del 20 de febrero del 2004 El Fiscal *contra* Pauline Nyiramasuhuko.

64 Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos número 17/89 del 13 de abril de 1989 Firmenich *contra* Argentina.

65 Traducción del francés por parte del autor.

66 Sentencia de reparaciones artículo 63.1 del 14 de septiembre de 1996, Serie C, núm. 28, párrafos 28-63 incluidos.

de vida, varias investigaciones abiertas de conflictos en desarrollo,<sup>67</sup> presentando ante los jueces por parte del fiscal las pruebas contra dos personas en el conflicto sudanés de Darfur<sup>68</sup> en marzo de 2007, su primer detenido en custodia cuyos cargos han sido aceptados por los jueces<sup>69</sup> y expedidas ya cinco órdenes de búsqueda y captura internacional,<sup>70</sup> ninguna sentencia todavía pero ya muchas resoluciones interlocutorias, destacamos una mención a la Corte Interamericana en una importantísima y, por ende, muy controvertida (por el fiscal argentino Ocampo) resolución<sup>71</sup> del 17 de enero de 2006 que concede el estatus de víctima,<sup>72</sup> en una evidente ampliación en relación con lo que se venía admitiendo hasta ahora en el ámbito internacional, a varias personas (en el anonimato para defender su integridad, capítulo muy bien desarrollado en la CPI) en relación con el asunto del Congo.

La sala constata que, “conforme a los derechos del hombre internacionalmente reconocidos, el sufrimiento moral y las pérdidas materiales constituyen un perjuicio”. La apelación de la fiscalía se basa en que esa participación externa podría atentar contra la integridad de la investigación, la seguridad de víctimas y testigos y producir un grave desequilibrio entre los derechos de la víctimas y los de la defensa, además de convertir el proceso en un caos interminable ante la cantidad de posibles víctimas que podrían ir apareciendo en estos crímenes que se caracterizan por contar con un número masivo e incontable de las mismas. Finalmente, el 13 de julio de 2006, la Sala de apelaciones compuesta por cinco jueces<sup>73</sup> crea una novedosa y revolucionaria jurisprudencia al confirmar ese concepto expansivo de víctima de la sala preliminar número I, al rechazar categóricamente un supuesto derecho o costumbre internacional a apelar decisiones de cortes jerárquicamente subordinadas que no permiten la apelación, alegado por el fiscal Ocampo.

67 Congo, Uganda y Sudán. La Fiscalía continua analizando la situación en países como Costa de Marfil, la República Centroafricana y otros tres que mantiene, por el momento, confidenciales. Rechazó Irak y Venezuela presentadas por personas físicas.

68 <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/230.html>.

69 *Idem*.

70 [http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-04-01-05-52\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-04-01-05-52_English.pdf)

71 [http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101\\_French.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_French.pdf), párrafos 115-116.

72 Le concede a seis personas la posibilidad de presentar al tribunal sus puntos de vista y preocupaciones, entregarle informes, solicitarle que ordene medidas específicas, aunque por el momento no les da acceso a todos los documentos no públicos del expediente sobre situación de la República Democrática del Congo.

73 [http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-168\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-168_English.pdf).

No nos resistimos a dejar de citar un interesante informe<sup>74</sup> de expertos para la Fiscalía de la CPI que seguramente generará más reflejo de jurisprudencia interamericana en el futuro: el informe selecciona sentencias, entre otras de la Corte Interamericana, de derechos humanos de posible relevancia para los criterios de admisibilidad de los asuntos.

### 5. *Tribunal Especial para Sierra Leona*

El Tribunal Especial para Sierra Leona y su Estatuto datan del 16 de enero de 2002, es independiente de cualquier gobierno u organización y sus actuaciones se sufragan mediante las contribuciones de una treintena de Estados; tiene jueces y funcionarios sierra leoneses e internacionales; su sede está ubicada en Freetown, y su mandato actual es de tres años. Se trata de un experimento nuevo ya que aunque es un tribunal *ad hoc*, creado por un acuerdo entre el gobierno y el Consejo de Seguridad, lo podríamos calificar de especial no sólo en el nombre sino en su composición y jurisdicción. Será mixto con jurisdicción tanto nacional como internacional. Aplicará tanto derecho internacional como nacional de Sierra Leona. Investigará y se pronunciará exclusivamente sobre crímenes cometidos desde noviembre de 1996.

Su competencia abarca los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las demás violaciones graves del derecho internacional humanitario. El estatuto de dicho tribunal se inspira en los elaborados para la CPI y los dos tribunales *ad hoc*. La guerra en Sierra Leona ha sido una de las más crueles e ignoradas de nuestra historia reciente. Innumerables muertos, un millón de desplazados internos, 500,000 refugiados y 400,000 con pérdidas de extremidades por las malhadadas minas contra persona.<sup>75</sup> Posee varias características sin precedentes que lo hacen realmente “especial”: es el primer tribunal penal internacional que tiene su sede en el mismo país en que se produjeron los hechos,<sup>76</sup> está compuesto de jueces y leyes nacionales e internacionales con diferentes ámbitos temporales: el derecho internacional desde noviembre de 1996 en ade-

74 <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf>.

75 Que si bien son económicas a la hora de “plantarlas” (unos cuantos dólares) son caras a la hora de desactivarlas (unos cientos de dólares). Van dirigidas a aterrorizar a la población civil y duran muchos años activas en estado latente.

76 Recordar que en el diseño de los tribunales *ad hoc* el objetivo es traspasar casos a las cortes domésticas tal y como sucede en Bosnia Herzegovina y otros Estados balcánicos.

lante y las leyes de Sierra Leona desde julio de 1999. Los jueces son elegidos en un esquema de dos a uno entre el secretario general de Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona. El 10 de marzo de 2003, el Tribunal Especial para Sierra Leona anunció sus primeros autos de procesamiento. Siete personas fueron inculpadas por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario de competencia del Tribunal. Los inculpados son personas pertenecientes al grupo armado de oposición Frente Revolucionario Unido, al Consejo Revolucionario de las FFAA que se unió a aquél tras el golpe militar de mayo de 1997, incluso extendiéndose la responsabilidad a parlamentarios<sup>77</sup> y al ministro del Interior<sup>78</sup> y antiguo coordinador nacional de las Fuerzas de Defensa Civil. Estas decisiones parecen demostrar la imparcialidad del Tribunal al perseguir a criminales de ambos bandos.

Un factor desestabilizador y preocupante consiste en la amnistía general incluida en el Acuerdo de Paz de Lomé de 1999 y posteriormente plasmada en ley. El Tribunal Especial<sup>79</sup> ha analizado los alcances de la amnistía en una decisión<sup>80</sup> que aparentemente trasciende ese limitado objetivo, convirtiéndose en la resolución más controvertida y revolucionaria del derecho internacional en los últimos años.<sup>81</sup> Es la primera vez que un tribunal penal internacional declara que las amnistías no son impedimento para perseguir todos los crímenes internacionales ante tribunales internacionales y extranjeros. Completa la labor iniciada por el TPIAY que, en su sentencia Furundzija,<sup>82</sup> resolvió que un individuo puede ser

77 J. P. Koroma, <http://www.sc-sl.org/Documents/SCSL-2003-03-I.pdf>.

78 Samuel Hinga Norman. Muerto de causas naturales el 22 de febrero del 2007, en custodia, tras un procedimiento hospitalario llevado a cabo en Dakar, Senegal.

79 Mencionar en este punto la inestimable ayuda que nos proporcionó el funcionario jurídico de la Sala II del Tribunal Especial para Sierra Leona, Simon M. Meisenberg.

80 13 de marzo del 2004.

81 "Legality of Amnesties in International Humanitarian Law. The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone. International Review of the Red Cross No 856, p. 837-851. Simon M. Meisenberg. [http://www.icrc.org/Web/eng/si-teeng0.nsf/htmlall/692F82/\\$File/irrc\\_856\\_Meisenberg.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/si-teeng0.nsf/htmlall/692F82/$File/irrc_856_Meisenberg.pdf).

