

# El debido proceso en la actualidad

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni

**Sumario:** 1. Aciertos y errores históricos. La interpretación de los conceptos abstractos y abiertos como “debido proceso”, 1.1 *El concepto tradicional de “debido proceso*, 1.2 *Ideas equívocas sobre el “debido proceso”*, 1.3 *El debido proceso constitucional*; 2. Conflictos de aplicación del nuevo “debido proceso”; 3. El “debido proceso” y los nuevos principios, 3.1 *Los contenidos (art. 8º Convención Americana)*, 3.2 *Proyecciones del nuevo “debido proceso” hacia todas las garantías*; 4. Interpretación jurisprudencial del debido proceso, 4.1 *Derecho al Juez natural*, 4.2 *Presunción de inocencia*, 4.3 *El derecho de defensa en juicio lato sensu*, 4.4 *Prueba ilícita y castigos abolidos*, 4.5 *Las cárceles no serán para castigo*; 5. Interpretación de la Corte Interamericana sobre el “debido proceso”. Líneas generales; 6. El “debido proceso” en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana.

## 1. Aciertos y errores históricos. La interpretación de los conceptos abstractos y abiertos como “debido proceso”

Hay voces que solo con pronunciarse adquieren significados. No se necesita aclarar sus contenidos porque ellos se presuponen, se dan por sabidos. Son conceptos abiertos, de cierta abstracción y generalidad que proyectan mensajes implícitos, los que perduran y se consolidan sin discusión.

La moral y buenas costumbres, la buena fe, el buen padre de familia, el orden público, son algunas de estas representaciones comunes de la interpretación automática que los aplica con una simplicidad absoluta. Ellos están allí como una guía, constituyen un derecho positivo sin definiciones ni enunciados concretos, pero continúan incólumes en la tradición vernácula.

Sin embargo ¿son actualmente orientadores valederos?. Acaso ¿la moral no ha trascendido las fronteras antes dispuestas?. ¿es de buena costumbre callar y no contradecir la autoridad de los mayores?, por ejemplo; ¿sigue siendo buen padre de familia el sostén del hogar, exclusivamente?. ¿el orden público no significa, a veces, el sometimiento y resignación al autoritarismo despótico?.

Son interrogantes que se abren en un mundo que ha cambiado sustancialmente las consignas de los deberes y obligaciones. Obsérvese entre tantos matices, como la fuerza expansiva de la ley, pensada como voluntad divina del pueblo y, por tanto, indiscutible, inmodificable y perenne, tal como fue concebida por el pensamiento revolucionario de la Francia de 1798 (así lo expusieron Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, y Rousseau en el *Contrato social*), hoy apenas trasciende y es cíclica porque se legisla para la ocasión, lo necesario y urgente, y donde la voluntad del pueblo queda sustituida en la

aspiración de las mayorías, la fuerza de los grupos, la influencia de los lobbies, o cuando no, la corrupción negociada que fomenta una consagración normativa.

Zagrebelsky sostiene que el derecho interpretado en las fórmulas abiertas o elásticas, conocidas también como “cláusulas generales”, es una cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial, constituyendo una delicia de todo crítica de la misma. Cuando se expresa de este modo (“buenas costumbres”, “buena fe”, “buen padre de familia”, “interés público”, “relaciones sociales justas”, etc) es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento.

De otra parte, las Constituciones democráticas actuales se deliberan en asambleas constituyentes que expresan el pluralismo político de la “constitución material” al comienzo de experiencias político-constitucionales aún por definir, es decir, cuando todas las fuerzas, debido a la inseguridad de sus intereses particulares inmediatos, se ven inducidos a obrar sobre la base de consideraciones de orden general. Se comprende así por qué el *momento constitucional*, al ser por definición el momento de la cooperación general, tiene características completamente excepcionales en la vida política de un pueblo y por qué, dicho sea de paso, no se puede crear y recrear a placer, como pretenden tantos aspirantes a renovadores de la Constitución.

En su tiempo, la ley era igual a la certeza, ofrecía seguridad en las relaciones y continuidad en las actividades. Por eso, el Juez del siglo XVIII cuando aplicaba la ley hacía lo justo. La Ley implicaba la justicia del caso.

En este contexto, era natural que no se permitieran extralimitaciones. No podía magistrado alguno decir otra cosa que no estuviera afirmada en la norma; y si era ésta la Ley Fundamental, menos aun podía contradecir.

Explica Monroy Gálvez con solvencia habitual que, en el caso concreto de la Francia revolucionaria de 1789, por ejemplo, las espórtulas y la desconfianza social fueron la expresión típica que determinaron que se considerara a los Parlamentos –nombre del grupo social encargado del servicio de justicia- como expresión directa y concreta de la corrupción del Antiguo Régimen, razón por la cual fueron abolidos. Como sustituto de ellos, no solo se formó un nuevo servicio de justicia, sino que, en nuestro tema concreto, se exigió que las decisiones judiciales estuviesen sustentadas en la norma jurídica.

Para interpretar la Constitución se crearon Tribunales especiales, que aun teniendo jurisdicción, pensaron que debían ser jueces con capacitación diferente merced al grado de responsabilidad que debían asumir.

El constitucionalismo significó, también, fortificar de una vez y para siempre los derechos de las personas, los que continuaban la línea impuesta desde el Código Civil de Napoleón, glorificando las potestades individualidades y la filosofía liberal.

En el espíritu de la revolución Francesa –afirma Zagrebelsky- la proclamación de los derechos operaba como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o ralentizar su obra innovadora. La idea –o mejor, la ideología- de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia de sus principios inspiradores, es la primera y más importante consecuencia de la *Déclaration*...Al final, cualesquiera que pudiesen haber sido las intenciones de los constituyentes de 1789-

1791, la idea, teóricamente muy prometedora, de la ley como codificación del derecho, no podía más que revelarse enemiga del valor jurídico de la *Déclaration*, arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales.

Los códigos procesales fueron tributarios de estas raíces, y respondieron en América con modelos plenamente adaptados a las leyes de enjuiciamiento españolas de 1855 y 1881 –especialmente ésta última–.

Esta visión acotada de un fenómeno histórico no puede dejar de advertir esta incongruencia que ha llevado a la mitología procesal, en el sentido de dar por aceptadas instituciones y principios que no se adaptan a nuestros requerimientos.

Referimos a dos órdenes en particular. Por un lado, Latinoamérica legisló los procedimientos teniendo como ejemplo las leyes españolas, sin advertir que allí (y en casi todo Europa) la tarea jurisdiccional claramente dividía la tarea entre jueces comunes, tribunales constitucionales, justicia administrativa y, más recientemente, la jurisdicción comunitaria y transnacional. Cada sistema tenía su propio diseño formal y un método particular para desarrollar el conflicto. En cambio, nosotros, tomamos íntegramente la ley de enjuiciamiento y la adaptamos con sus reglas y solemnidades para resolver todo tipo de cuestiones. El Juez americano es, a un mismo tiempo, juez de causas comunes, constitucionales, administrativas, provocando que la función jurisdiccional pensada se deforme y entorpezca al confundir permanentemente la tarea primordial que cada situación tiene (v.gr.: no se puede adoptar iguales reglas procesales y menos aun homogeneizar la tarea de interpretación cuando se trata de confrontar en causas eminentemente privadas o públicas de contenido constitucional).

Por otra vertiente aparece el problema del control de constitucionalidad. Recién en las últimas décadas se han efectuado cambios al modelo tradicional del control difuso, donde tienen potestad y deber de fiscalización todos los jueces. Se sublimó *Marbury vs. Madison* sin percatarse que el *stare decisis* (doctrina del precedente obligatoria) americano daba un tinte singular a la actividad política del Juez. Latinoamérica hizo caso omiso a esta nota peculiar del sistema y derivó en los inconvenientes conocidos de no poder controlar desde la Ley ni desde la Constitución toda una época oscura e ingrata de dictaduras y gobiernos de facto.

Margaret Popkin explica este desarrollo: Al independizarse los países de América Latina, la mayoría de éstos eligió modelos europeos para elaborar sus constituciones, las que reflejaban las estructuras autoritarias que prevalecían en el continente en ese momento. Después de las revoluciones, guerras y reformas ocurridas en Europa, estas estructuras autoritarias fueron modificadas considerablemente. Sin embargo, entre los países latinoamericanos la mayoría no siguió este camino; el dominio del poder ejecutivo era la regla y el poder judicial era una rama subsidiaria, muchas veces bajo el declarado control del poder ejecutivo y encargado de garantizar que nada afectara a aquellos en cuyas manos estaba el poder político o económico. Los jueces percibían salarios excesivamente bajos y carecían de prestigio. Además, muchos países estaban invadidos por la corrupción. Como lo expresó un líder dominicano en 1988: "La justicia es un mercado en donde se venden sentencias" (Victor José Castellanos, *Informe sobre independencia judicial en la República Dominicana*, elaborado para este estudio, julio 2000, pág. 5, citando un Diagnóstico Sectorial de ILANUD de 1988 de la Administración de Justicia Penal en la República Dominicana).

El período de dictadura y represión brutal que ocurrió en muchos países en los años setenta y ochenta fue seguido por una decisión sin precedentes de examinar las fallas institucionales que habían permitido que sucedieran estas atrocidades. Así, primero en Argentina y luego en Chile, El Salvador, Honduras, Haití y Guatemala, entidades encargadas de descubrir hechos (usualmente conocidas como "comisiones de la verdad") examinaron la historia de las violaciones a los derechos humanos y la conducta de diferentes instituciones del Estado, y encontraron sistemáticamente que el poder judicial no había logrado proteger a la ciudadanía de las detenciones arbitrarias, la tortura y los asesinatos oficiales.

La incapacidad de los poderes judiciales de Centroamérica de proteger los derechos humanos puede haber sido menos sorprendente que la renuncia de las Cortes Supremas de Argentina y de Chile, que eran instituciones más sólidas. A pesar de su fortaleza corporativa, un poder judicial transigente que percibió que su papel era defender al país de la subversión y mantener la seguridad nacional, no protegió a las personas individuales y en muchos casos no podía protegerlas de los abusos del Estado. Además, la naturaleza vertical y altamente autoritaria de los poderes judiciales en América Latina significaba que los pocos jueces que trataban de ejercer su independencia y cuestionar las acciones del Estado fueran alineados rápidamente. Esta triste historia debilitó cualquier legitimidad pública de que hubiera podido gozar el poder judicial, sin importar su fortaleza institucional.

### **1.1 El concepto tradicional de “debido proceso”**

El concepto de debido proceso tiene una historia similar a lo comentado porque teniendo en sus orígenes una descripción de las reglas básicas a las que debía someterse el derecho de defensa (que se observa nítidamente en las Constituciones americanas); siguió en su desarrollo las innovaciones que introdujeron las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América.

En el primer volumen de nuestro conjunto de libros sobre el *Derecho Procesal Constitucional (Amparo, 2002)*, habíamos destacado que el debido proceso responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.

El adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso*.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase "*due process of law*" -que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 "*per legem terrae*", "*by the law of the land*"- ha desarrollado un alcance no sólo procesal, sino inclusive, informador de todo el ordenamiento jurídico.

El concepto tiene así un condicionante diferente al modelo donde nace ("common law" anglosajón), porque el "civil law" tiene presupuestos distintos. Por eso, aunque la adquisición supone progresar en la práctica de todos los derechos que se aplican en un proceso, para que sean satisfechos inmediatamente en sus alcances e intereses, los medios para hacer efectiva la práctica difieren.

Es cierto que en sus comienzos el *due process of law* tuvo un valor fundamental que fue señalado en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal.

*"Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación".*

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatarlas.

El contenido original de la Carta –se explica- era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juicio, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el Rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más importantes, de Enrique III, en 1225; de Eduardo I, en 1297, y de Eduardo III, en 1354.

Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la Ley, e inclusive sin tener mención expresa, se consagró en las constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de defensa en procesos penales.

Nace así el llamado *debido proceso constitucional*, que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas. En Argentina, por ejemplo, se extrajo del art. 33 (cláusulas implícitas) la necesidad de tener un proceso debido sujeto a las condiciones de la ley, evitando la discreción judicial y los abusos de autoridad.

La última etapa refleja un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa

tradicción se conoce como *debido proceso sustancial -substantive due process of law-*, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional.

La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Por eso se ha dicho que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

En resumen, se coincide que el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados:

- a) El del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
- b) La creación del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal procesal-; y
- c) El desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución.

## **1.2 Ideas equívocas sobre el “debido proceso”**

La historia del debido proceso poco aclara para una definición; podemos colegir la misma vaguedad e imprecisión conceptual que tienen los preceptos expuestos al comienzo, como la importancia que tiene para establecer un dogma jurídico.

Sostiene Morello que la historia y las referencias que pasan por el horizonte de los Estados Unidos de América marcan en la normativa, la consagración de los derechos y las garantías; a un primer tramo, etapa o período de “iusnaturalización” caracterizado por la simple “declaración” de los derechos junto a los principios básicos del Estado, sigue una segunda etapa, en la que los derechos y garantías se ven convertidos en “derechos fundamentales”, positivizados con rigor y afán de cubrirlos con una coraza de operatividad, y concretar resultados efectivos. La tradición inglesa y el criterio manifiesto del juego real de las libertades recorta el perfil de esa clara distinción que potencia el plafón del ciudadano, que al seguir la línea de sentido americana, también vio el desarrollo que asumió desde Francia, mediante la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 27 de agosto de 1789.