82 De fecha 10 de diciembre de 1998, párrafo 155. 155. "...los autores de tortura actuando escudándose en esas medidas nacionales, podrán ser sentenciados como responsables criminales por torturas en otro estado o en el mismo en un régimen posterior. En resumen, contradiciendo una posible autorización nacional del legislativo o judicial violentando el principio de prohibición de tortura, los individuos permanecen obligados a cumplir ese principio". Tal y como lo señaló el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: "los individuos tiene deberes internacionales que trascienden las obligaciones na-

procesado por tortura ante un tribunal internacional y un Estado distinto al que la emitió, a pesar de que la conducta hubiera sido objeto de una amnistía.

Su sustento es la doctrina de la jurisdicción universal ya que:

...cuando la jurisdicción es universal, un Estado no puede privar a otro de su jurisdicción para procesar al victimario por el efecto de una amnistía. Es por esta razón irrealista de querer como universalmente efectivo la concesión de una amnistía por un Estado para crímenes internacionales graves para los que existe jurisdicción universal... Un Estado no puede llevar al olvido un crimen, como el crimen contra el derecho internacional, que otros estados tienen derecho a mantenerlo vivo y recordarlo.<sup>83</sup>

En esta misma decisión, en su párrafo 82, se hace referencia a sentencias relevantes del juez americano sobre la obligación estatal de procesar o llevar ante la justicia a los acusados de genocidio, tortura o algún crimen incluido en las cuatro Convenciones de Ginebra.

Entrando de lleno en el reflejo del juez americano en este tribunal híbrido, destacar que se trata de la tarea de un solo hombre, el juez británico Geoffrey Robertson,<sup>84</sup> quien, en sus opiniones individuales, trae a colación la jurisprudencia interamericana. Entre estas opiniones destacamos una por la profundidad<sup>85</sup> con que maneja la jurisprudencia interamericana. Se trata, precisamente, de la opinión separada<sup>86</sup> de una decisión sobre la falta de jurisdicción y abuso del proceso del asunto de la amnistía del acuerdo de Lomé.

Dice textualmente:

En la década de los ochenta, la Comisión Interamericana marca su posición en el tema de las amnistías declarando la invalidez de las leyes de auto amnistía

cionales de obediencia impuestas por un estado individualmente". <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>.

<sup>83</sup> Decisión sobre la existencia o no de jurisdicción en la amnistía del acuerdo de Lomé de 13 de marzo del 2004, párrafo 67.

<sup>84</sup> Sin duda influenciado por su experiencia como litigante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>85</sup> A pesar de algunos errores formales o de dedo como llamar Convención Interamericana cuando es simplemente Americana y escribir Corte donde, sin lugar a dudas, quiso escribir Comisión.

<sup>86</sup> Decisión sobre la ausencia de jurisdicción y abuso del proceso de la amnistía del Acuerdo de Lomé del 25 de mayo de 2004.

dictadas bajo la presión de los líderes militares, inmersos en la política común de torturas y desapariciones en Chile, Argentina, Guatemala y El Salvador en la década anterior. Muchas de estas amnistías fueron apoyadas por tribunales domésticos en un desafío a la Comisión y a pesar del hecho de que sus resoluciones eran aplicaciones sólidas de los principios de la Convención Americana (Interamericana en el original) de Derechos Humanos. Incluso una amnistía aprobada en un plebiscito<sup>87</sup> fue condenada por la Comisión: la excusa esgrimida era que demostraba “*el expreso deseo del pueblo uruguayo de cerrar un doloroso capítulo de su historia*” que fue, sin embargo, declarada contraria a la obligación de investigar violaciones de derechos humanos y así, una violación de los derechos de familiares de los desaparecidos (Informe de la Comisión IDH sobre Uruguay y los efectos legales de la ley de amnistía de 1986 incompatible con la Convención Americana. Número 29 de octubre de 1992; Informe de la Comisión IDH sobre Argentina y las leyes de amnistía y el decreto presidencial de perdón que violan los derechos humanos de las víctimas. Número 28 de octubre de 1992).

Más adelante<sup>88</sup> señala y cita el Informe de la Comisión IDH sobre el Salvador y la responsabilidad del Estado en la Masacre de Las Hojas del 24 de septiembre de 1992, arguyendo textualmente:

Después de que la Asamblea Legislativa de El Salvador aprobara un decreto de amnistía específicamente otorgando impunidad a todos los oficiales del ejército que participaron, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>89</sup> estableció que *la presente ley de amnistía, tal y como es aplicada en estos casos, impidiendo la posibilidad de un alivio judicial en casos de asesinato, trato inhumano y ausencia de garantías judiciales, niega la naturaleza fundamental de muchos derechos humanos básicos. Elimina quizás la más*

87 Se nos antoja similar, salvando las distancias, a la establecida el 21 de febrero de 2006 por el gobierno de Argelia, aprobada por el 97% de los votos el 29 de septiembre de 2005. Otorga inmunidad a las fuerzas de seguridad que lucharon contra grupos armados islámicos, cuyos miembros gozaran de una no persecución si entregan las armas en seis meses siempre que no hayan participado en asesinatos masivos, violaciones y el uso de explosivos en lugares públicos. Otro de los graves inconvenientes de esta Carta de reconciliación y paz nacional es que se *blinda* frente a sus detractores violando la libertad de expresión ya que será punible (hasta un máximo de cinco años de cárcel) cualquier acto o declaración escrita que utilice o instrumentalice las heridas de la tragedia nacional para atacar bien a instituciones públicas, bien a la reputación de agentes del gobierno, debilitar al estado e incluso dañar la imagen del país en el extranjero.

88 Párrafo 36.

89 En el original se refiere a la Corte Interamericana, evidentemente un error de dedo del juez británico, ya que El Salvador no aceptó la competencia obligatoria de la Corte hasta 1995.

*efectiva manera individual de hacer prevalecer esos derechos, el juicio y castigo a los victimarios.* La Comisión<sup>90</sup> sostuvo que el gobierno, responsable de las fuerzas armadas, al legislar una amnistía había violado los derechos de las víctimas a la vida (artículo 4o.) a su seguridad personal e integridad (artículo 5o.) al debido proceso (artículo 8o.) y a la protección judicial (artículo 25) y no ha cumplido con la obligación del artículo 1o. de garantizar los derechos humanos de todos sus ciudadanos. En 1992, cuando se emitió esta resolución fue tratada despectivamente: el gobierno reaccionó dictando una ley de amnistía aún más permisiva y abarcadora. Sin embargo, marcó el inicio de una negativa de las cortes y comisiones internacionales de avalar el espectáculo del estado perdonándose así mismo sus propios errores o el creciente fenómeno de nuevos gobiernos otorgando amnistías ante la insistencia de la policía y los militares. Estas decisiones de no aceptar amnistías tuvieron el resultado de denegar el beneficio de las mismas a los que tenían la más grande responsabilidad por crímenes contra la humanidad, tales como altos funcionarios públicos que no podían ser perdonados por el estado y líderes rebeldes que forzaron a gobiernos a ofrecerles el perdón a cambio de paz.

En el párrafo 43 cataloga como de sentencia clave e innovadora (*ground breaking decisión*) la primera que emite la Corte Interamericana, asunto *Velásquez Rodríguez*, que concierne a un estudiante que “desapareció” a manos de los militares hondureños, quienes luego negaron responsabilidad en este asesinato. La Corte responsabiliza al gobierno hondureño bajo la Convención Americana:<sup>91</sup>

El Estado debe evitar, investigar y castigar cualquier violación de los derechos reconocidos por la Convención... El Estado tiene un deber legal para tomar medidas razonables que eviten esta violaciones a los derechos humanos y usar los medios a su disposición para investigar seriamente de violaciones cometidas dentro de su jurisdicción, identificar a los responsables, imponer el castigo apropiado y asegurar una adecuada compensación a las víctimas...

Afirma que concluye este limitado vistazo a las actitudes actuales de órganos internacionales legales hacia la no permisividad de estatutos de amnistía, al menos en relación con los perpetradores con responsabilidad de mando en las masacres, citando una decisión reciente de una corte de

<sup>90</sup> *Ibidem*, nota 83.

<sup>91</sup> El original habla de la Convención Interamericana que no existe como tal ya que es simplemente Americana.

alta autoridad persuasiva. Se trata de la sentencia *Barrios Altos*<sup>92</sup> del juez americano del 14 de marzo de 2001, que concierne a la responsabilidad de ciertos altos funcionarios gubernamentales, incluido el antiguo presidente Fujimori,<sup>93</sup> por autorizar un asesinato masivo de quince estudiantes. La Corte sostiene que las amnistías amplísimas (*blanket sábanas*) son incompatibles con los deberes de los Estados partes de la Convención Americana:

La Corte considera que todas los artículos de una amnistía que tienen por objeto eliminar la responsabilidad son inaceptables ya que intentan evitar las investigaciones y el castigo de aquellos responsables de violaciones graves a los derechos humanos tales como tortura, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas porque violan derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>94</sup>

En una posterior sentencia de interpretación<sup>95</sup> la Corte extendió estas conclusiones a todos los casos en que se estuviera lidiando con estas mismas leyes de amnistía. La legitimidad o ilegitimidad internacional de las amnistía sigue siendo un caballo de batalla cotidiano para superar las heridas violentas internas.

### III. LA LLAMADA POSTURA ORIGINALISTA *VERSUS* LA INTERNACIONALISTA EN EL TRIBUNAL SUPREMO ESTADOUNIDENSE

El llamado *common law* es la familia jurídica propia de los países anglosajones o de los que se formaron bajo el imperio de los mismos. Su origen es el Reino Unido, Canadá, Sierra Leona, Australia, la India... La expansión del poderío político y militar británico creó tantos derechos comunes con caracteres propios como naciones conquistadas. Trataremos de definir sus características esenciales para poder analizar la actuación de nuestro objeto de estudio. La historia del derecho común, llamado así por su oposición a las costumbres locales y constituirse en el

92 [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_75_esp.pdf).

93 Precisamente los hechos comprobados por la Corte en esta sentencia sirven como una de las bases legales para solicitar entonces la extradición del Japón y ahora de Chile.

94 Párrafo 41.

95 [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec\\_83\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_83_esp.pdf).

derecho común a toda Inglaterra, tiene su origen en la conquista y reinado de Inglaterra por parte de Guillermo el conquistador, duque de Normandía en 1066. Los juristas ingleses lo definían como el sentido común de la comunidad, formulado y cristalizado por sus ancestros. Se trata de un conjunto de principios y prácticas no escritas, preponderantemente prácticos, no teóricos, creados en gran medida por la actuación de los jueces, de ahí la conocida expresión *judge made law*. Los tribunales inferiores están obligados a seguir las decisiones, llamados precedentes, de los tribunales jerárquicamente superiores, el famoso *stare decisis*. Los principios del *common law* provenientes de la antigua costumbre, sólo pueden ser autorizados, conocidos o descubiertos y aplicados en el contexto de los procedimientos judiciales. Trata de obtener una solución a un proceso determinado y no reglas para el futuro. Las reglas de procedimiento y del fondo del derecho son igualmente importantes. La equidad es un componente esencial de este derecho, formando grupo aparte con un procedimiento y órgano autónomo hasta la ley de 1873 sobre la reforma judicial. La equidad ya puede ser invocada junto al derecho común al que completa y corrige. La equidad se caracteriza por no tolerar agravio sin reparación, se fija en la esencia de las cosas, más que en la forma, presume la intención de cumplir una obligación y de que está consumado aquello que debe realizarse en el futuro, ayuda al diligente, no al descuidado, el que acude a ella debe tener la conciencia limpia y el que la reclama debe también proceder con equidad.

La organización judicial en los Estados Unidos es complicada ya que se entrecruzan los tribunales federales creados por la Constitución y los tribunales estatales creados por cada una de las cincuenta Constituciones de los cincuenta Estados miembros de la Unión Americana. Bien son las mismas Constituciones las que establecen un sistema judicial, bien autorizan al parlamento estatal a diseñarlo. Los órdenes judiciales estatales de menor a mayor se dividen en cinco. Los llamados *justices of the peace* y *magistrates* para áreas rurales y urbanas respectivamente con asuntos civiles limitados por su cuantía y penales menores o faltas. Los tribunales municipales (*municipal courts*) en algunos Estados es el siguiente nivel, en otros es el inferior. Los nombres oscilan: *traffic court*, *city court*, *night court*, *general district court*, *police court*. Son los encargados de conservar las actas del procedimiento. Las Cortes del condado con jurisdicción penal y civil de mayor cuantía. Las cortes de apelación intermedias con varios nombres como *apellate division*, *state appellate*

*court, superior court, intermediate court of appeal*. Es una jurisdicción casi exclusivamente de apelación, sin posibilidad de recurrir su fallo normalmente. Casi la mitad de los Estados tiene este nivel de apelación. Por ejemplo, Nueva York tiene más de ciento cincuenta y California cuarenta. Por último, el Tribunal final de apelación, mejor conocido como *Supreme Court*, goza de la última palabra, obligatoria y sin recurso posible, dentro del Estado, en todas las cuestiones constitucionales.

Con respecto a los tribunales federales, gozan de jurisdicción exclusiva sobre determinadas cuestiones como quiebras, patentes, derechos de propiedad intelectual, persecución de delitos federales. Tienen jurisdicción compartida con los tribunales estatales en demandas entre ciudadanos de distintos Estados y los casos que surgen bajo la Constitución o las leyes federales. Encontramos tres niveles. Los noventa y cuatro tribunales federales de distrito de los Estados Unidos (*U.S. District Courts*) primera instancia civil y penal. Sus decisiones no suelen ser recurribles. Todos los estados tienen al menos uno. Por ejemplo, el Distrito de Columbia que alberga a la capital del país, Washington, tiene uno con dos o más jueces. California tiene cuatro distritos. Cada caso es visto por un único juez itinerante que debe establecerse al menos una vez al año en cada subdivisión del distrito. Desde 1976 cuando versa sobre constitucionalidad de las leyes se requieren tres. Puede darse la apelación directa ante el objeto de nuestro análisis exclusivamente en materia civil y en supuestos tasados como sentencias definitivas sobre monopolios o declaraciones de inconstitucionalidad de una ley del congreso. Lo ordinario es que la apelación sea vista por el siguiente nivel, los llamados tribunales federales de apelación<sup>96</sup> (*U.S. Circuit Courts of Appeals*). El país se divide en once distritos o áreas, compuestas al menos por tres Estados, en el que el número uno es el más pequeño con sólo seis jueces y el número nueve es el más grande con veintiocho jueces. Columbia tendría el décimo segundo y el décimo tercero es una jurisdicción de apelación para el circuito federal basada en la materia, verbigracia, patentes y contratos con el gobierno. Los magistrados de la Corte Suprema deben ser además jueces de esta jurisdicción y compatibilizan las dos magistraturas.