En rigor, la idea pilar originaria que tuvo el “debido proceso” fue de limitación al poder, porque el mentado principio de legalidad que se constituyó por el desarrollo constitucional del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, le otorgaba una autoridad soberana a las Cámaras legislativas, que se valieron del “imperio de la ley” para subordinar las acciones del gobierno y de los jueces.

Fue consecuencia de esa política de sometimiento al principio *dura lex sed lex*, que el Poder Judicial dejó de ser tal para quedar informado únicamente como “administración de justicia”.

La autoridad de la ley era la expresión suprema de la hegemonía, y el debido proceso legal no podía ser otro que el que las leyes modelaran, especialmente cavilando en el proceso penal.

Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política “monista” o “monoclase”, como era la sociedad liberal del siglo XIX, incorporaba en sí las reglas de su propio orden (Zagrebel'sky).

Como ya se expresó, con los códigos se pretendió fijar el contenido dogmático de la ley; y con las Constituciones se exaltó el valor de los principios superiores a la norma. Mientras el primer aspecto se consagra en el positivismo jurídico; el restante asume vocación de eternidad fijando reglas y organizando las instituciones.

La ley actúa sobre la generalidad, haciendo abstracción de los hechos, sistematizando las acciones y asignando plenitud al cuerpo orgánico del sistema; en cambio, las normas fundamentales, las cartas magnas, o simplemente las Constituciones, especifican los derechos y crean el sentido de los deberes. Por eso tienen más elasticidad y admiten creaciones flexibles donde la supremacía de los intereses admiten adaptaciones al tiempo y las circunstancias, aunque se sepa de ante mano que ello será para situaciones de excepción.

Pero el “debido proceso”, como tal, no está ni en las leyes ni se define en las Constituciones. Y hasta fue lógico que no estuviera, porque si en Europa el denominado *sistema de la desconfianza* le había a privado a los jueces la posibilidad de interpretar la ley y darle armonía con el contexto donde aplicarla, pensando que solamente los Tribunales Constitucionales podían llevar a cabo esa tarea; con esa prevención, precisamente, la noción de proceso debido se constituyó más como un refuerzo a la mentada desconfianza, evitando que la discreción judicial tornara irrazonable o arbitraria.

De este modo, los códigos procesales de la época limitaron absolutamente el rol del Juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios, al dispositivo según el cual, el proceso es cosa de partes y sólo éstas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el Juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas.

Recuérdese que nuestro modelo instrumental fue tomado con estas características, y en consecuencia, debe quedar impresa en la memoria esta conclusión primera: *El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez interviniente en el conflicto.*

Pero esto es un suceso de Europa, y como antes se mencionó, el debido proceso nos llega e influye de la doctrina americana donde las cosas son muy diferentes.

En América priva la doctrina de la *confianza en los jueces* con todo lo que ello implica y que trasciende el sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes.

El “*common law*” presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones europeos que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del Juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada.

Advierte Zagrebelsky que, en América, el poder judicial encontraba las bases de su expansión en aquello que faltaba en Inglaterra: un *higher law*, la Constitución, en la que los derechos se conciben como realidad presupuesta para el derecho legislativo. Acudiendo a ese notable *thesaurus*, los jueces pueden continuamente pertrecharse de argumentos constitucionales que no pueden ser contradichos por un legislador cuya autoridad está subordinada a los derechos



Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana de debido proceso tiene raigambre en el modelo anglosajón, habrá que recordar que no es el sistema procesal dispuesto para nuestros códigos.

De allí, entonces, el temor de precisar el alcance que tiene el debido proceso legal, el que termina siendo una referencia al Juez para evitar transgredir la vida, la propiedad o la libertad sino es en función de actuar una controversia entre partes.

En definitiva, el *due process of law* que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. Primero porque tienen un sistema desigual; segundo, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; luego, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante y hay ausente de contenidos reales.

### **1.3 El debido proceso constitucional**

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso.

De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar.

No debe creerse -dice Gelsi Bidart- que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque ésta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de éstos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo.

Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

En definitiva, el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porque es la auténtica protección de las garantías. Desde este punto de vista, hasta podría afirmarse que es la única garantía.

En la teoría procesal este pasaje es de suma importancia, porque supone dar vida a una posición distinta al concepto popular que idealiza al proceso como parte vital en la trilogía estructural del derecho procesal como ciencia (jurisdicción, acción y proceso), para dar lugar a una interpretación constitucional sobre el modo que debe tener un procedimiento litigioso para respetar los derechos humanos y otorgar adecuadamente el derecho a la protección jurídica que se promete en los Tratados y Convenciones Internacionales.

Con la constitucionalización del proceso se evade y posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. Queremos significar así, que el proceso debido es aquél que no tiene fronteras ni características por Estado. Es una noción unívoca que obliga a adaptaciones singulares y a estándares propios que afincan, al unísono, en la garantía procesal por excelencia.

La influencia de la Constitución en el proceso no ha de verse solamente en la cobertura que ofrece una norma fundamental de un Estado cualquiera respecto a la conformación de una estructura mínima de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un litigio.

El sentido trasciende los espacios propios; va más allá de las soberanías resignadas al papel penetrante que tienen los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos. Se abandona el señorío de la voluntad y se posterga las conveniencias particulares del Estado. La voluntad que se protege no es particular sino la universal del hombre que quiere para sí y por sí, con independencia de los particulares contextos de la relación, es decir, del hombre que actúa para la realización de sí mismo como sujeto absoluto.

Este pasaje tomado parcialmente de Zagrebelsky, se completa con lo siguiente: La idea de los derechos como pretensiones de la voluntad concuerda, a primera vista, con una visión “defensiva” o negativa de los mismos, es decir, con su concepción como instrumentos de defensa frente a la arbitrariedad del poder. Pero éste es sólo un punto de arranque. A partir de ahí es muy posible que se produzcan desarrollos en sentido “positivo”, como pretensión frente a quien dispone de recursos necesarios o útiles para hacer eficientes, los derechos de la voluntad. Esto puede tener lugar en un sentido intensivo, la efectividad, o en un sentido extensivo, la generalización de los derechos. Las pretensiones en las que se sustancian los derechos orientados a la voluntad son, por ello, inagotables, como inagotable es la voluntad de poder o de fuerza a cuyo servicio se orientan.

En suma, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que “es debido”. No se trata ahora de un mensaje preventivo dirigido al estado; ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa; hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia fundada que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado.

No obstante, puede haber al mismo tiempo, otra lectura para el mismo acontecimiento fundamental.

El “debido proceso constitucional” se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los

niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc.

En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos.

En la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta, de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, -en opinión de Zagrebelsky- para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos en favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición moderna los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición antigua, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad.

En resumen, la gran alteración que sufre el concepto repetido del debido proceso se relaciona con el tiempo cuando se expresa. Mientras la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección de los procedimientos evitando la arbitrariedad o la sin razón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos.

La modificación sustancial se da, asimismo, en el *ethos* dominado por los deberes, antes que por las exigencias individuales o propias del derecho subjetivo. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones de una ley, o en los preceptos de un código; se proyecta más que en los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo.

En definitiva, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios.

¿Cuál es la diferencia entre reglas y principios? se pregunta Zagrebelski. En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto "tratamiento" que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas "de principio" son a

menudo expresiones un tanto banales “producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano”, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendida en su *ethos*. En pocas palabras, a las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

## 2. Conflicto de aplicación del nuevo “debido proceso”

El diseño progresivo que se advierte en la explicación del concepto adoptado para el “debido proceso, tiene tras sí enorme trascendencia: *las ideas no se ofrecen para un sistema u ordenamiento específico, porque apoyan las bases para un entendimiento común, con reglas y principios generales.*

Con la comprensión ofrecida para un *debido proceso constitucional* no se pretendió imponer desde la Norma Fundamental un criterio rígido ni un diseño preestablecido. Todo lo contrario, se han mantenido los esquemas ya dispuestos (v.gr.: art. 18, CN) y se los complementó con las nuevas garantías (v.gr.: art. 43, CN).

Apunta Morello que la influencia de los Tratados y Convenciones Internacionales sumado a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales (v.gr.: Estrasburgo, Corte Interamericana), plasman una redacción enérgica que consolida la idea de un derecho procesal básico, el cual estando muy lejos de vestirse solo como declaraciones abstractas y programáticas; afirman nuevos contenidos, distinto espesor, diferentes reacciones (también acuerdan la protección en relación al obrar manifiestamente abusivo o arbitrario del Estado y de particulares –y poderosos grupos económicos, etc.-). Todo ello visto –en particular su forma razonable y la apertura de poder *ejercerlo*- desde la óptica del justiciable, del consumidor de la justicia (del pobre, del extranjero, de las comunidades indígenas, del niño, etc.).

La perspectiva reformadora, quizás, tuvo en cuenta que los principios constitucionales sobre la jurisdicción y el proceso necesitaban de reafirmaciones y progresos, antes que de reglas y leyes dictadas en consecuencia (v.gr.: el ejemplo del uso efectivo del amparo sin haberse reglamentado el art. 43, es una muestra contundente acerca de cómo se pueda hacer una realidad práctica y efectiva de una institución nueva, sin necesidad de aplicar leyes concretas que, a veces, terminan encarcelando o limitando las renovaciones).

Con ello, el respaldo que sostiene los contenidos esenciales del “debido proceso” provienen de apoyos casi *iusnaturalistas*, en el sentido de prometer un derecho para todos por la sola condición humana. Y eso es muy útil, mucho más cuando se quieren ver diferencias en el modo de actuar el control de constitucionalidad.

En efecto, en un marco procesal sesgado como tienen los Tribunales Constitucionales (sistema jurisdiccional concentrado, abstracto en la causa y genérico en las derivaciones), la interpretación es casi filosófica, se argumenta con principios antes que con razones, y se piensa en el *bienestar* general antes que en

la solución pacífica del conflicto; en cambio, el Juez del control difuso (concreto porque debe aplicar la potestad de interpretar y aplicar la ley a un caso en particular, y singular en cuanto respecto al alcance de la sentencia –por eso se afirma que no hay inconstitucionalidades eventuales sino inaplicación de la ley al caso específico-) debe resolver la cuestión propuesta y deducir las implicancias de la ley en el problema en ciernes; la sentencia no trasciende y se cobija en el manto de lo puramente individual y casi anecdótico.

Mientras la función jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales piensa en lo general; el juez del sistema americano sabe que su sentencia, para llegar a ser *trascendente*, deberá superar las escalas jerárquicas y valorativas de la pirámide judicial, donde la llegada al máximo tribunal encargado de velar por la supremacía de la Constitución, habitualmente es condicionado, excepcional y extremadamente solemne.

Una vez más recurrimos a la ayuda de Zagrebelsky para compartir con él que, la analogía entre los principios constitucionales y el derecho natural –que acabamos de referir- no se basa sólo genérica y superficialmente en una cierta correspondencia de contenidos, como los derechos del hombre y la justicia. La “positivización” de contenidos “morales” afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico, y que es de grandísima importancia para la historia del derecho, sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida por elaboraciones materiales diferentes, tanto del derecho constitucional como del derecho natural. Cuando se habla de que el primero se acerca al segundo a través de los principios constitucionales, lo que se quiere poner de manifiesto es, por el contrario, una semejanza funcional no contingente que hace referencia al modo ordinario de operar en la vida práctica del derecho.

De lo dicho se desprende el cuidado que se ha de tener para adoptar y adaptar las explicaciones que en Estados Unidos se tiene para el *due process of law* e, inclusive, de pensar que se trata de reglas previstas para un modelo general de defensa efectiva.

En nuestra opinión la diferencia está en que, el modelo europeo comienza como una proyección de la desconfianza en los jueces, y por eso, las exigencias primeras se destinaron a poner frenos a los arrebatos e intemperancias del Poder Judicial. Las prevenciones fueron especialmente aplicadas al proceso penal, y en consecuencia, el debido proceso fue antes que un principio, una regla que limitaba la función jurisdiccional (*nadie puede ser condenado sin ser oído*, evitaba los juicios sumarios; *juez independiente e imparcial*, concretó el aislamiento de la administración y el Parlamento con quienes debían aplicar la ley, entre otras manifestaciones).

Además, los sistemas procesales continentales exacerbaban la importancia de los tribunales de Alzada, considerando que ellos debían a través de la casación, formalizar un criterio purificador de la jurisprudencia, con una clara tendencia hacia la uniformación. No era aconsejable que el Juez desviara a su antojo el criterio de interpretación, el cual por otra parte, estaba limitado y restringido (v.gr.: por la variedad de presupuestos de prejudicialidad, como por aquellas que obligaba a intervenir a los Tribunales Constitucionales). De hecho, el

*iura novit curia* no fue más que una libertad de elección en la ley aplicable, y pocas veces una apertura a cambiar los esquemas predispuestos.

La evolución se constata con el llamado “derecho a la jurisdicción” que se consagra en la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias autónomas. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la verdad, sentencia fundada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etc.).

Este desarrollo modificó las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva.

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de Pactos y Convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo.

El problema está en el modelo constitucional, porque como antes se dijo, el Juez del sistema difuso es una autoridad con poder de controlar la administración (eficacia y legalidad administrativa) y de fiscalizar la supremacía de la Norma Fundamental (control de constitucionalidad). Condiciones de suma practicidad en el “*common law*”, pero severamente restringido en el “*civil law*”, donde se ponen condiciones hasta para la misma actuación del Juez (v.gr.: pedido de parte, caso concreto, actualidad del perjuicio, demostración del perjuicio, afectado directo, alcance de la sentencia, etc.).

En consecuencia, afirmar que el debido proceso es una regla para la conducta de los jueces puede constituir un desatino, porque así fue pensado en las enmiendas constitucionales que seguimos como fundamento y razón de nuestro derecho de defensa en juicio, pero aplicado en un contexto totalmente diverso, similar el Europeo, donde el Juez no es *poder* sino *administración de justicia*.

Entonces, vinieron las cuestiones enojosas y hasta baladíes donde difieren los llamados *garantistas* que quieren a rajatabla que el debido proceso se constituya como un respeto absoluto a la regla de bilateralidad y contradicción, a la independencia absoluta del Juez, y para asignar a éste únicamente la función dirimente del conflicto; respecto de quienes persiguen el *decisionismo judicial*, valorando la autoridad del Juez en el proceso, la búsqueda de la justicia a través de la verdad, la entronización del principio de igualdad, la colaboración en la prueba, etc.

En los hechos, ambos sectores tienen parte de razón y una cuota excesiva de obsesión sobre reglas que no son tales.

En efecto, el diseño de los *garantistas* es justo y apropiado para el proceso penal, pero no se adapta al proceso civil, pese a los valiosos estudios que señalan

científicamente que existe una teoría unitaria del derecho procesal, o en otros términos, una teoría general del proceso que muestra coincidencias de principios sin distinción de procedimientos.

Por su parte, establecer en el Juez deberes de actividad trastoca el pilar fundacional del debido proceso actuado como límite o frontera de la función judicial.

Una vez más estamos en el fango que nos llega de sistemas distintos para resolver la justicia en sus diversas manifestaciones. No es igual implementar el debido proceso en un régimen de autoridad y confianza en los jueces, respecto de quienes restringen su accionar por desconfiar de sus poderes.

### 3. El “debido proceso” y los nuevos principios

La transformación de lo existente puede suceder si el debido proceso se considera como un conjunto de principios incanjeables que operan en cualquier tipo de procedimiento como una suerte de orientación, o directamente como un deber.

Es importante, para ello, evitar que los principios actúen como accesorios o consignas supletorias, en la medida que se propicia darles operatividad cual garantía inmediata y no como un revalúo del derecho de defensa en juicio.

De este formato se deriva que los nuevos principios se orquestan con autonomía y fundamentos propios sin necesidad de acotar ni amoldarse a la realidad donde se han de insertar. Actúa así como un valor implícito en las fórmulas, que por su propia calidad imponen una toma de posición.

Esta conclusión, desde luego, es coherente con una premisa con la que es fácil estar de acuerdo: de los juicios de hecho sólo pueden derivar otros juicios de hecho; de los juicios de valor, sólo otros juicios de valor. El paso de unos a otros presupone que se introduzca en los primeros un juicio del segundo tipo, o en los segundos un juicio del primer tipo. Más o menos es el razonamiento de Perelman al desarrollar la lógica jurídica.

La primer exigencia a interpretar llega del art. 2º primer párrafo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que alude al compromiso de las partes signatarias a adoptar “...*las medidas legislativas o de otro carácter de fueren necesarias...*”, para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en el Tratado, lo que implica un deber a cargo no sólo del órgano legislativo, sino al mismo tiempo, de los restantes poderes del Estado.

En este aspecto se debe tener presente que la obligatoriedad de los pactos y convenciones internacionales dependen de dos condiciones: a) la situación jurídica respecto al acatamiento de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, y b) el orden jerárquico que tiene cada Constitución en la interpretación de los Tratados.

El primer tema se vincula con el efectivo cumplimiento del art. 27 de la “Convención de Viena” según el cual “...*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un*

*Tratado...*”. El segundo se relaciona con el debido proceso, donde se observa que en general las Normas Fundamentales más relacionadas con la primera etapa del constitucionalismo (fines del siglo XVIII), como la de los Estados Unidos de América y aquellas que siguiendo ese modelo no ha sido sustancialmente reformadas, han establecido las garantías jurisdiccionales pensando en el proceso penal (principio de inocencia, defensa en juicio, juez natural, hábeas corpus).

Esto no es intrascendente, porque el actual emplazamiento del debido proceso supera holgadamente el modelo del proceso penal, y su adaptación a las distintas legislaciones depende del valor jerárquico que se otorga a los pactos y convenciones en el sistema constitucional.

Es evidente que los Tratados sobre Derechos Humanos adquieren una dimensión especial, criterio que se refleja a partir de mediados del siglo XX en las sucesivas reformas constitucionales de Latinoamérica, que otorgan jerarquía constitucional como en nuestro país, o inclusive superior, haciéndolos prevalecer respecto del derecho constitucional interno, como sucede en Guatemala.

Dice Loiano que, si bien esta modificación debiera resultar sustancial para el enriquecimiento de las garantías judiciales o del debido proceso legal ya plasmadas en la Constitución, es sabido que el nivel de acatamiento ha sido y es desperejo, siendo ésta la principal razón por la que los organismos de control supranacional han desarrollado en los últimos años una enorme tarea de adaptación e interpretación que ha ido elaborando un nuevo marco de *garantías mínimas para delinear el debido proceso legal* en la actualidad.

Ahora bien, relegando esta problemática que en la perspectiva analizada puede carecer de incidencia, lo cierto es que el debido proceso tiene condiciones y principios. Las primeras dependen del procedimiento donde se aplicarán, las segundas, constituyen el esquema base de los nuevos principios de debido proceso.

Si lo investigamos desde una evolución o progresión de los derechos humanos, sería una tercera etapa del debido proceso, que asentaría hoy en lo que llamaríamos “debido proceso transnacional”.

Es, con adaptaciones, la línea argumental que expone en el trabajo abajo citado, Augusto Mario Morello, posicionando etapas que comienzan en el debido proceso legal arraigado en el cumplimiento estricto de la ley; siguiendo con las exigencias propias del derecho de defensa; continuando en una etapa más avanzada, o debido proceso constitucional, y llegando a este último tramo donde se suma la protección nacional más la supranacional, recortando un paisaje prometedor que exige de los Estados plena acatamiento y respeto, bajo el principio que: *sin garantías efectivas, no hay derechos*.

### **3.1 Los contenidos (art. 8, Convención Americana)**

El art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo).



1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a. Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  - b. Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
  - c. Concesión al inculcado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa;
  - d. Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un Defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
  - f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h. Derecho de recurrir del fallo ante Juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Este conjunto no está aislado del bloque de normas que componen el cuadro armónico de principios sobre el debido proceso. Desde la Declaración Americana, hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la Comisión, existe un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso.

*La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre establece que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII-Derecho de Justicia).*

*La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, contiene varias disposiciones. Entre ellas se dice que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8); que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art.9); que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída*

*públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art. 10); a que se lo presuma inocente mientras no se prueba su culpabilidad (art. 11).*

**El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos** aprobado en nuestro país por la ley 23.313, establece que el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá presentar ante las autoridades competentes en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c). El artículo 9º tutela los derechos a la libertad y a la seguridad personales, procurando evitar las detenciones arbitrarias o el juicio ilegal. El artículo 14 focaliza especialmente el punto que consideramos en el acápite, diciendo:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública; excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá, en plena igualdad, las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas.

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

e) A interrogar o hacer interrogatorios de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.*

6. *Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*

7. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.*

El resumen enumera en los contenidos del debido proceso los siguientes aspectos (principios):

a) *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas;

b) *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.

c) *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.

d) *El derecho al Juez natural*, y a que éste sea *competente, independiente e imparcial*, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.

e) *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

En este contexto, que desarrollamos en los capítulos que siguen, quedan implícitas algunas aclaraciones provenientes de interpretaciones o sentencias provenientes de la Corte o de la Comisión.

Por ejemplo, se ha dicho que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica (cfr. *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C nº 70, párr. 96).

También la Comisión alegó que el debido proceso no puede entenderse circunscripto a las actuaciones judiciales; porque debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que pueda afectar los derechos e intereses de los particulares.

### **3.2 Proyecciones del nuevo “debido proceso” hacia todas las garantías**

En el marco antes desenvuelto y sin entrar en las particularidades que cada principio tiene, existen otras proyecciones del debido proceso transnacional que se nutre del llamado *proceso con todas las garantías*.

Esta lectura puede ser genérica y comprender únicamente el *derecho al recurso sencillo y rápido* que presupone el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; o bien conectarlo con las etapas que transita un proceso cualquiera, imponiendo principios especiales en cada una de ellas (v.gr.: derecho a la asistencia letrada; derecho a la gratuidad de la justicia; buena fe en el proceso; derecho a la prueba; derecho a que ella sea valorada adecuadamente; derecho a la sentencia útil; derecho a la ejecución; derecho al recurso; etc.)

La Corte Interamericana ha señalado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención, constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que éste previsto por la Constitución o por la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

Por eso no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios (Cfr. *Caso Tribunal Constitucional de Perú*, Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C nº 71, párr. 89).

La Corte amplía los mínimos involucrados en este aspecto, al sostener que los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado de la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial (*Caso Ivcher Bronstein*, sentencia del 6 de febrero de 2001).

Por implicancia, el derecho al recurso sencillo es una rogatoria para la justicia eficaz, de manera que si un Estado alega que tiene vías procesales para resguardar la seguridad que se requiere, debe acreditar con hechos que esa manifestación es auténtica y no simple declamación.

Esta problemática la analizamos en el capítulo respectivo, donde pretendemos demostrar que recurso sencillo y efectivo supone simplicidad sin formalismos esotéricos, y cumplimiento satisfactorio del resto de deberes comprometidos (rapidez y ejecución del mandato judicial).

En cambio, el derecho al debido proceso en un recurso sencillo y eficaz tiene connotaciones distintas y hasta contradictorias.

Ello ocurre cuando las garantías se exacerban sin control ni dirección oportuna, provocando con el máximo de seguridades la peor de las crisis judiciales. Sucede así cuando el acceso irrestricto admite pretensiones estériles,

abusivas, maliciosas o fraudulentas; o cuando se pretende aprovechar dolosamente la gratuidad de la justicia; o al exigir sin necesidad la asistencia letrada oficial; o generar una amplitud de pretensiones ambivalentes o ambiguas entre sí; etc. Todo este arsenal de posibilidades, articula la necesidad de adecuar las nuevas extensiones del debido proceso con los poderes y deberes del Juez en el proceso, haciéndolo tan responsable por los desatinos como por las omisiones de intervención oportuna.

Se repite en esta orientación que, los Estados Partes, a la luz de las obligaciones generales que consagran los arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los arts. 8 y 25 de la Convención (*Caso Barrios Altos*, sentencia del 14 de marzo de 2001).

En el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* se agregó por Cançado Trindade, que las obligaciones de protección judicial por parte del Estado no se cumplen con la sola emisión de sentencias judiciales, sino con el efectivo cumplimiento de las mismas (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 (c) de la Convención Americana). Del ángulo de los individuos, se puede aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico -en los planos tanto nacional como internacional- que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana.

#### **4. Interpretación jurisprudencial del debido proceso**

Nuestro país ha elaborado la doctrina del debido proceso sobre bases negativas, exponiendo siempre que la ausencia de tal o cual requisito ocasionaba una violación al derecho de defensa en juicio, que fue tradicionalmente el referente inmediato del proceso debido.

A partir de la reforma constitucional de 1994, se vislumbran modificaciones, habiéndose dicho que, el concepto constitucional del debido proceso involucra la vigencia concomitante de una serie de garantías sustanciales, tales como el derecho del acusado a ser oído y la ocasión de hacer valer sus medios de defensa, que culminan con el dictado de una decisión fundada, y constituye un mandato que, de ser soslayado, desvirtuaría las previsiones constitucionales que tienden a asegurar la obtención de una decisión justa (CS, 1994/08/18, "A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15).

Por tanto, la garantía exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias que las leyes procesales establezcan según la naturaleza de las causas, pues la reforma constitucional de 1994 consagra expresamente el derecho del inculcado de "recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" (art. 8°, párrafo 2°, inc. h, Convención Americana sobre Derechos Humanos), siendo voluntad del constituyente rodear a la persona inculpada de mayores garantías que al Ministerio Público, sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con

jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento (CS, 1997/10/14, "A., J. D.", La Ley, 1999-E, 908 [41.899-S]- ED, 178-529 - DJ, 1999-3-723, SJ, 1819).

Las garantías se acentúan cuando la referencia se dirige al proceso penal, donde se destaca que los principios del debido proceso y la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa (CS, 1992/09/01, "González, Hilario R.", La Ley, 1993-B, 49 - DJ, 1993-2-422).

Los conceptos se extienden al procedimiento administrativo y, también, al régimen disciplinario de la Administración Pública o Militar.