96 También juzga en apelación las decisiones de la Corte de impuestos estadounidense y de otros organismos administrativos sólo por error de derecho.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos<sup>97</sup> es, sin lugar a dudas, el más influyente e importante tribunal del mundo.<sup>98</sup> Para hacernos una idea de su poder, se propone el ejercicio mental de unificar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sus veintisiete jueces, uno por cada Estado miembro) y la Corte Europea de Derechos Humanos (con sus respectivos cuarenta y seis magistrados), y aún así no llegaríamos a parangonar su poderío. Conoce en primera instancia con un mandato directo de la Constitución de los asuntos relativos a embajadores,<sup>99</sup> ministros plenipotenciarios, cónsules y en aquéllos en que un Estado sea parte. La jurisdicción de apelación revisa las decisiones de tribunales estatales de última instancia sobre cuestiones federales, las decisiones de tribunales federales, cuando las partes residen en diferentes estados, cuando el caso suscita o atañe a una importante cuestión federal o a leyes federales o a la Constitución y, por último, ciertos clases de casos penales. La jurisdicción de apelación se canaliza a través del llamado *writ of certiorari*<sup>100</sup> que la Corte Suprema puede aceptar o rechazar discrecionalmente y sin motivación jurídica alguna. En el caso de ser rechazada, la sentencia del tribunal inferior que quiso ser impugnada deviene definitiva e irrevocable. Esta facultad discrecional, no susceptible de revisión, consistente en aceptar cualquier asunto siempre que cuatro jueces estén de acuerdo y agranda su poderío e independencia. Es la última barrera y conciencia estadounidense sobre los asuntos más actuales, que suelen coincidir con los bioéticos, los derechos humanos y las libertades y garantías fundamentales. Se le consulta para todos los temas sensibles que se abren ante la sociedad de aquel país y para todas las controversias entre tribunales nacionales o federales. El abogado que consigue que le admitan un caso, desecha sin explicaciones una amplísima mayoría de los que le presentan,<sup>101</sup> alcanza la cima de su carrera. La correcta interpretación de la Constitución es su meta. Las sentencias anteriores son su he-

97 <http://www.supremecourtus.gov/>.

98 Tocqueville Alexis de “no se de ninguna nación del planeta que haya organizado un poder judicial en la manera que lo han hecho los Estados Unidos...ningún Pueblo ha constituido jamás un poder judicial tan imponente”. De la democracia en América (1835-1840). [http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/toc\\_idx.html](http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/toc_idx.html).

99 Tal y como establece la Constitución de los Estados Unidos en su artículo III.

100 Se trata, en el caso de ser aceptada, de una orden por parte de la Corte Suprema al tribunal inferior para que le transfiera el asunto debido a un posible error cometido por éste de hecho o de derecho alegado por una de las partes.

101 Unos 6,500 casos civiles y penales anuales.

rramienta, aunque es el único tribunal anglosajón que puede no doblegarse ante un precedente claro y cambiar, así, el sentido de, finalmente, su propia jurisprudencia.<sup>102</sup>

Son nueve magistrados con mandatos vitalicios. El presidente de los Estados Unidos, que goza del privilegio de designar juez cuando se produce una vacante, con el preceptivo y constitucional respaldo del Senado, decide gran parte de la ideología que se esconderá detrás de tan importante voto. Bien es verdad que, una vez elegidos, no tienen que rendir cuentas salvo en la excelente motivación de sus decisiones; además, están a salvo del ejercicio de *meritocracia* que supone someterse a procesos de reelección y pueden, tal y como ha venido sucediendo repetidamente, alejarse de posiciones que en un principio les identificaban.

Existe una evidente división<sup>103</sup> en el seno de la Suprema Corte a la hora de definir qué instrumentos utilizar para interpretar la Constitución norteamericana. La mitad de los jueces, integrantes de la llamada corriente internacionalista o aperturista, se manifiestan a favor de utilizar derecho y sentencias foráneas para arribar a la mejor y más completa interpretación. La otra mitad, los originalistas, siguen fieles a la voluntad de los redactores de la Constitución y las creencias con las que fue redactada. Es por esta razón por la que es imperativo un somero repaso de la misma.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787 es el texto que rige la vida política de la nación durante los últimos 220 años. Es un texto jurídico muy sencillo dividido en un brevísimo preámbulo de cuatro líneas literalmente cuidadas, siete artículos profusos y veinticinco enmiendas en vigor sin olvidar la de la ley seca y la que la derogó. La objeción más inmediata es la ausencia de una declaración de derechos fundamentales, subsanada de manera expedita en 1791 con la adopción de las primeras diez enmiendas. Establece con amplio detalle los poderes legislativos que residen en el Congreso, compuesto a su vez por el Senado y la Cámara de Representantes. Establece las edades mínimas y los años necesarios de ciudadanía para acceder a estos cargos, la forma de elección del presidente, las destituciones de los altos funcionarios, las competencias

<sup>102</sup> Entre 1810 y 1991 ha realizado 260 cambios jurisprudenciales de decisiones propias.

<sup>103</sup> Schwartz Herman "The Internationalization of Constitutional Law", *Human Rights Brief American University Washington College of Law*, vol. 10, Issue 2, invierno de 2003, [www.wcl.american.edu/hrbrief](http://www.wcl.american.edu/hrbrief).

estatales delegadas, las federales, el Poder Judicial, la institución del jurado, la cláusula de supremacía de la Constitución y del derecho federal, luego vienen las enmiendas, la primera sobre la libertad de expresión que incluye la de religión, la de prensa, la de reunión y la de reclamo de satisfacción al gobierno, la segunda sobre el derecho a tener y portar armas, la tercera sobre la inviolabilidad del domicilio contra incautaciones y búsquedas no razonables, la quinta sobre la imposibilidad de juzgar a alguien dos veces por el mismo delito, el derecho a no declarar contra sí mismo en asuntos penales, a no ser privado de la vida, la libertad y la propiedad sin el debido y justo proceso, a no ser expropiado para uso público sin justa compensación, la sexta sobre los derechos del acusado penalmente, verbigracia, un juicio público y rápido por un jurado imparcial del estado y distrito en donde el crimen se cometiera, ser informado de la naturaleza de la acusación, poder confrontar a los testigos de la acusación, gozar de un procedimiento de apremio para obtener testigos a su favor y contar con asistencia letrada para su defensa, la octava donde establece que no se exigirá fianza ni multas excesivas, ni se inflingirá castigos crueles y desacostumbrados, lo que condujo al Tribunal Supremo a declarar inconstitucional la pena de muerte a nivel federal. La novena donde se respetan los otros derechos no enumerados en la Constitución y retenidos por el pueblo. La décima donde establece que los poderes, léase competencias, no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidas por ella a los Estados, quedan reservados para éstos o para el pueblo. En 1798 se aprueba la undécima que establece que el Poder Judicial de los Estados Unidos no será interpretado como que se extiende a cualquier juicio en derecho o equidad, iniciado o continuado contra alguien de los Estados Unidos por un ciudadano de un Estado extranjero. En 1804, la décimo segunda establece en detalle la manera de votar y elegir, por parte del colegio de electores, al presidente y vicepresidente de los Estados Unidos. En 1865 y con motivo del triunfo del norte sobre el sur en la guerra civil, la esclavitud y la esclavitud involuntaria dejan de existir en el territorio de los Estados Unidos y en cualquier otro lugar sometido a su jurisdicción, merced a la enmienda décimo tercera. En 1868 se aprueba la enmienda catorce, indudablemente la más citada en las sentencias del Tribunal Supremo ya que protege la igualdad de trato o protección de las leyes y el debido proceso en su sección primera. En 1870, la quince establece la ciudadanía definitiva de los antiguos esclavos, afirmando que el derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a