El derecho a ser oído consagrado en la ley de procedimiento administrativo es de raigambre constitucional, y su incumplimiento es una irregularidad que hace a las formas esenciales, entre las cuales no sólo están involucradas las observancias en la emisión del acto, en la exteriorización de la voluntad de la administración, sino también el conjunto de formalidades o requisitos que debe observarse o respetarse para llegar a la emisión del acto administrativo (CNCiv., Sala E, 1988/05/16, "Chiesa, Carlos A. c. Municipalidad de Buenos Aires", La Ley, 1988-E, 382).

El debido proceso adjetivo en los términos de la ley 19.549 implica el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba y a obtener una decisión fundada. Estos derechos resultan vulnerados por la devolución del escrito de petición de reajuste sin que se diese curso al reclamo del beneficiario, lo que implica el dictado de una resolución denegatoria de la pretensión (CNSeg. Social, Sala I, 1998/04/23, "Gutta, Enrique J. c. Administración Nac. de la Seguridad Social", DT, 1998-B, 1951, con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose).

Cuando la relación se estudia con la eficacia de la defensa, se ha observado que no se ve afectado el derecho de defensa en juicio reconocido al imputado porque éste haya asumido su propia defensa si no se perjudicó su eficacia ni la normal sustanciación del proceso, pues tuvo oportunidad de ser oído, controlar la prueba de cargo, introducir prueba y exponer las razones fácticas y jurídicas con el fin de obtener una sentencia favorable, máxime si se tiene en cuenta su condición de letrado (CNCasación Penal, Sala IV, 2000/08/29, "Villaverde, Silvia E.", La Ley, 2001-A, 467).

Por eso algunos cercenan o estrechan el campo de la libertad que la Convención Americana establece y sostienen que, el derecho a la jurisdicción, con la amplitud que propugna el Pacto de San José de Costa Rica, nada agrega a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, ya que se encuentra garantizado por el art. 18 de la Ley Fundamental.

La inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y los derechos que asegura la Constitución, supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y que el litigante sea oído y se le dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento. Tal garantía incluye el derecho a lograr una administración de

justicia rápida dentro de lo razonable, evitando la prolongación de los procesos indefinidamente (CNFed.Contenciosoadministrativo, Sala II, 1994/03/10, “*Celulosa Moldeada S. A.*”, DJ, 1995-1-312).

A veces se concreta que, el derecho constitucional de defensa en juicio requiere, para su normal ejercicio, que las pretensiones de la parte sean debidamente exteriorizadas en tiempo oportuno para que su contraria, no sólo pueda formular las objeciones y réplicas al respecto, sino también para que se puedan ofrecer las pruebas que considere necesarias para desvirtuar las conclusiones de su adversaria, e impide que uno de los litigantes goce de mayores oportunidades de ser oído y de aportar pruebas (CNCom., Sala C, 1990/07/30, “*Safico, S. A. c. Sáenz Valiente Bullrich y Cía. y otros*”, La Ley, 1990-E, 302 - DJ, 1991-1-582).

La reseña jurisprudencial encasilla al debido proceso en los límites del artículo 18 de la Constitución Nacional:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado *sin juicio previo* fundado en ley anterior al hecho del proceso, *ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...*

[...] Nadie puede ser obligado a *declarar contra sí mismo; ni arrestado* sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...

[...] Es inviolable *la defensa en juicio* de la persona y de los derechos.

[...] El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.

[...] Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al Juez que la autorice.

La división que efectuamos obedece al propósito de señalar las garantías que cada párrafo destaca.

#### **4.1 Derecho al Juez natural**

Al comienzo, la preocupación manifiesta de adoptar la guía americana que sostiene que nadie puede quedar privado de la vida, su propiedad o libertad sin ser oído en un proceso, y con jueces competentes (es decir, con plenitud para el ejercicio de la función jurisdiccional) e imparciales.

El acatamiento por parte de los jueces del mandato constitucional del art. 18 CN no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito (CS, “*Montenegro*”, Fallos 303:1938).

Debe conocer en el concurso preventivo el juez de la jurisdicción donde el concursado tiene la administración de sus negocios, sus establecimientos comerciales y su domicilio real, si el supuesto domicilio o sede de administración invocado era ficticio,

con el objeto de alejar la causa de su competencia natural y burlar la acción de sus acreedores (CS, 1995/10/19, "*Banco de la Provincia de Río Negro c. Otero, Eduardo A. s/ped. de quiebra*", La Ley, 1996-A, 489 - DJ, 1996-1-669).

Aunque el hecho de que autoridades militares hayan dispuesto el traslado de un procesado, suboficial del Ejército, de una unidad de detención donde estaba a disposición de un juez nacional, a un comando militar sin autorización del magistrado no configura estrictamente un conflicto de poderes ni de uno de aquellos a que se refiere el art. 24, inc. 7° del decreto-ley 1285/58, procede la intervención de la Corte Suprema en el caso, a fin de remediar una situación que afecta el normal ejercicio de la jurisdicción del juez natural a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional. Ello es así en virtud de los poderes implícitos que, como órgano superior y cabeza de uno de los Poderes del Estado, le son connaturales e irrenunciables para salvaguardar el libre ejercicio y la eficiencia de la función específica que a los jueces atribuyen a los arts. 67, inc. 11 y 100 de la Constitución Nacional (CS, 1979/03/19, "*Berrueta, Domingo V.*", La Ley, 1979-B, 222 - JA, 979-II-41 -ED, 82-420).

Aunque el traslado de un detenido a un establecimiento militar no se trata estrictamente de un conflicto de poderes ni de uno de aquellos a que se refiere el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, la Corte considera que procede su intervención en el caso a fin de remediar una situación que afecta el normal ejercicio de la jurisdicción del juez natural a que se refiere el art. 18 de la Constitución nacional. Ello es así en virtud de los poderes implícitos que, como órgano superior y cabeza de uno de los Poderes del Estado, le son connaturales e irrenunciables para salvaguardar el libre ejercicio y la eficacia de la función específica que a los jueces atribuyen los arts. 67, inc. 11 y 100 de la Constitución Nacional (CS, 1979/03/19, "*Berrueta, Domingo V.*", Fallos 301:205).

El Congreso por ley 23.049, promulgada el 13 de febrero de 1984, ha reformado las disposiciones del Código de Justicia Militar, restringiendo para el futuro la competencia de los órganos jurisdiccionales castrenses y estableciendo un recurso de apelación amplio dirigido a permitir que la Justicia Civil revise las decisiones adoptadas por aquellos y con el propósito de resguardar la garantía del juez natural consagrada por el art. 18 de la Constitución, estableció en su art. 10 que el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas conocerá de los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de ella siempre que "resulten imputables al personal militar de las Fuerzas Armadas... que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de setiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo y estuviesen previstos en el Código Penal y las leyes complementarias comprendidas en los incs. 2°, 3°, 4° ó 5° del art. 108 del Cód. de Justicia Militar en su anterior redacción" y se ha establecido la procedencia de un recurso ante la Cámara Federal de Apelaciones que corresponda (CS, 1984/06/21, "*Bignone, Reynaldo A.*", La Ley, 1984-C, 258 - JA, 984-III-162 - ED del 27/7/84, p. 4).

Las garantías del juez natural, del debido proceso, y de la defensa en juicio exigen, tanto que el tribunal como "órgano-institución" se halle establecido por ley anterior al hecho de la causa, cuanto que haya jueces que, como "órganos-Individuo", hagan viable la actuación de aquél en las causas en que legalmente se le requiera y le corresponda y la falta de normas que expresamente contemplen la situación planteada, no dispensa a la Corte Suprema de arbitrarle solución, en cuanto el proceso de amparo no puede eludir la segunda instancia que se encuentra en trámite pendiente (decisión de la Corte Suprema integrada por conjueces) (CS, 1985/06/18, "*Bonorino Peró, Abel y otros c. Gobierno nacional*", La Ley, 1985-D, 166 - ED, 114-275).

La excepción establecida en el art. 10 de la ley 23.049 (Adla, XLIV-A, 8), en punto al juzgamiento por tribunales militares de los delitos comunes cometidos en el pasado por militares y miembros de las fuerzas de seguridad, tiene la finalidad de resguardar



la garantía del juez natural contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional (CS, 1993/04/06, "*López Fader, Rafael F. y otro*", La Ley, 1993-D, 486 - DJ, 1993-2-710).

La competencia atribuida a la Cámara de Diputados provincial para juzgar a los miembros del Tribunal Superior de la Provincia de San Juan, en lugar del jurado integrado por tres diputados y dos jueces letrados previstos por la Constitución anterior (art. 134, Constitución de 1927), tiene su causa en la sanción de la nueva Constitución en el año 1986, por lo que no se configura la sustracción del juez natural (CS, 1987/12/29, "*Magín Suárez, Luis*", La Ley, 1988-C, 121, con nota de Néstor Pedro Sagüés).

La disposición del art. 115 de la Constitución Nacional, que establece que el fallo del jurado de enjuiciamiento es irrecurrible, quebranta las garantías del debido proceso, la defensa en juicio y la del juez natural, violando el art. 18 de la Ley Fundamental. Ello así, pues priva, de este modo, a camaristas y jueces federales de fundamentales garantías constitucionales, en abierto y franco rechazo de la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como custodia de las garantías constitucionales (del voto del doctor Fayt) (CS, 1996/04/30, "*Nellar, Juan C.*", La Ley, 1996-D, 787, con nota de Germán J. Bidart Campos - DJ, 1996-2-879).

La garantía del juez natural no impide la inmediata vigencia de la restricción constitucional a la competencia militar derivada de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -en el caso, sustracción de un menor-, pues la atribución de la competencia a los órganos permanentes del Poder Judicial, establecida de forma general para todos los casos de similar naturaleza, no reúne ninguna de las características de los tribunales "ex profeso" que veda el art. 18 de la Constitución Nacional (del voto del doctor Petracchi) (CS, 2000/08/02, "*Nicolaidés, Cristino y otro*", La Ley, 2000-E, 556 - DJ, 2000-3-649).

Los procesos adjetivos se presumen sancionados en salvaguarda de los derechos fundamentales de los justiciables contenidos en los mandatos de la Constitución Nacional y, sobre esto, cabe señalar que la garantía del debido proceso, en la que se integra la del juez natural determinado por las normas sobre competencia, ha sido consagrada fundamentalmente en favor del acusado, motivo por el cual no es válido recurrir al argumento de la incompetencia para adoptar una decisión que importe someterlo nuevamente a juicio (CS, 1998/10/15, "*Polak, Federico G.*", DJ, 1999-2-888 - JA, 1999-I-335).

Las garantías del juez natural, del debido proceso y de la defensa en juicio exigen tanto que el tribunal se halle establecido por ley anterior al hecho de la causa, cuanto que haya jueces que hagan viable la actuación de aquél en las causas en que legalmente se le requiera y le corresponda (CS, 1992/09/08, "*Rougés, Marcos A. c. Provincia de Tucumán*", La Ley, 1993-C, 399, con nota de Carlos I. Salvadores de Arzuaga - DJ, 1993-2-717).

Cuando un juez renuncia, se jubila o muere, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo en la causa iniciada con anterioridad, sin ser esta circunstancia una sustracción al juez natural (CS, 1987/04/22, "*Sueldo Postleman, Mónica R. y otra*", La Ley, 1987-C, 245 - DJ, 987-2-692).

#### **4.2 Presunción de inocencia**

De inmediato, las garantías propias del enjuiciamiento penal que ponen acento en la presunción de inocencia y la libertad de las personas.

La prohibición de obligar a una persona a declarar contra si misma se ve violada si se interroga como testigo, bajo juramento de decir verdad, a la persona que según el

interrogatorio aparece como sospechada de ser autor o cómplice de los supuestos hechos que se trata de esclarecer (CS, "*Rodriguez Pamas*", Fallos, 227:63).

La identificación en rueda de presos no resulta violatoria de la cláusula que veda la exigencia de declarar contra si mismo (CS, "*Cincotta*", Fallos, 255:18 y 311:2325).

El examen del acta donde consta la declaración indagatoria del acusado permite concluir que el magistrado actuante dio cumplimiento en dicha ocasión con el mandato constitucional de que nadie debe ser obligado a declarar contra si mismo, toda vez que en la citada actuación consta que el procesado no se opuso a que se le tomara declaración indagatoria. Lo dicho permite concluir que la mencionada declaración ha cumplido con el requisito constitucional de emanar de la libre voluntad del nombrado (CS, "*Schoklender*", Fallos, 311:340).

El acatamiento por parte de los jueces del mandato constitucional del art. 18 CN no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito (CS, "*Montenegro*", Fallos, 303:1938).

No existe violación a la garantía de no declarar contra uno mismo si el procesado en su declaración indagatoria ratificó lo dicho con anterioridad en sede policial y reconoció su intervención en los hechos (CS, 10/8/95, "*Garcia D'Auro, Ramiro Eduardo*").

Existe violación a la garantía de no declarar contra uno mismo si la autoridad policial -lejos de limitarse a recoger las manifestaciones del acusado-, lo sometió a un interrogatorio destinado a determinar su responsabilidad en el hecho, en abierta violación del art. 316 inc 1º del CPMP (disidencia de los Dres. Belluscio, Petrachi y Boggiano) (CS, 10/8/95, "*Garcia D'Auro, Ramiro Eduardo*" en La Ley, 1996-B-385).

Interrogar como testigo (obligado a declarar bajo juramento de decir verdad y bajo pena de las sanciones que establece el Código Penal para quienes se pronuncian con falsedad) a la persona que según el interrogatorio aparece como sospechosa de ser autora o cómplice de los supuestos hecho ilícitos que se trata de esclarecer puede importar obligarlo o bien a mentir, faltando así a su juramento e incurriendo en la infracción penal precedentemente señalada, o bien a declarar contra si mismo, contrariando así la prohibición terminante del art. 18 de la Constitución Nacional (disidencia de los Dres. Belluscio, Petrachi y Boggiano) (CS, 10/8/95, "*Garcia D'Auro, Ramiro Eduardo*", en fallo anterior).

No hay delito de falso testimonio si pese al carácter de testimonio bajo el cual se los llamó a declarar, los imputados carecían de esa condición. Se hallan excluidos del delito de falso testimonio los que declarasen en "causa propia", entendiéndose dicha expresión como comprensiva de las manifestaciones que puedan acarrear al sujeto un perjuicio de cualquier naturaleza (CNCas. Penal, Sala I, 23/3/95, "*Archivo s/ falso testimonio Sabella, Pablo*").

Si de las preguntas formuladas en juicio puede derivar responsabilidad personal para el testigo, ha de entenderse que declara en causa propia y por lo tanto no le es exigible la verdad de los hechos sobre los que versa el interrogatorio (CNCrim., Sala IV, 3/5/66, "*Montero*", La Ley, 123-628; "*Tomljenovic*", La Ley, 140-700; "*Anselmo c. Garcia*", JA, 1937-59-294; "*Buckart*", JA, 1946-III-95).

#### **4.3 El derecho de defensa "lato sensu"**

Enseguida, la regla genérica que sostiene la inmaculación del derecho de defensa.

Si bien la preservación de la garantía de defensa en juicio no exige una mecánica traslación al juicio político de las normas vigentes en el marco de los procesos judiciales, debe exigirse como presupuesto de validez el respeto de los principios que hacen a la estructura de todo tipo de juicios y que revisten condición de axiomas para la Constitución Nacional, cuales son, la ocasión de hacer valer los medios de defensa, y la garantía de un pronunciamiento racionalmente fundado por un tribunal imparcial (del voto de los doctores Nazareno y López) (CS, 1994/08/18, "A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15).

La motivación de la sentencia pronunciada en juicio político no sólo hace a la garantía de la defensa en juicio, sino a la esencia del régimen republicano de gobierno, pues no puede privarse a los ciudadanos de la provincia del acceso a las razones concretas que determinaron la revocación de un mandato de gobierno conferido por el voto popular (del voto del doctor Moliné O'Connor) (CS, 1994/08/18, "A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15).

La violación de la garantía de defensa en juicio en el marco de los juicios políticos, que irroque un perjuicio a derechos jurídicamente protegidos, puede y debe ser reparada por los jueces de acuerdo con el principio de supremacía de la Constitución y con arreglo al control de constitucionalidad (art. 31 y concs.), siempre que se encuentren reunidos los restantes recaudos de habilitación judicial (CS, 1994/08/18, "A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15).

La garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio no constituye un medio para transformar a la Corte provincial en tribunal de alzada, con posibilidad de reemplazar el criterio de quienes han llevado a cabo el juicio de responsabilidad política de quien ejercía el Poder Ejecutivo local, en la apreciación de los extremos de hecho y de derecho que han conducido a su decisión, en tanto no se observe apartamiento de los principios consagrados en la Constitución Nacional (del voto en disidencia de los doctores Levene y Bossert) (CS, 1994/08/18, "A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15).

Con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (CS, 1996/12/10, "Acuña, Carlos M. R.", La Ley, 1997-C, 897, con nota de Francisco J. D'Albora - DJ, 1997-2-881).

Si bien en orden a la justicia penal, el deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio (CS, 1996/12/10, "Acuña, Carlos M. R.", citado).

Aun cuando la distribución de las costas en el orden que se causaron, favorezca o beneficie a los intereses del Estado vencido, de ello no se sigue la inadmisibilidad del recurso ordinario de apelación interpuesto por el particular. Tal solución resultaría frustratoria del principio de igualdad de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5°, apart. c, Cód. Procesal), y del derecho de la defensa en juicio, al consagrar un desmesurado privilegio en favor del Fisco, que no resulta expresa ni implícitamente de las normas regulatorias de este remedio procesal (CS, 1987/03/05, "Aerolíneas Argentinas, Soc. del Estado c. Manuel Tienda León, S.A.", La Ley, 1987-C, 191, con nota de Osvaldo Alfredo Gozaíni - DJ, 987-2-625).

La ambigüedad de la fórmula empleada por el a quo, que torna difícil comprender la extensión con que concedió la vía excepcional, no puede tener por efecto restringir el derecho de la parte, cuyo debido resguardo impone la necesidad de atender los

agravios expresados con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio (CS, 1981/04/28, "*Agostini de Dellepiane, María C. c. Gobierno nacional*", Fallos, 303-593).

La llamada "manifestación espontánea" efectuada por el procesado ante la policía no reúne requisito alguno de los que permitan calificarla como confesión sino que sirve como mero indicio para orientar la investigación policial y la posterior decisión del magistrado. El criterio contrario en base al cual el a quo niega relevancia a la "rectificación" realizada en la indagatoria, llevaría a conculcar la garantía de la defensa en juicio uno de cuyos pilares esenciales, en el proceso penal, es, precisamente, la posibilidad de aportar libremente ante el juez competente la versión personal del procesado respecto de los hechos que se le imputan ; y que tal declaración sea adecuadamente valorada hasta el punto de ser tenida por veraz salvo prueba en contrario resultante de las constancias de la causa y de los indicios concordantes, entre los cuales sí podrá computarse la manifestación extrajudicial (disidencia del doctor Black) (CS, 1982/03/09, "*Aguzzi, Juan C.*", La Ley, 1982-D, 231, con nota de Fernando de la Rúa - ED, 99-338).

La exigencia de depósitos previos como requisito para la viabilidad de recursos no es contraria a la garantía constitucional de la igualdad y de la defensa en juicio (CS, 1993/11/09, "*Aldea S. A. c. Ayerbe, Francisco E.*", JA, 1994-II-627 - ED, 156-468).

La garantía constitucional de la defensa en juicio impone la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia (CS, 1991/07/23, "*Alonso, Jorge F. y otros*", La Ley, 1991-E, 637 - DJ, 1992-1-547).

Afecta la garantía de la defensa en juicio la sentencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires que, sin mediar agravio fiscal, modificó el monto de pena aumentándolo, con lo que excedió su jurisdicción e incurrió en una "*reformatio in pejus*" (CS, 1994/09/22, "*Alvarez, Rafael L.*", La Ley, 1995-E, 149 - JA, 1995-I-330).

Debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener, después de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (CS, 2000/05/04, "*Amadeo de Roth, Angélica L.*", La Ley, 2001-A, 514, con nota de Augusto M. Morello - DJ, 2001-1-99 - JA, 2001-IV-674).

Es jurisprudencia invariable de esta Corte que la garantía de la defensa en juicio sólo exige que el litigante sea adecuadamente oído y su efectividad no depende del número de instancias que las leyes establezcan (CS, 1984/12/27, "*Anaya, Jorge I.*", La Ley, 1985-A, 360, cit. en nota).

La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada -en el caso, tres años desde que una causa de índole previsional estuvo para dictar sentencia- de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e irreparable perjuicio de quienes los invocan (CS, 2001/06/14, "*Anderle, José C. c. A.N.Se.S.*", DJ, 2001-3-379).

Es arbitraria la sentencia que, al condenar como autor de hurto continuado al apelante, prescinde de individualizar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los ilícitos que se imputan, y más aún, omite determinar concretamente los hechos por los cuales se le reprocha penalmente, violando su derecho de defensa en juicio, al impedirle demostrar que un determinado delito no había sido cometido y, eventualmente, que no se encontraba en el lugar del hecho en las circunstancias de tiempo y lugar en que se cometiera (CS, 1982/09/14, "*Andrada, Omar R. y otros*", Fallos, 304-1318).

#### **4.4 Prueba ilícita y castigos abolidos**

Con el párrafo siguiente se prohíbe el allanamiento de cosas y lugares sin orden competente. Además se consignan las penas que quedan desterradas para siempre.

En ningún caso las medidas de oficio que está autorizada a tomar la administración pueden extenderse a la apropiación de papeles en el domicilio de los particulares que puedan comprometer el secreto de la correspondencia y de los negocios privados (CS, 6/9/1891, "*Charles Hnos.*", Fallos 46:36).

Ya sean auténticos o falsos, los papeles privados no pueden servir de base a un procedimiento ni de fundamento a un juicio: si lo primero, porque siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se halla llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles; y si lo segundo, porque su naturaleza misma se opone a darles valor y mérito alguno (CS, 6/9/1891, "*Charles Hnos.*", Fallos 46:36).

El art. 18 de la CN consagra el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante -correlativo del principio general del art. 19 CN-, en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular funcionario público (CS, 27/11/84, "*Fiorentino*", Fallos 306:1752, LL 1985-A-159).

Si el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento (del voto del Dr. Petracchi) (CS, 27/11/84, "*Fiorentino*", Fallos 306:1752, LL 1985-A-159).

La protección constitucional del domicilio no se puede anular absolutamente, porque esto le estaría vedado aun a los jueces, y la orden de allanamiento sólo tiene por efecto franquear este domicilio a único fin de realizar una diligencia concreta. Mientras dura la diligencia se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, de modo que carecerían de eficacia las objeciones que pretendieran oponer a cualquier acto que constituyera una ampliación del objeto de la pesquisa; porque su intimidad ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial. Pero una vez que la pesquisa ha concluido, recupera su derecho de oponerse a la entrada de un tercero ajeno a la morada, aun en el caso de encontrarse en la imposibilidad material de repeler la entrada (Fallos 310:85).

La existencia de un consentimiento tácito al registro del domicilio no puede presumirse por la mera ausencia de reparos, si en las particulares circunstancias esperar una actitud de resistencia importaría una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas (Fallos 310:85).

El allanamiento de domicilio supone necesariamente una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular; prestando el titular del domicilio su consentimiento para el ingreso de la autoridad, no resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 188 del CPMP, que supone allanamiento, ni el art. 189, que prevé las excepciones a la regla establecida por el anterior (Fallos 311:367).

Es infundado el agravio según el cual existiría violación a la garantía del art. 18 CN por haberse obtenido pruebas del cargo como consecuencia de allanamientos domiciliarios ilegales, si la apelante no se hizo cargo de los argumentos del fallo en el sentido de que el ingreso en el hotel donde residía el imputado fue consentido por la mujer con la que convivía y que en ese momento ejercía la titularidad del derecho de exclusión (Fallos 311:962).

Es infundado el agravio según el, cual existiría violación a la garantía del art. 18 de la CN por haberse obtenido pruebas de cargo como consecuencia de allanamientos domiciliarios ilegales, si la apelante no se hizo cargo de los argumentos del fallo en el sentido de que el personal policial accedió por el llamado de quien estaba autorizada a permitir su ingreso (Fallos 311:962).

Si la orden de captura existía con anterioridad al ingreso a la morada, el que se produjo después de haberse frustrado su aprehensión durante anteriores domiciliarios, como consecuencia de la disposición de medios técnicos poco comunes por parte del procesado, el que fue puesto a disposición del juez inmediatamente después del procedimiento impugnado, no se verifica violación alguna a la garantía de la inviolabilidad de domicilio (CS, "*Gordon*", Fallos 311:2045).

Si el capitán del buque autorizó el ingreso de funcionarios de policía de la navegación al camarote destinado a vivienda de la tripulación, no existe allanamiento que requiera orden judicial (Fallos 311: 2171)

En una construcción flotante corresponde al capitán la titularidad del derecho de exclusión (Fallos 311:2171).

No es nula la diligencia de secuestro si el procesado reconoce haber dado su consentimiento para el ingreso a su domicilio de los preventores y no ha invocado, ni cabe suponer, la existencia de ningún vicio en tal consentimiento prestado cuando se encontraba detenido (Fallos 313:612).

Fuera de los supuestos de necesidad previstos por el art. 189 del CPMP, o de la existencia de consentimiento para el ingreso, expresado sin vicio alguno de la voluntad, resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa (CS, 11/12/90, "*Fiscal v. Víctor Hugo Fernandez*", Fallos 313:1305).

No se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad, si no obstante que el ingreso de un coprocesado y del oficial que lo acompañaba encubría un procedimiento policial, se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, no existiendo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, y el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido por entrega voluntaria del procesado a su cómplice (CS, 11/12/90, "*Fiscal v. Víctor Hugo Fernandez*", Fallos 313:1305).

Si el titular del derecho de exclusión permitió el acceso a su casa de dos personas, una de las cuales desconocía y era un oficial de policía, sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido y con entera libertad desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, recorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional (CS, 11/12/90, "*Fiscal v. Víctor Hugo Fernández*", Fallos 313:1305).