votar no podrá ser denegado ni recortado por los Estados Unidos o por cualquier Estado basándose en la raza, el color o la condición previa de esclavitud. Todavía quedaban cincuenta años para que repitiera la misma fórmula pero en razón del sexo, otorgando el derecho de sufragio para las mujeres en la que sería la enmienda número diecinueve. En 1913, la dieciséis confirma el poder del Congreso de establecer y recaudar impuestos y la diecisiete establece los dos senadores que corresponden a cada estado independientemente de su tamaño, población o poderío. En 1919, la que establece la ley seca, única temporal en el tiempo, derogada en 1933, merced a la enmienda veintiuno, tras un tormentoso procedimiento judicial. En 1933, la veinte establece los términos temporales del mandato del presidente y vicepresidente. En 1951, la veintidós otorga fuerza constitucional a una costumbre inveterada establecida por George Washington y quebrantada sólo por Franklin Delano Roosevelt de no poder ser elegido como presidente más de dos veces. En 1961, la veintitrés establece el número de electores del Distrito de Columbia para la elección presidencial. En 1964, la veinticuatro prohíbe que se impida o restrinja el derecho al voto como consecuencia de no pagar ilegalmente impuestos. En 1967, la veinticinco describe el procedimiento de sustitución del presidente por el vicepresidente y la vuelta al cargo de aquél. En 1971, la veintiséis revoca una decisión expresa del Tribunal Supremo en un caso de Oregon al establecer que el derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos de dieciocho años de edad o mayores a votar no podrá ser denegado o restringido por los Estados Unidos o cualquier estado basándose en la edad. Y finalmente, la veintisiete de 1992 que encierra dos caracteres sobresalientes. El primero es que tardó más de doscientos años en entrar en vigor al convertirse Michigan en el necesario estado número 38 en ratificarla después de ser propuesta por el Congreso federal a los estados el 25 de septiembre de 1789. La segunda es que se trata de un eficaz instrumento contra la corrupción puesto que ninguna ley que varíe la compensación por los servicios de los senadores y representantes entrará en vigor hasta que una elección de los mismos ocurra, es decir, la medida entrará en vigor para la asamblea siguiente.

Casi dos siglos después de su primera formación,<sup>104</sup> Reagan eligió a la primera mujer, Sandra Day Oconnor el 25 de septiembre de 1981.<sup>105</sup> Tu-

104 En 1789 cuando Washington nombró a John Jay.

105 Las fechas que aparecen de nombramiento corresponden al día en que cada juez tomó juramento judicial como miembro de la Corte Suprema.

vo posiciones aperturistas con el derecho comparado e internacional al opinar en el 2003 que “los jueces y abogados estadounidenses pueden beneficiarse ensanchando sus horizontes y aprendiendo de otras jurisdicciones. Las conclusiones de otros países y de la comunidad internacional deberían constituir, a veces, autoridad persuasiva”. Sin embargo y es por eso por lo que se consideraba una juez bisagra,<sup>106</sup> sus votos no eran predecibles como en la decisión de marzo de 2005<sup>107</sup> que analizaremos más adelante.

En julio de 2005 a sus setenta y cinco años y después de un cuarto de siglo en el cargo,<sup>108</sup> renunció sorpresivamente, adelantándose al fallecimiento del presidente Rehnquist,<sup>109</sup> aquejado de un terminal cáncer de garganta y renqueante depositario del último juramento presidencial de Bush. Esta salida inesperada y extemporáneamente anunciada hizo trizas el dicho de que los jueces del Tribunal Supremo *raramente se jubilan y nunca mueren*<sup>110</sup> y dejó como única mujer de la Corte a Ruth Bader Ginsburg, nombrada por Clinton el 10 de agosto de 1993, para quien “el análisis comparativo es importante para la tarea de interpretar Constituciones y aplicar los derechos humanos. Seremos los perdedores si nos negamos a lo que otros puedan enseñarnos para erradicar actos contra las mujeres, minorías y otros grupos vulnerables”. El juez John Paul Stevens, elegido el 19 de diciembre de 1975 por Ford y el juez David H. Souter, designado por Bush padre el 9 de octubre de 1990, se han referido también a la experiencia comparativa extranjera.

Bush logró nombrar, después de arduas jornadas ante comisiones senatoriales, dos jueces conservadores que “no legislaran desde la tribuna”<sup>111</sup> (Roberts<sup>112</sup> como presidente que sustituye al fallecido Rehnquist y

106 Es famosa porque fue la mujer más poderosa de Estados Unidos, precisamente por esa imposibilidad de predecir el sentido de su voto en asuntos de fundamental importancia.

107 Resolución *Roper versus Simmons*. <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01mar20051300/www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/03-633.pdf>.

108 Como un simple ejercicio de imaginación, piensen que uno de los jueces interamericanos hubiera estado presente desde el inicio de la Corte Interamericana.

109 Nombrado por Nixon el 7 de enero de 1972 y elevado a presidente de la corte el 26 de septiembre de 1986.

110 “Mientras dure su buena conducta” según artículo III, sección I, de la Constitución.

111 En palabras repetidas hasta el hartazgo por el propio Bush en numerosas intervenciones públicas.

112 En su magistratura desde el 29 de septiembre de 2005.

Alito<sup>113</sup> que hace lo propio con la dimisionaria Oconnor) cuya ideología contribuirá significativamente a decidir la ética y la moral de la sociedad estadounidense. Existe un dato curioso, casi anecdótico, pero a la vez muy coherente con la división que estamos analizando: el viaje conjunto realizado a la sede del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, en 1998 por parte de los magistrados más internacionistas (Oconnor, Kennedy,<sup>114</sup> Breyer<sup>115</sup> y Ginsburg).

Varios jueces han considerado la experiencia comparada en casos donde se dilucida la octava enmienda sobre la pena de muerte y los estatutos del derecho a morir. En el seno del tribunal existen enfrentamientos con los colegas menos aperturistas que “juzgan inapropiado este método para interpretar una Constitución, aunque fuera relevante a la hora de escribirla”. Se han presentado asuntos ante el tribunal que versan sobre derecho público internacional en casos como la pena de muerte, donde tratados internacionales y sentencias de tribunales internacionales pueden, eventualmente, ser relevantes. Es imprescindible tener presente que la misma Constitución norteamericana señala que los acuerdos internacionales ratificados por el Senado devienen en ley interna superior.

La pena de muerte es competencia estatal y, por tanto, depende de donde se cometa el delito: está prohibida en la legislación de doce Estados. En 2002, en la sentencia *Atkins contra Virginia*,<sup>116</sup> la Suprema Corte dictaminó la imposibilidad de ejecutarla en personas con un determinado retrasado mental. Afirmó que aplicarla a convictos con un mínimo coeficiente intelectual (por debajo de 70 puntos) es una forma “cruel y desacostumbrado o inusual castigo” incompatible con la octava enmienda constitucional, que dice así: “No se exigirá fianza excesiva, ni se impondrán multas excesivas, ni se inflingirán castigos crueles ni desacostumbrados (inusuales)”. Fueron seis votos a favor y tres en contra donde Stevens aseguró que “en la comunidad internacional, la imposición de la pena de muerte por crímenes cometidos por retrasados mentales es mayoritariamente rechazada”. Rehnquist contraatacó agriamente en una opinión disconforme separada (a la que se unió Scalia)<sup>117</sup> diciendo que

113 En su magistratura desde el 31 de enero de 2006.

114 Nombrado por Reagan el 18 de febrero de 1988.

115 Nombrado por Clinton el 3 de agosto de 1994.

116 [http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/06mar20020920/www.supremecourtus.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/00-8452.pdf](http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/06mar20020920/www.supremecourtus.gov/oral_arguments/argument_transcripts/00-8452.pdf).

117 Nombrado por Reagan el 26 de septiembre de 1986.

“no lograba entender como las visiones de otras naciones sobre el castigo a sus ciudadanos pueden otorgar apoyo a la última decisión de la Suprema Corte”. Aunque para gran parte de la doctrina se trató de un giro copernicano, no debemos olvidar dos hechos: que esta misma enmienda ya fue utilizada para declarar inconstitucional la pena de muerte a nivel federal y que dieciocho Estados ya prohibían la ejecución de discapacitados mentales.

El juez Breyer, el más aperturista de todos sus colegas, considera que su percepción de la necesidad y utilidad del derecho comparado e internacional se deriva de su experiencia cotidiana a través de que las dudas jurídicas domésticas implican, cada vez en mayor grado, al derecho internacional o extranjero. En asuntos constitucionales, agrega que las decisiones de tribunales extranjeros son de gran ayuda al ofrecerles puntos de comparación como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entrando a la conciliación de las leyes de financiación de campañas y de libertad de expresión)<sup>118</sup> y la Corte Suprema de la India sobre “acción afirmativa”.

Los internacionalistas, en la voz de Breyer, aseguran que el uso comparativo de decisiones foráneas constitucionales no llevará a la Corte al seguimiento ciego de un tribunal extranjero. Por el contrario, estiman que su experiencia puede arrojar luz empírica sobre las consecuencias de soluciones diferentes a un problema legal común en materias como el terrorismo, donde siempre es interesante determinar como responden otras democracias, por ejemplo, el Consejo de Europa.

Un ejemplo emblemático de las diferentes posturas encontradas es la sentencia *Roper versus Simmons*,<sup>119</sup> sobre la definitiva imposibilidad de condenar a muerte a una persona cuando el delito lo cometió antes de cumplir los dieciocho años de edad, merece la pena señalar que se fundamentó en la tendencia abolicionista desarrollada en otros países. Los magistrados del Supremo declararon “inconstitucional” la aplicación de la pena capital entre las personas con edades inferiores a los dieciocho años de edad por ser “inconstitucionalmente cruel”. El juez Kennedy, redactor del voto mayoritario cinco contra cuatro, precisó que la mayoría de los países no permiten la ejecución de jóvenes y que, cuando legislativamente se puede, rara vez se ejecuta, por lo que concluye que la tendencia im-

118 Sentencia de la Gran Sala sobre el caso *Bowman* contra el Reino Unido del 19 de febrero de 1998. Núm. 24839/94.

119 Véase nota 107.

perante es la abolicionista. “Es apropiado que nos demos cuenta del enorme peso de la opinión internacional en contra, achacándose a la inestabilidad y el desequilibrio emocional del menor”. Por su parte, Oconnor, contradiciendo posturas previas, votó en contra de la prohibición junto con los no aperturistas u originalistas Rehnquist, Antonio Scalia y Clarence Thomas.<sup>120</sup> Scalia, en un disenso de veinticuatro páginas, manifiesta que no existe una tendencia clara de disminución de ejecuciones juveniles para justificar un consenso creciente contra esta práctica, auto proclamándose la Corte, erróneamente según él, “árbitro único de los estándares morales nacionales”.

Precisamente en la página 23 del documento en su párrafo superior se cita el artículo 4.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde se prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte para aquellos que eran menores de 18 al momento de cometer un crimen.<sup>121</sup> El fondo del asunto coincide plenamente con el derecho internacional, lo que otorga una pequeña victoria a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su permanente enfrentamiento en el asunto de la edad legal para ser penal y plenamente responsable. En esta sentencia ha tenido mucho peso y una evidente autoridad persuasiva la admisión de cuarenta y ocho informes de *amicus curiae* provenientes de otros países, un claro ejemplo de la relación y fertilización cruzada entre el derecho interno y el internacional.

Es una sentencia que, a través de sus votos concurrentes o disidentes, revela como pocas, la controversia originalista *versus* internacionalista al interior de la Suprema Corte. El juez Stevens y el juez Ginsburg dicen: “si el significado de la octava enmienda se hubiera quedado congelado cuando fue redactada no sería inconveniente alguno para aceptar la ejecución de un niño de siete años hoy”. Scalia argumenta que:

...la Corte toma la majestuosa tarea de determinar y prescribir los estándares actuales de decencia de nuestra Nación. Está más allá de cualquier comprensión porqué debemos mirar para ese fin a un país que ha desarrollado, en los siglos que han transcurrido desde la guerra revolucionaria y con mayor velocidad desde el sometimiento reciente del Reino Unido a la jurisprudencia de las

120 Nombrado por Bush el 23 de octubre de 1991.

121 Artículo 4.5 “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 le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

cortes europeas dominadas por juristas continentales, una cultura legal, política y social bastante diferente de la nuestra.

Al mismo tiempo que la visión de nuestros ciudadanos es irrelevante para la decisión de la Corte hoy, los puntos de vista de otras naciones y de la llamada comunidad internacional tienen el centro de la pista. En otras palabras, lo que ha hecho la Corte hoy es mirar por encima de las cabezas de la multitud y elegir las de sus amigos.

O'Connor disiente de Scalia al afirmar que el derecho foráneo e internacional no tiene cabida al interior de la jurisprudencia de la octava enmienda.

En los últimos cincuenta años, argumenta O'Connor, la Corte se ha referido continuamente al derecho internacional y foráneo como relevante para analizar el estándar evolutivo de la decencia. No creo que se haya desarrollado un consenso nacional genuino contra la pena de muerte a menores de 18 años y tampoco creo que el argumento de proporcionalidad moral de la Corte justifique una regla constitucional categórica basada en la edad. Aunque haya ese consenso internacional no juega un papel confirmatorio por que la octava enmienda no prohíbe, por el momento, la ejecución de personas de 17 años en todos los casos.

Para el juez Scalia,

...las fuentes extranjeras son citadas hoy para poner a un lado la por siglos tradicional práctica americana de dejar a un jurado de doce hombres decidir si, en el caso particular, la juventud sea la base para no aplicar la pena de muerte... Permitir a los tribunales inferiores *actualizar* cuando se necesite la octava enmienda tal y como lo hacemos nosotros, destruye la estabilidad y convierte a nuestra jurisprudencia en una base no confiable para el diseño de leyes por ciudadanos y sus representantes y para la acción de oficiales públicos. El resultado sería coronar la arbitrariedad con el caos.

Para efectos de nuestro análisis, la sentencia finaliza con unas palabras que demuestran que la Corte Suprema de Estado Unidos se está abriendo al mundo del derecho comparado e internacional: “no mengua nuestra fidelidad a la Constitución ni nuestro orgullo por sus orígenes reconocer que la afirmación expresa de ciertos derechos fundamentales por otras naciones y pueblos simplemente subraya la centralidad de esos mismos derechos dentro de nuestra herencia de libertad”.

Ilustrativo resulta para el caso que nos ocupa el debate<sup>122</sup> realizado en el Colegio de Leyes de la prestigiosa *American University* en Washington el 13 de enero de 2006 entre los dos jueces, Scalia y Breyer, que encarnan estas dos posturas aparentemente irreconciliables. Para Scalia el derecho extranjero es excelente para redactar una Constitución pero no para interpretarla. Trata de “entender lo que significa cada regla, lo que se entendía por la sociedad cuando fue adoptada y cree que no ha cambiado desde entonces”, lo que ataca frontalmente el principio de la interpretación evolutiva de los tratados internacionales, aplicable a las Constituciones nacionales.

El juez no tiene que encontrar la respuesta interpretativa correcta, argumenta Scalia, sino decir lo que la Constitución contiene y ordena desde su origen, incluso si no supone la mejor respuesta, incluso si el juez piensa que debe ser reformada. Está atado a su significado original. Eso es lo que era y eso es lo que es hoy, al menos que se modifique por el legislativo. La Constitución debe ser actualizada con las visiones del pueblo americano y la manera de lograrlo es mirar las diferentes legislaciones estatales democráticamente adoptadas por el pueblo americano. Contemplo la Constitución como un límite para la sociedad americana. Los cambios no pueden venir por sentencias judiciales sino por la democracia y nuevas leyes. La constitución no es el instrumento del cambio.

Para Breyer, ni los puntos de vista políticos ni los morales de cada juez deben plasmarse en las sentencias, simplemente hay que seguir la ley. Las cosas fuera de los Estados Unidos pueden ser relevantes para un entendimiento de cómo aplicar la Constitución americana y está convencido que los padres fundadores y redactores de la Constitución (al menos Jefferson, Alexander Hamilton, James Madison<sup>123</sup> e incluso Washington) hubieran pensado que, al menos ocasionalmente, podemos aprender algo sobre nuestro país y nuestras leyes observando lo que pasa en otras partes. Para Scalia, ni la Constitución, ni su juramento sugieren que protegerán y defenderán la Constitución tal y como la interpreta un juez de Zimbaue, de Jamaica o de la India. Madison dijo, según Breyer, que la Constitución americana es un documento de poder otorgado desde la li-

<sup>122</sup> <http://domino.american.edu/AU/media/mediarel.nsf/1D265343BDC2189785256B810071F238/1F2F7DC4757FD01E85256F890068E6E0?OpenDocument>.