El allanamiento ilegal obsta también a la admisibilidad y valoración legítima de un proceso, de la prueba y de los actos que deriven directa o mediatamente de un acto precedente viciado de nulidad (C. Fed. La Plata, sala 2ª, 15/7/87, "*Reinoso, Luis W. y otros*" JA 1989-II-131).

Es inválido lo actuado en las diligencias de secuestro si fueron realizadas en violación del derecho fundamental de la incolumidad del domicilio, al ser realizados por personal policial sin las órdenes respectivas del juez de la causa, y aun cuando haya mediado en uno de ellos el consentimiento de la dueña, ya que éste "resta tipicidad a la violación de domicilio pero nunca el allanamiento ilegal, y, comete este delito, el

funcionario público o agente de la autoridad que allana un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina" (C. Nac. Crim. y Corr., sala 4ª, 9/2/93, "*Ramos Beltrán, Yesenia*", JA 1996-I, síntesis).

No es válido el secuestro practicado en el cofre cerrado asignado a un dependiente, quien conservaba la llave, si no existió orden judicial de allanamiento, ya que esos recintos privados deben recibir la misma protección que el domicilio (CNCrim., Sala IV, 11/9/90, "*Ayala, Gustavo*", DJ 1991-655).

La invalidez del acta de secuestro por haber sido practicado éste sin orden judicial de allanamiento no impide la condena del procesado si existen suficientes pruebas de la materialidad del hecho y de su responsabilidad, con prescindencia de las viciadas (CNCrim., Sala IV, 11/9/90, "*Ayala, Gustavo*", DJ 1991-655).

Ha sido voluntad de la ley 19.798 de telecomunicaciones que no sólo el intercambio epistolar quede en secreto, sino además la palabra transmitida por el cable telefónico (CNCrim.Corr., Sala VI, 4/11/80, "*Landeira de Ferradás, Josefina E.*", La Ley, 1981-B-193; JA 1981-II-333 y ED 92-828).

El art. 1º de la ley 19.978 de telecomunicaciones prescribe que las comunicaciones en el territorio de la Nación se registrarán por ese ordenamiento legal, tras de lo cual el art. 2º define en uno de sus apartados, a la telefonía como un sistema de telecomunicación para la transmisión de la palabra. A su vez el art. 18 establece la inviolabilidad de las telecomunicaciones agregando que su interceptación sólo procederá a requerimiento del juez competente dando respaldo de esta forma al principio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Pero la ley 19.798 va más allá todavía al preceptuar en el art. 19 que tal inviolabilidad importa la prohibición de usar por otra persona que no sea su destinatario, el contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores de servicio, manteniéndose el secreto para quienes se desempeñan en la compañía telefónica, tal como surge del art. 20 (fallo precitado).

La ley 19.798 de telecomunicaciones se ha propuesto tutelar la personalidad integral del hombre a la luz del precepto constitucional del art. 18 (fallo precedente).

Si la inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra asegurada legalmente, mal podría el derecho permitir luego brindar amparo a quien desconoció sin reparos su propio ordenamiento autorizándolo a allegar al tribunal aquello que por voluntad expresa del legislador debió permanecer en la esfera íntima y sin ser conocido más que por los interlocutores válidos (en el caso, grabación de una conversación telefónica entre terceros, en la que se expresaron manifestaciones injuriosas) (CNCrim.Corr., Sala VI, 4/11/80, fallo anterior).

La orden judicial de recibirle declaración bajo juramento al imputado es contraria a la garantía del art. 18 CN (CS, "*Mendoza*", Fallos 1:350).

Si bien puede admitirse sobre todo en los territorios nacionales por la situación especial que crean las distancias y el aislamiento que los funcionarios policiales puedan interrogar a los procesados a los fines de la investigación, las manifestaciones que hagan los procesados no tienen el valor de prueba de confesión, pues el Código sólo admite la confesión judicial y esta sólo puede ser prestada ante el Juez competente y con los requisitos que aquél indica. Estas manifestaciones sólo pueden tener el valor de un indicio en cuanto concuerden con otros elementos de prueba (CS, "*Quezada*", Fallos 185:75).

El juramento entraña una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar constituye una manera de obligarlo a declarar en su contra (CS, "*Diario El Atlántico*", Fallos 281:177).

La declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un

problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad (CS, "*Diario El Atlántico*", Fallos 281:177).

#### **4.5 Las cárceles no serán para castigo**

El párrafo final es programático, y una expresión de deseos que debiera ser considerado en igual dimensión de las responsabilidades que tiene el Estado para cumplir con los derechos humanos.

En términos generales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha realizado visitas de inspección en distintos sistemas carcelarios latinoamericanos, advirtiendo en casi todos ellos que no existen criterios mínimos de clasificación de la población interna. Por lo común, los recintos carcelarios no están separados los individuos condenados de los penados, ni existe una selección con relación a la gravedad de los delitos cometidos. La distribución de los internos es caótica y se basa, principalmente, en religión, zona geográfica de origen o bandas y vínculos afectivos, familiares o amistosos.

En definitiva se ha generado un sistema donde prevalece la corrupción en el interior de la gran mayoría de los centros carcelarios nacionales y que involucra a una cifra destacable de funcionarios públicos, lo cual implica el cobro de altísimas sumas de dinero para garantizar la seguridad y los privilegios, así como el tráfico de estupefacientes y armas de fuego en las instalaciones carcelarias.

En marzo de 1996 *Human Rights Watch / Américas* habiendo recomendado un plan de emergencia nacional (era para Venezuela) para el mejoramiento del sistema penitenciario, dada la gravedad de los problemas y la necesidad de resolverlos cuanto antes. "Las iniciativas emprendidas por el gobierno desde nuestra visita, aunque algunas sean alentadoras (se refieren a la demolición del Retén de Catia) son insuficientes para remediar los defectos masivos del sistema. La desfavorable historia de la reforma de las prisiones en Venezuela no aconseja una reforma por niveles y poco sistemática" indican.

Afirma Human Rights Watch que las condiciones de las prisiones violan tanto las leyes internas como las normas internacionales de derechos humanos. El hacinamiento, es una de las más graves situaciones encontradas por esta organización, lo cual se combina con la falta de agilidad procesal. Una gran proporción no tiene condena por delitos y se encuentran procesados o esperando esa condición, a pesar de continuar detenidos.

Existen dos razones básicas por las cuales las prisiones albergan tales desproporcionadas e injustificadas cantidades de prisioneros preventivos. En primer lugar, la mayoría de los procesados penales son encarcelados en lugar de concederles libertad provisional mientras sus procesos están pendientes, lo que supone una violación de las normas internacionales que exigen que se conceda generalmente la libertad durante el juicio. En segundo lugar -debido a que el sistema de justicia es ineficaz, está sobrecargado y politizado; o porque los procesos penales se llevan a cabo de acuerdo a un código procesal anticuado; sin perjuicio de que muchos prisioneros carecen de acceso efectivo al asesoramiento legal y, con frecuencia, ni siquiera pueden presentarse físicamente ante los tribunales- es típico que los casos penales se prolonguen durante años. En particular, cuando los procesados están detenidos, este retraso indebido viola las normas internacionales que exigen que el proceso penal sea completado en un tiempo razonable.

En su informe *Human Rights Watch* se refiere además al tema de las inspecciones vaginales durante las visitas de familiares, las deplorables condiciones físicas de



muchas prisiones, la deficiente atención médica, el problema del ocio y la inactividad, y el tema de las visitas conyugales de las prisioneras femeninas, entre otros asuntos.

## **5. Interpretación de la Corte Interamericana sobre el “debido proceso”. Líneas generales**

En el sistema interamericano de derechos humanos, los derechos al debido proceso y a un juicio justo están establecidos fundamentalmente en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señalan lo siguiente:

### **Declaración Americana**

**XVIII.** *Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*

**XXVI.** *Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas*

### **Convención Americana**

Remisión art. 8º antes transcripto.

**Art. 9º.** *Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

Como se ha hecho notar a lo largo de este capítulo, todo el sistema interamericano, de los que la Declaración y el Pacto forman parte, se preocupan y esfuerzan por reforzar las garantías en el proceso penal.

Cobran relieve especial la presunción de inocencia y los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, y *non-bis-in-idem*. Pero, al mismo tiempo, se amplía hacia todo tipo de procesos (derecho a un proceso con todas las garantías) el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, y un número no taxativo de garantías procesales que se consideran esenciales para un juicio justo.

Como ha dicho el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre *Terrorismo y Derechos Humanos* (OEA /Ser.L/V/II.116 -Doc. 5 rev. 1, del 22 de octubre de 2002): *Las normas y principios consagrados en las protecciones mencionadas, son relevantes no sólo para los procesos penales, sino también, mutatis mutandis, para otros procedimientos a través de los cuales se determinen los derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal y de otra índole.*

Véase Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia del 31 de enero de 2001, Ser. C. N° 7, párrs. 69, 70 (donde se llega a la conclusión de que las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención no se limitan a los procedimientos judiciales en sentido estricto, sino que también se aplican a los procedimientos que involucran la determinación de derechos y obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal y de otra índole). Véase también Corte IDH, Opinión Consultiva 11/90, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (artículos 46.1, 46.2.a) y 46.2.b): Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de agosto de 1990, Series A. N° 11, párr. 28. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General 13, artículo 14 (Sesión 21ª, 1984), Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptados por los Órganos de los Tratados de Derechos Humanos, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 14 (1994), párr. 2 [en adelante, Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU].

En orden al proceso penal, las garantías trascienden los espacios del derecho a la defensa técnica, exigiendo procedimientos relacionados con la detención, el status y la devolución de extranjeros.

Véase, por ejemplo, Caso 11.610, Informe N° 49/99, *Loren Laroye Riebe Star y otros* (México), Informe Anual de la CIDH (1998), párrs. 46, 65-70 (en que se aplica el artículo 8.1 de la Convención Americana en el contexto de procedimientos administrativos que dan lugar a la expulsión de extranjeros); Caso *Ferrer-Mazorra y otros*, nota 114 supra, párr. 213; CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 supra, párrs. 109, 115; Caso 10.675, Informe 51/96, caso sobre la Interdicción de los Haitianos (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH (1993) párr. 180. Véase, análogamente, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Huber c. Austria*, 1975 Y.B. Eur. Conv. on H.R., párrs. 69 a 71; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Albert y Le Compte, 10 de febrero de 1983, Series A Vol. 58, párr. 39 (donde se consideran los principios del debido proceso a ser aplicados a las sanciones disciplinarias de carácter administrativo).

Asimismo, en situaciones particulares como sucede el los delitos perpetrados por el terrorismo se deben contar con las garantías legales del debido proceso en todo procedimiento, tal como se indica por ejemplo, en la Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente, cuyo artículo 9, dice: “*Toda persona respecto de la cual se sustancia un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2 gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento*”; o la Convención sobre el Terrorismo de 1971, conforme al cual “*Toda persona privada de su libertad por aplicación de la presente Convención gozará de las garantías legales del debido proceso, y el artículo 8, según el cual, para cooperar en la prevención y sanción de los delitos previstos en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados contratantes aceptan las obligaciones siguientes: [ . . . ] (c) Garantizar el más amplio derecho de defensa a toda persona privada de libertad por aplicación de la presente Convención*”; o cuando la Convención Interamericana contra el Terrorismo, sostiene en el artículo 15. 3) que: “*A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional*”.

La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, trabaja con las opiniones y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los informes especiales y de los informes sobre casos individuales de la Comisión, donde en cada situación se estudian los componentes de los requerimientos de un juicio justo y del debido proceso que comportan ciertos requisitos y restricciones esenciales.

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y los artículos XVIII, XXIV y XXVI de la Declaración Americana son los tradicionalmente citados en relación con la formulación de la doctrina sobre las garantías y la protección judiciales. Estos preceptos cubren toda situación en que se torna necesario determinar el contenido y ámbito de los derechos de una persona bajo la jurisdicción de un Estado parte, ya sea en materia penal, administrativa, tributaria, laboral, familiar, contractual o de cualquier otro tipo. Alcanzan, también, a todos los no ciudadanos, independientemente de su status jurídico (es decir, por ejemplo, a los migrantes de un país a otro; a los trabajadores ocasionales; al refugiado; etc.).

En ocasiones, el debido proceso necesita implementar garantías coyunturales o de circunstancia, como cuando en un Estado se padecen situaciones graves de inseguridad personal o jurídica, de modo tal que la cobertura de los derechos que allí se declaman, en realidad son una formalidad hipócrita.

Esta estipulación deriva en parte de la propia naturaleza y funciones de las protecciones procesales, que en toda instancia deben estar regidas por el principio de justicia y en esencia deben estar destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio de un derecho. Ello incluye reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación.

**En la opinión consultiva 16/99 del 1º de octubre**, la Corte sostuvo que, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal.

El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales.

Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados.

Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En el ya citado informe sobre “*Terrorismo y Derechos Humanos*” se afirma que la posible necesidad de protecciones procesales adicionales está ilustrada, con particular claridad, en los procedimientos que involucran a ciudadanos extranjeros. Por ejemplo, en la esfera penal, debe prestarse especial atención a la vulnerabilidad de la persona que enfrenta un proceso penal en un país que no es el suyo.

En primer lugar, es esencial que la persona comprenda los cargos que se le imputan y toda la gama de derechos procesales disponibles. Para ello, es primordial la traducción y explicación de todos los conceptos jurídicos en el idioma del inculpado, y ello debe ser financiado por el Estado, si es necesario.

Además, en el contexto de procedimientos contra ciudadanos extranjeros que puedan culminar en la pena capital, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que el cumplimiento de los requisitos de notificación consular, dispuesto en el artículo 36 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, constituye una garantía adicional de las normas del debido proceso.

Nos referimos a la **O/C 16/99** donde queda dicho que, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquellos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.

En el caso al que se refiere la presente Opinión Consultiva, ha de tomarse en cuenta la situación real que guardan los extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente, su vida misma. Es evidente que, en tales circunstancias, la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene -y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía- se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.

Se reconoce ampliamente que las protecciones indicadas en esta disposición son pertinentes al debido proceso y a otros derechos de los detenidos, puesto que, por ejemplo, establecen una posible asistencia con varias medidas de defensa, tales como la representación legal, la reunión de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se brinda la asistencia legal y la

observación de las condiciones en que se mantiene al acusado cuando se encuentra en prisión.

Además, la Comisión ha concluido en el contexto de los procedimientos de deportación contra extranjeros, que las personas afectadas deben tener derecho a ser oídos y deben tener una oportunidad adecuada para ejercer su derecho de defensa. Si bien esto puede no exigir la presencia de todas las garantías requeridas para un juicio justo en la esfera penal, debe otorgarse un umbral mínimo de garantías del debido proceso.

En tal aspecto se entiende que la garantía incluye el derecho a la asistencia de un abogado, si así lo desean, o de un representante en el que confíen, con suficiente tiempo para determinar los cargos que se le imputan, un plazo razonable para preparar y formalizar una respuesta y procurar y aducir pruebas en su defensa.

Caso de *Loren Laroye Riebe Star* y otros, nota 546 *supra*, párrs. 70, 71. Véase también Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 22(6) (“*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.*”); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículo 13 (“*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas*”).

También pertinentes a las garantías del debido proceso de los extranjeros, son los procedimientos para la determinación del status de refugiado o asilado.

A este respecto, la Comisión ha interpretado el derecho a pedir asilo establecido en el artículo XXVII de la Declaración Americana y artículo 22.7) de la Convención Americana, a la luz de las protecciones procesales en que se funda la Convención de la ONU de 1951 en relación con el Estatuto de Refugiado y el Protocolo Adicional, en el sentido de que exige que los Estados otorguen a quienes busquen asilo una audiencia justa para determinar si satisfacen los criterios de la Convención sobre Refugiados, particularmente cuando pueda involucrar a las disposiciones sobre *non-refoulement* de la Convención sobre Refugiados, la Convención Americana o la Convención Interamericana sobre la Tortura.

En la **Opinión Consultiva 9/87** del 6 de octubre de 1987, la Corte afirma que el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales (*El habeas corpus bajo suspensión de garantías, supra 16, párr. 32*). Se ha dicho entre muchas otras consideraciones las condiciones mínimas que debe tener un proceso, a saber:

Relaciona así el derecho al debido proceso con las vías procesales que lo caracterizan y propician como recurso sencillo y breve. Establece dicho artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer,

a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. De donde se concluye, *a fortiori*, que el régimen de protección judicial dispuesto por el artículo 25 de la Convención es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia.

El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos.

La Corte había señalado que, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (*Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente).

Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.

En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

Este artículo, cuya interpretación fue solicitada expresamente, es denominado por la Convención "*Garantías Judiciales*", lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.

El llamado "debido proceso legal", abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2.a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando, *no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados*.

Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.

## **6. El "debido proceso" en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana**

La Corte Interamericana ha evolucionado el concepto de "debido proceso", evitando acotarlo a los procesos penales, aunque es cierto que la mayor cantidad de casos contenciosos en los que se expide, tienen relación con ellos.

Desde los primeros casos (*Velásquez Rodríguez, Fairen Garbi y Godínez Cruz*) se advirtió la necesidad de adoptar por los Estados parte, un criterio tendiente a darle operatividad inmediata a las normas del Pacto, evitando egoísmos y retaceos en su práctica.

Sostuvo Cançado Trindade, en una intervención en los debates del 12 de marzo de 1986 de la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (que reproduce en su voto razonado del *Caso Blake* del 28 de enero de 1998), que se deben señalar confusiones y advertir para la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz siquiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general.

Urge que la doctrina contemporánea dedique mayor atención a un fenómeno curioso, con importantes implicaciones jurídicas: mientras el derecho de los tratados sigue condicionado por las manifestaciones de la concepción voluntarista del derecho internacional, el derecho consuetudinario se muestra mucho menos vulnerable a ésta. Siendo así, no sería posible, por ejemplo, hablar de limitaciones *ratione temporis* de la competencia de un tribunal internacional (tal como la planteada en el caso Blake) en relación con normas del derecho internacional general. Tampoco sería posible hablar de reservas o salvas a normas consuetudinarias. La *opinio juris sive necessitatis* (elemento subjetivo de la costumbre), como manifestación de la conciencia jurídica internacional, revela hoy día mucho más vigor que los postulados seculares del

derecho de los tratados, cuando se trata de establecer nuevos regímenes jurídicos de protección del ser humano contra violaciones particularmente graves de sus derechos.

Transcurrido medio siglo desde la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos, y después de tantos años de operación continuada de los sistemas existentes de protección internacional de los derechos humanos, ¿qué más espera la jurisprudencia internacional contemporánea para desarrollar el contenido y los efectos jurídicos de las obligaciones *erga omnes* en el presente dominio? Entre los elementos a ser tomados en cuenta, desde el inicio, están la aplicabilidad directa de las normas internacionales de protección en el ámbito del derecho interno de los Estados, y la adopción de medios que aseguren la fiel ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos existentes (las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos).

Concluye así diciendo que, la consagración de obligaciones *erga omnes* de protección, como manifestación de la propia emergencia de normas imperativas del derecho internacional, representaría la superación del patrón erigido sobre la autonomía de la voluntad del Estado. El carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del *jus cogens*. No es razonable que el derecho contemporáneo de los tratados siga apegándose a un patrón del cual aquél propio buscó gradualmente liberarse, al consagrar el concepto de *jus cogens* en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados. No es razonable que, por la aplicación casi mecánica de postulados del derecho de los tratados erigidos sobre la autonomía de la voluntad estatal, se frene una evolución alentadora, impulsada sobre todo por la *opinio juris* como manifestación de la consciencia jurídica universal, en beneficio de todos los seres humanos.

La jurisprudencia, entonces, parte del entendimiento que cada Estado tiene un deber de cumplimiento, y que ese deber supone acciones positivas, donde las omisiones son causales de responsabilidad (por ejemplo, no investigar adecuada o plenamente una causa), tanto como lo constituyen las violaciones a los principios que, sin enumerar, va indicando sucesivamente.

En afán de síntesis se podría indicar que el derecho al “debido proceso” fue aplicado en los siguientes casos contenciosos:

**a) Caso NEIRA ALEGRIA y otros (Sentencia del 19 de enero de 1995, en Serie C nº 20) (derechos carcelarios)**

Allí la Corte sostiene que los términos del artículo 5.2 de la Convención, que asigna a toda persona privada de libertad, el derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal; obliga al Estado a garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal.

En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.

**b) Caso CASTILLO PAEZ (Sentencia del 3 de noviembre de 1997 en Serie C nº 34) (derecho a la verdad)**



Se vincula con las violaciones a la Convención Americana hechas por el gobierno del Perú relacionadas con el secuestro y desaparición de la víctima y elabora el derecho a la verdad

La Corte considera que el Estado peruano está obligado a investigar los hechos que las produjeron, inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos.

Afirma entonces que, corresponde al Estado, satisfacer esas justas expectativas por los medios a su alcance. A ese deber de investigar se suma el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas (cfr. *Caso Neira Alegría y otros, supra* 72, párr. 69 y Punto Resolutivo 4; *Caso Caballero Delgado y Santana, supra* 72, párrs. 58 y 69; *Caso El Amparo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 14 de setiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 61 y Punto resolutivo 4).

**c) Caso PANIAGUA MORALES y otros (Sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C nº 37 (*derecho al proceso y presunciones probatorias*))**

En este caso la Corte ha afirmado que, en materias que conciernen con *la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el artículo 8º no especifica *garantías mínimas*, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales.

Sin embargo, el concepto de *debidas garantías* se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal (*Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28).

Se ocupa de analizar la situación del debido proceso en circunstancias demostradas de temor generalizado entre quienes estaban involucrados en el denominado "*caso de la panel blanca*", lo cual se corrobora por la reticencia de los testigos presenciales a testificar ante el entonces Juez de la causa y la ausencia de una investigación completa del secuestro que éste mismo sufrió.

Cuando el Estado denunciado (Guatemala) allegó al proceso copia de algunas actuaciones que ordenaban el sobreseimiento de los implicados en el "*caso de la panel blanca*", seguido en la jurisdicción interna; entendió que era una conducta probatoria de su vulneración anterior a las garantías establecidas. Dedución que sumó a otros hechos, como la promulgación de un nuevo Código de Procedimientos Penales, los que en resumen considera como una expresión de la voluntad del Estado de dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales y convencionales.

En el caso, la Corte consideró que el denominado “*caso de la panel blanca*” no fue tramitado ante un tribunal independiente e imparcial ni en un plazo razonable y que el Estado no proveyó las debidas garantías para asegurar a las víctimas un debido proceso en la determinación de sus derechos. Por eso, simplificó que, la responsabilidad de este incumplimiento recae sobre el Estado, el cual debía hacer posibles dichas garantías.

La Corte constata así que en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.

**d) Caso CASTILLO PETRUZZI y otros (Sentencia del 30 de mayo de 1999) Serie C nº 52. (*Juez natural*) (*Juez independiente e imparcial*)**

Se cuestiona en este caso el juzgamiento que hacen los Tribunales militares del Perú sobre personas civiles que no cumplen funciones en la milicia.

La Corte sostiene que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos, pues la nacionalidad “reviste el carácter de un derecho de la persona humana”, sentido que no sólo ha quedado plasmado a nivel regional, sino también en el artículo 15 de la Declaración Universal.

Se advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. En este sentido se definía en la propia legislación peruana (artículo 282 de la Constitución Política de 1979).

El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas.

En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.

Se agrega, asimismo, una consideración repetida en varios casos que recuerdan que constituye un principio básico relativo a la independencia de la

judicatura, que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.

El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos.

Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.

En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal.

Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces.

Con relación a la actividad de los defensores se advierte que el numeral 8 de los *Principios Básicos sobre la función de los Abogados* relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que:

*A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.*

La Corte observa que de conformidad con la legislación aplicable a los delitos de traición a la patria, se ha establecido la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y recurso de nulidad contra la de segunda instancia. Aparte de estos recursos, existe el extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada, fundado en la presentación de prueba superviniente, siempre y cuando no se trate de una persona condenada por

traición a la patria en calidad de líder, cabecilla o jefe, o como parte del grupo dirigencial de una organización armada.

También destaca y señala, que los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 de la Convención, en los aspectos siguientes:

a) El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.

b) Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él.

En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar.

c) Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquellos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece.

d) Se considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales "sin rostro", y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal.

En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención.

e) La Corte reitera que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención [...] El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del

artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes <sup>(1)</sup>.

f) Vuelve la Corte aquí a destacar un aspecto indicado por la Comisión, donde se afirma que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.

En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla <sup>(2)</sup>.

Lo afirmado precedentemente no sólo es válido en situaciones de normalidad, sino también en circunstancias excepcionales. Como ya ha sostenido la Corte, “la implantación del estado de emergencia --cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno-- no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención” <sup>(3)</sup>.

Por consiguiente, “es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías” <sup>(4)</sup>.

**e) Caso CESTI HURTADO (sentencia del 29 de setiembre de 1999, Serie C nº 56) (derecho al honor afectado por un enjuiciamiento)**

La Corte considera que un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona.

Se afirma que el proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento con los demás, o prácticamente inevitable que así sea de sostenerse otra cosa, quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa.

Por otra parte, la sanción aplicada al cabo de este proceso tampoco se dirige a menoscabar esos valores de la persona; en otros términos, no entraña o

---

<sup>1</sup> *Caso Castillo Páez, supra* nota 4, párrs. 82 y 83; *Caso Suárez Rosero, supra* nota 80, párr. 65; *Caso Paniagua Morales y otros, supra* nota 3, párr. 164; *Caso Blake, supra* nota 4, párr. 102.

<sup>2</sup> *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra* nota 86, párr. 24.

<sup>3</sup> *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra* nota 86, párr. 25.

<sup>4</sup> *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra* nota 86, párr. 26.

pretende el descrédito del reo, como ocurrió en el caso de una pena infamante, que suspende precisamente a esa intención.

Por otra parte, la Corte estima que los efectos en el honor y la buena reputación del señor Cesti Hurtado que pudieran resultar, eventualmente, de su detención, procesamiento y condena por el fuero militar, derivarían de la violación, ya declarada por la Corte, de los artículos 7, 8 y 25 de la Convención.