<sup>123</sup> Quien afirmó que se debía prestar atención a las sentencias de otras naciones. Pero para redactarla, no para interpretarla insiste, una vez más, Scalia.

bertad, no un documento de libertad otorgado por el poder. Para Breyer, ésta es la esencia de la teoría de los Estados Unidos: el poder se originó en el pueblo y cualquier poder gubernamental ha sido delegado por ese pueblo. En muchos países hoy plenamente democráticos, afirmó, esa libertad fue originalmente otorgada por el poder central en su forma de monarca o incluso de gobierno democrático.

En este estado de cosas, el sentido de los votos de los nuevos magistrados Roberts y Alito inclinará el fiel de la balanza hacia la postura de la interpretación constitucional, en nuestra opinión, parcial, no viva, estática, que conforma la corriente originalista o la más acorde con la globalización de la justicia, es decir, la internacionalista.

#### IV. CONCLUSIÓN. SE PUEDE SEGUIR EXPORTANDO MÁS Y MEJOR A OTRAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES

El derecho aplicable por los diferentes tribunales internacionales transita desde el derecho internacional público tradicional hacia el derecho internacional de los derechos humanos y humanitario para tener como resultado la justicia internacional, que constituiría la forma de resolver las controversias entre naciones, y entre los ciudadanos y su Estado, cuando se trata de derechos humanos o de la persecución penal internacional de individuos que han atentado contra la humanidad. La misma se completa con la actuación, informes y recomendaciones de los organismos de supervisión en todas las áreas que Naciones Unidas y otras organizaciones regionales realizan, bien con los informes periódicos estatales, bien con las quejas individuales de personas físicas o con el incesante recorrer del mundo de relatores o expertos, previa invitación, en general, de los Estados. Podríamos añadir el derecho internacional privado que busca igualmente la justicia internacional en la medida en que regula la situación jurídica creada en ámbitos civiles y mercantiles como consecuencia de actos y sujetos que generan la convocatoria de leyes de diferentes órdenes para su correcta resolución. Incluso las sentencias de los diferentes tribunales y salas constitucionales son utilizadas como autoridad persuasiva por sus homólogas para arribar a fallos armonizados entre las diferentes jurisdicciones del mundo.

Las personas físicas y jurídicas también pueden actuar y dejar su impronta en la justicia internacional, no sólo como demandantes y víctimas,

sino a través de la institución del *amicus curiae*, en la que manifiesta y fundamenta una opinión jurídica sobre una controversia determinada y, en ocasiones, muy alejada de su realidad geográfica inmediata.

La globalización y sus instrumentos también han influido en la extensión de una lenta pero imparable *justicia glocal*, es decir, a medio camino entre doméstica e internacional.

En un mundo ideal no habría necesidad de que un juez foráneo invocara como víctima a la humanidad, principio de jurisdicción universal, para reclamar para sí la competencia de investigación y enjuiciamiento de unos hechos externos que no fueron juzgados por los jueces del país donde se cometieron. En un mundo ideal, la Corte Penal Internacional no existiría si los gobiernos y los jueces de cada nación cumplieran con sus obligaciones de persecución de delitos y de tolerancia cero en cuestión de impunidad. Los tribunales regionales de derechos humanos no tendrían razón de ser si las violaciones fueran reparadas íntegramente y los responsables castigados en la esfera nacional. Las naciones no serían declaradas como internacionalmente responsables de violaciones cometidas por sus servidores públicos si contaran con la necesaria voluntad política para establecer un eficaz sistema de depuración de responsabilidades a través de tribunales independientes.

Es una tarea extremadamente difícil comparar tribunales, auténticas máquinas de emitir sentencias con presupuestos multimillonarios,<sup>124</sup> jueces numerosos y permanentes por una parte, y una corte americana que no podemos llamar más que artesanal que logra sesionar cuatro veces al año gracias a donaciones que provienen, por ejemplo, de la Unión Europea.<sup>125</sup>

Existe una obligación ética y una necesidad jurídica de que la Corte Interamericana se abra al mundo y que éste se abra a la Corte. Su permanencia y vigencia dependen de ello. Es el momento de que corte ameri-

124 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuenta para el 2005 con 44 millones de dólares. La CPIR para el periodo 2004-2005 con 256 millones de dólares, autorizó más de mil plazas y 85 nacionalidades están presentes en sus cuatro oficinas de Arusha, Kigali, La Haya y Nueva York. La Corte Especial para Sierra Leona tiene para el año 2004 casi 26 millones de dólares. Mientras tanto el objeto de nuestro análisis debe conformarse para 2006 con la exigua cantidad de un millón trescientos noventa y un mil dólares, amenazado además como está la OEA de un recorte significativo de la aportación de los Estados Unidos en un 12%.

125 Tal y como reconoce la propia Corte en un comunicado de prensa del 24 de enero de 2006. [http://www.corteidh.or.cr/aldia/cp\\_01\\_06.pdf](http://www.corteidh.or.cr/aldia/cp_01_06.pdf).

cana resurja en la jurisprudencia internacional por los siguientes tres motivos esenciales. Desde 1990 en que fueron entrando en la “casa común europea”, el Consejo de Europa, todos los países de la antigua órbita soviética, se han incrementado exponencialmente los asuntos tratados por el juez europeo referentes a temas en los que la corte interamericana es una experta, verbigracia, las violaciones al derecho a la vida en su forma más cruel: desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y torturas. El segundo motivo versaría sobre la posibilidad de que otras jurisdicciones internacionales aprovechen las enseñanzas del excelente capítulo de reparaciones que la Corte ha desarrollado durante estos años. Finalmente, las opiniones consultivas podrían llegar a ser argumentos laterales, los llamados *obiter dicta*, de resoluciones judiciales foráneas. Estas particularidades positivas del sistema interamericano son susceptibles de reflejarse en la Corte Penal Internacional, tal y como analizamos más arriba, en una fundamental resolución interlocutoria sobre el estatus de víctima.

Las menciones de la jurisprudencia o de los tratados interamericanos de derechos humanos en tribunales internacionales se circunscriben a opiniones o votos particulares de jueces que por su formación profesional o personal han tenido contacto con estas latitudes. No deja de extrañarnos que el juez norteamericano Buergenthal<sup>126</sup> y el venezolano Parra Aranguren no hayan logrado establecer referencias en el fondo de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia o en alguno de sus votos particulares. Ahora que un juez mexicano, Bernardo Sepúlveda Amor, ocupa una de las quince magistraturas de la Corte Internacional de Justicia, no puede dejar escapar la oportunidad de reflejar la labor del juez americano puesto que forma parte de su familia jurídica. Ahora que la juez Higgins es la presidenta podrá desarrollar más planteamientos similares al voto razonado explicitado aquí y utilizar bases interamericanas en el desarrollo de las prerrogativas que toda presidencia contempla. La juez costarricense Odio Benítez, la brasileña Sylvia Steiner, el boliviano Blatmann e incluso el de Trinidad y Tobago, Hudson-Phillips, de la Corte Penal Internacional también tendrán mucho que aportar en este sentido, sin olvidar una pieza clave en la figura del fiscal argentino Ocampo.

126 The Honorable Thomas Buergenthal. Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights. Número 1/2005 Working Papers Series. Center for HR and Global Justice. [http://www.nyuhr.org/research\\_publications.html](http://www.nyuhr.org/research_publications.html). Fue juez y presidente desde su primera formación de 1979 hasta 1991.

La juez argentina Inés Mónica Weinberg de Roca de la CPIR debe hacer lo propio. No nos podemos olvidar de los dos jueces jamaiquinos de la CPIAY, Patrick Lipton Robinson (juez presidente) y Janet M. Nosworthy (*ad litem*).

La Corte Interamericana podría plantearse en futuras sentencias el uso y aplicación del derecho internacional humanitario tal y como hizo su homóloga europea<sup>127</sup> con evidente beneficio para las víctimas y el interés de la justicia.

Mientras que la justicia internacional observa una dinámica propia basada en la fertilización cruzada de sus tribunales, las fuerzas originalistas del Tribunal Supremo estadounidense impiden que el mismo se abra a este proceso y que admita como autoridad persuasiva a la jurisprudencia interamericana. A esto se añade la política del gobierno de Bush hacia el derecho internacional, intentando afianzar y cristalizar, por la fuerza de sus acciones y el temor del resto de la comunidad internacional, un cambio sin precedentes en distintos frentes: la legítima defensa preventiva, la admisibilidad de la tortura y tratos inhumanos y degradantes, la llamada *rendition* (trasladar personas a otros países sin supervisión judicial para fines de interrogatorio y detención), la no aplicación del derecho internacional humanitario ni de ningún otro derecho, salvo uno extraordinario militar estadounidense, a los presos de Guantánamo, la activa beligerancia propia y de los que dependen económica o militarmente de él contra la CPI, etcétera. En este sentido, la diplomacia utilitarista desplegada ante los Estados Unidos a largo plazo puede revertirse en contra de los valores de la comunidad internacional, aunque en el corto pueda significar un puente tambaleante y frágil entre quienes rechazan la tortura en cualquier circunstancia y los que la admiten para conseguir un supuesto bien mayor. El resultado del combate entre ese derecho internacional moralista, ético y con cierta idea de justicia y el dominio absoluto de una soberanía estatal totalizadora y totalizante<sup>128</sup> nos dará como resultado el derecho y la justicia internacional del siglo XXI.

Frente a este estado de cosas, destacar que los jueces de la *Commonwealth* británica en un documento conocido como los principios de Ban-

127 Abresch, William. The Human Rights Law of Internal Armed Conflict - The European Court of Human Rights in Chechnya. Número 4/2005 Working Papers Series. Center for HR and Global Justice. [http://www.nyuhr.org/research\\_publications.html](http://www.nyuhr.org/research_publications.html).

128 Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Estudios en torno a la migración*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 123.

galore<sup>129</sup> de 1988, reconocen la existencia de una creciente tendencia en los tribunales domésticos de los países del *common law* de mirar hacia las normas internacionales con el objeto de decidir casos donde la ley interna, ya sea constitucional, estatutaria o de derecho común, sea incierta e incompleta.

Parece existir un flujo cerrado de personalidades del derecho internacional de los derechos humanos que ocupan alternativamente asientos entre la Comisión y la Corte Interamericana. Creemos que deben intentar ser candidatos en otros tribunales internacionales precisamente para extender esas buenas prácticas y sentencias del juez americano.

La rica experiencia americana sobre el *habeas corpus*, las amnistías, las medidas provisionales, la eficiente reparación,<sup>130</sup> los 18 años como edad límite para la ejecución de la pena de muerte, la consideración como prueba plena de una serie de indicios circunstanciales que apuntan a que agentes del Estado, por ejemplo, cometieron una ejecución forzosa ya que la prueba del delito, el cadáver, normalmente nunca aparecerá, la excelencia de las opiniones consultivas pueden y deben ser exportados a otras latitudes jurisdiccionales en esta fertilización cruzada del derecho y la justicia internacional. La esencia de los derechos humanos es su universalidad, imprescriptibilidad e inderogabilidad y siguen a la persona

129 Judicial Colloquium in Bangalore (1988). [www.thecommonwealth.org](http://www.thecommonwealth.org).

130 Prácticamente todas las sentencias, que en sí constituyen una forma de reparación, tienen en común el siguiente esquema de reparación: se publicará en el correspondiente *Diario Oficial* del estado y en un periódico de amplia divulgación, el estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores de las violaciones cuyo resultado será públicamente divulgado. Impone la indemnización, inembargable, del daño material, del inmaterial, de la expectativa de vida, becas de estudio y médicos para los hijos y familiares de las víctimas, monumentos y placas para restaurar la memoria histórica del agraviado. Otorga un año para cumplir todas las medidas de reparación. La misma Corte supervisará el cumplimiento de la sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma. El alto tribunal prevé cualquier excusa en la demora del pago y establece que si incurriese en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada que corresponderá al interés bancario moratorio del país y que, si por causas atribuibles a los beneficiarios de las indemnizaciones, no fuese posible que las reciban dentro del indicado plazo de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución bancaria nacional solvente. Es impresionante el grado de detalle en sus reparaciones que alcanza la Corte en la sentencia de una masacre en Colombia (Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia del 31 de enero de 2006, [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec\\_bello.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_bello.pdf)).

donde quiera que vaya sin respetar fronteras ni usos ni costumbres locales.

El ciclo de la lluvia es la mejor imagen para reflejar la relación entre el derecho y la justicia, tanto nacional como internacional. El derecho y la justicia nacional es como un mar de sentencias y leyes, la mejor parte del cual se va evaporando y condensando en un cielo que sería el derecho y la justicia internacional. Una vez cristalizado, ese cielo se llena de *nubes* que desatan una lluvia sobre el mar en forma de derecho y justicia internacional que influye, se mezcla y se diluye, en su descarga, en el mar nacional. La influencia es mutua, recíproca y simbiótica ya que enriquece todas las esferas del derecho y la justicia. Para conseguir la aplicación efectiva del ideal de justicia internacional, los tribunales internacionales y nacionales deben seguir creando derecho y jurisprudencia que se base en un único, desbordante e irradiante concepto: la dignidad del ser humano.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

Ha resultado excepcionalmente útil las páginas web de los diferentes tribunales internacionales ya que permiten el acceso a cualquier sentencia desde cualquier parte del mundo lo que ayuda indudablemente a esa fertilización cruzada de la justicia y el derecho internacional.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.cidh.org>.

Corte Internacional de Justicia: <http://www.icj-cij.org/>.

Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/>.

Corte Penal internacional Ruanda: <http://65.18.216.88/default.htm>.

Corte Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia: <http://www.un.org/icty/>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: <http://www.echr.coe.int/echr>.

Tribunal Especial para Sierra Leona: <http://www.sc-sl.org/>.

Unión Africana: <http://www.africa-union.org/root/au/index/index.htm>.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: <http://www.achpr.org/>.

Consejo de Europa: <http://www.coe.int/>.

Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org>.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: <http://www.supremecourtus.gov/>.

### 1. Artículos consultados

ABRESCH, William, *The Human Rights Law of Internal Armed Conflict-The European Court of Human Rights in Chechnya*, núm. 4/2005 Working Papers Series, Center for HR and Global Justice, [http://www.nyuhr.org/research\\_publications.html](http://www.nyuhr.org/research_publications.html).

M. MESISENBERG, Simon, “Legality of Amnesties in International Humanitarian Law. The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone”, *International Review of the Red Cross*, núm. 856, [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/692F82/\\$File/irr\\_c\\_856\\_Meisenberg.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/692F82/$File/irr_c_856_Meisenberg.pdf).

BUERGENTHAL, Thomas, *Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights*, núm. 1/2005, Working Papers Series, Center for Human Rights and Global Justice, [http://www.nyuhr.org/research\\_publications.html](http://www.nyuhr.org/research_publications.html).

SCHWARTZ, Herman, “The Internationalization of Constitutional Law”, *Human Rights Brief American University Washington college of Law*, vol. 10, Issue 2, invierno de 2003. [www.wcl.american.edu/hrbrief](http://www.wcl.american.edu/hrbrief).