**f) Caso BLAKE (sentencia del 24 de enero de 1998) Serie C nº 36 (Derecho al plazo razonable)**

Este es un caso muy interesante donde la Corte se ocupa de analizar el derecho a un proceso “*dentro de un plazo razonable*”, que la Convención lo fundamenta en la necesidad de evitar dilaciones indebidas que se traduzcan en privación o denegación de justicia.

En el caso concreto, Guatemala incumplió con la obligación de suministrar un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo a los familiares del señor Nicholas Blake, que se consumó mediante la obstaculización de las autoridades guatemaltecas que impidieron el esclarecimiento de la causa de la muerte y desaparición de la víctima y el retardo para investigar los hechos e iniciar un proceso judicial e impulsarlo.

Por otra parte autoridades militares negaron a la familia y a funcionarios diplomáticos del Gobierno de los Estados Unidos de América que el Ejército conocía las circunstancias del caso.

Los familiares del señor Nicholas Blake fueron privados del derecho a un proceso judicial independiente dentro de un plazo razonable y por lo tanto se les impidió obtener una justa reparación.

La Comisión señaló que en Guatemala la posibilidad de iniciar una acción resarcitoria no estaba necesariamente vinculada al proceso criminal y que, sin embargo, dicha acción debía ser interpuesta en contra de una persona o entidad determinada para establecer la responsabilidad por los hechos alegados y el pago de las indemnizaciones correspondientes. La obstrucción y retardo de la investigación por parte del Estado hizo imposible la iniciación de una acción por responsabilidad en el caso.

Por su autoridad y magisterio, es oportuno reproducir –parcialmente- el voto razonado del juez Cançado Trindade:

Siendo una sentencia judicial (*sententia*, derivada etimológicamente de “sentimiento”) algo más que una operación lógica enmarcada en parámetros jurídicos definidos, me veo en el deber de explicar la razón de mis inquietudes con la solución jurídica consignada en la presente Sentencia de la Corte. Dicha Sentencia, a pesar de los considerables esfuerzos de la Corte exigidos por las circunstancias del caso, aunque esté conforme al *derecho stricto sensu*, a mi juicio deja de consagrar la unidad propia de toda solución jurídica y de atender plenamente al imperativo de la realización de la *justicia* bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El examen de la incidencia de la dimensión temporal en el derecho en general no ha sido suficientemente desarrollado en la ciencia jurídica contemporánea. No deja esto

de ser sorprendente, si consideramos que el elemento de la previsibilidad es inherente a la ciencia jurídica como tal, estando el factor tiempo subyacente a todo el derecho. En lo que concierne al Derecho Internacional Público, los ejemplos son claramente identificables <sup>(5)</sup>:

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuyo ámbito el estudio de la materia empieza a ser profundizado <sup>(6)</sup>, quizás la ilustración más contundente resida en la construcción jurisprudencial <sup>(7)</sup> de la noción de víctima (tanto directa como indirecta), a abarcar la víctima *potencial* <sup>(8)</sup>:

Sobre la relación entre el pasar del tiempo y el derecho, en uno de los más lúcidos alegatos ante un tribunal internacional de que tengo conocimiento, el de Paul Reuter como uno de los asesores jurídicos de Cambodia en el caso del *Templo de Preah Vihear* (Cambodia versus Tailandia, Corte Internacional de Justicia, 1962), decía aquel jurista, con un toque literario:

*“Le temps exerce en effet une influence puissante sur l'établissement et la consolidation des situations juridiques (...). D'abord la longueur du temps dépend des matières. (...) Un deuxième élément doit être pris en considération, nous serions tentés de l'appeler 'la densité' du temps. Le temps des hommes n'est pas le temps des astres. Ce qui fait le temps des hommes, c'est la densité des événements réels ou des événements éventuels qui auraient pu y trouver place. Et ce qui fait la densité du temps humain apprécié sur le plan juridique, c'est la densité, la multitude des actes juridiques qui y ont trouvé ou qui y auraient pu trouver place”* <sup>(9)</sup>.

---

<sup>5</sup>. La noción de tiempo está subyacente, por ejemplo, a casi todos los elementos básicos del derecho de los tratados (no sólo el proceso del *treaty-making*, sino también los propios términos o condiciones establecidos para la aplicación de los tratados, v.g., si por etapas, progresivamente, etc.). También en el dominio de la solución pacífica de controversias internacionales se han divisado distintos métodos de solución de disputas que puedan ocurrir en el futuro. En el campo de la reglamentación de los espacios (v.g., derecho del mar, derecho del espacio exterior) marca presencia la dimensión intertemporal (teniendo en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras); dicha dimensión es de la propia esencia, v.g., del derecho ambiental internacional.

<sup>6</sup>. La Compilación de Instrumentos Internacionales de derechos humanos, preparada por el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por ejemplo, relaciona efectivamente no menos de 13 instrumentos internacionales dirigidos a la *prevención* de discriminación de distintos tipos (cf. U.N. doc. ST/HR/1/Rev.3, de 1988, pp. 52-142). La *prevención* es de la esencia de las tres Convenciones contra la Tortura (la Interamericana de 1985, artículos 1 y 6; la Europea de 1987, artículo 1; la de Naciones Unidas de 1984, artículos 2(1) y 16), así como de la Convención para la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio de 1948 (artículo 8). Y, en relación con el combate a las ejecuciones extra-legales, arbitrarias y sumarias, cf. United Nations, *Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions*, N.Y., U.N., 1991, pp. 1-71.

<sup>7</sup>. Sobre todo bajo la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>8</sup>. Casos *Kjeldsen versus Dinamarca* (1972), *Donnelly y Otros versus Reino Unido* (1973), *H. Becker versus Dinamarca* (1975), *G. Klass y Otros versus Alemania* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Dudgeon versus Reino Unido* (1981), *J. Soering versus Reino Unido* (1989). La evolución jurisprudencial al respecto está examinada en mi curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, tomo 202 de su *Recueil des Cours*, de 1987, capítulo XI, pp. 271-283.

<sup>9</sup>. Corte Internacional de Justicia, caso del *Templo de Preah Vihear* (Cambodia versus Tailandia), *ICJ Reports* (1962), *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, vol. II, pp. 203 y 205. [Traducción: “El tiempo ejerce en efecto una influencia poderosa en el establecimiento y la consolidación de las

El tiempo de los seres humanos ciertamente no es el tiempo de los astros, en más de un sentido <sup>(10)</sup>: El tiempo de los astros, -yo me permitiría agregar-, además de misterio insondable que ha acompañado siempre la existencia humana desde el inicio hasta su final, es indiferente a las soluciones jurídicas divisadas por la mente humana; y el tiempo de los seres humanos, aplicado a sus soluciones jurídicas como elemento integrante de las mismas, no raramente conlleva a situaciones que desafían su propia lógica jurídica, - como lo ilustra el presente caso *Blake*.

Mucho antes de la tipificación de la desaparición forzada de persona en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la noción de “*situación continuada*” encontraba respaldo en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. Así, ya en el caso *De Becker versus Bélgica* (1960), la Comisión Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, reconocía la existencia de una “situación continuada” (*situation continue/continuing situation*) <sup>(11)</sup>: Desde entonces, la noción de “situación continuada” ha marcado presencia en la jurisprudencia de la Comisión Europea, en numerosas ocasiones <sup>(12)</sup>.

Así como la reciente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - OC-15, de 14 de noviembre de 1997)* alcanzó las propias bases de su función consultiva, la cuestión planteada en el presente caso *Blake* toca igualmente las bases de su competencia en materia contenciosa (su delimitación en el tiempo, *ratione temporis*). La actual etapa de evolución (insuficiente) del derecho de los tratados me permite, al menos, formular una precisión sobre esta cuestión, que atiende tan sólo en parte a mis inquietudes.

En una situación continuada propia de la desaparición forzada de persona, las víctimas son tanto el desaparecido (víctima principal) como sus familiares; la indefinición generada por la desaparición forzada sustrae a todos de la protección del derecho <sup>(13)</sup>: No hay cómo negar la condición de víctimas también a los familiares del desaparecido, que tienen el cotidiano de sus vidas transformado en un verdadero calvario, en el cual los recuerdos del ser querido se mezclan con el tormento permanente de su desaparición forzada. En mi entender, la forma compleja de violación de múltiples derechos humanos que representa el delito de desaparición forzada de persona tiene como consecuencia la *ampliación de la noción de víctima* de violación de los derechos protegidos.

---

situaciones jurídicas (...). En primer lugar, la duración del tiempo depende de las *materias*. (...) Un segundo elemento debe ser tomado en consideración, estaríamos propensos a llamarlo 'la densidad' del tiempo. El tiempo de los hombres no es el tiempo de los astros. Lo que hace el tiempo de los hombres, es la densidad de los acontecimientos reales o de los acontecimientos eventuales que puedan haber ocurrido. Y lo que hace la densidad del tiempo humano apreciado en el plano jurídico, es la densidad, la multitud de los actos jurídicos que ocurrieron o que hubieron podido ocurrir”.]

<sup>10</sup>. No solamente para configurar la aquiescencia del Estado y sus efectos jurídicos, como pretendía Reuter en aquel caso.

<sup>11</sup>. Cf. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Affaire De Becker* (Série B: Mémoires, Plaidoiries et Documents), Strasbourg, C.E., 1962, pp. 48-49 (Rapport de la Commission, 08.01.1960).

<sup>12</sup>. Cf., v.g., las decisiones de la Comisión Europea referentes a las peticiones ns. 7202/75, 7379/76, 8007/77, 7742/76, 6852/74, 8560/79 y 8613/79, 8701/79, 8317/78, 8206/78, 9348/81, 9360/81, 9816/82, 10448/83, 9991/82, 9833/82, 9310/81, 10537/83, 10454/83, 11381/85, 9303/81, 11192/84, 11844/85, 12015/86, y 11600/85, entre otras.

<sup>13</sup>. Cf., en este sentido, el artículo 1(2) de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.



**g) Caso VILLAGRÁN MORALES y otros (Niños de la calle) (sentencia del 19 de noviembre de 1999) Serie C nº 63 (*derecho a la verdad*)**

Es uno de los precedentes más importantes de la Corte sobre el deber de investigar y de no abandonar el empeño por el esclarecimiento de hechos delictivos que, desde otra perspectiva, conduce al derecho a saber la verdad que tiene la víctima y sus familiares.

Se ha señalado con claridad que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad <sup>(14)</sup>.

Por otra parte, del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación.

**h) Caso BARRIOS ALTOS (sentencia del 14 de marzo de 2001) Serie C nº 75 (*derecho a ser oído*)**

Se trata en el caso de resolver el derecho a ser oído de las víctimas de un allanamiento efectuado en forma arbitraria, y que culmina con una ley de amnistía que resuelve la situación procesal de los involucrados en el hecho.

El voto del Juez Cançado Trindade manifiesta:

En razón de la alta relevancia de las cuestiones jurídicas tratadas en la presente Sentencia, me veo en la obligación de dejar constancia, bajo la presión siempre despiadada del tiempo, de mis reflexiones personales al respecto. La Corte, en cualesquiera circunstancias, e inclusive en casos de allanamiento, a partir del reconocimiento por parte del Estado demandado de su responsabilidad internacional por los hechos violatorios de los derechos protegidos, tiene plena facultad para determinar *motu proprio* las consecuencias jurídicas de dichos hechos lesivos, sin que dicha determinación esté condicionada por los términos del allanamiento. La Corte está, procediendo de ese modo, haciendo uso de los *poderes inherentes* a su función judicial. Tal como siempre he sostenido en el seno del Tribunal, en cualesquiera circunstancias *la Corte es maestra de su jurisdicción*.

---

<sup>14</sup>. Caso *Godínez Cruz*, *supra* nota 12, párr. 188 y Caso *Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 12, párr. 177.

En el presente caso *Barrios Altos*, haciendo uso libre y pleno, como le corresponde, de los poderes inherentes a su función judicial, la Corte, por primera vez en un caso de allanamiento, además de haber admitido el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado demandado, también ha establecido las consecuencias jurídicas de dicho allanamiento, tal como se desprende de los categóricos párrafos 41 y 43 de la presente Sentencia, que disponen de modo inequívoco el entendimiento de la Corte en el sentido de que:

- "(...) Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(...) A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1(1) y 2, todos de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones de derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente"<sup>15</sup>.

Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia) (<sup>16</sup>). Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales - indisociables - de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1.1 de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención). Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25).

---

<sup>15</sup>. Y la Corte agrega, en el párrafo 44 de la presente Sentencia: - "Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la identificación y el castigo de los responsables (...)".

<sup>16</sup>. Cf. el Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, en el caso *Loayza Tamayo* (Reparaciones, Sentencia del 27.11.1998), Serie C, n. 42, párrs. 2-4; y cf. L. Joinet (*rappporteur*), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) - Informe Final*, ONU/Comisión de Derechos Humanos, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26.06.1997, pp. 1-34.

Hay que tener presente, que su *legalidad en el plano del derecho interno*, al conllevar a la impunidad y la injusticia, se encuentra en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones *de jure* de los derechos de la persona humana.

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, *no lo son* en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Siendo así, las leyes de autoamnistía, además de ser manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, y desprovistas, en consecuencia, de efectos jurídicos, *no tienen validez jurídica alguna* a la luz de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son más bien la fuente (*fons et origo*) de un acto ilícito internacional: a partir de su propia adopción (*tempus commisi delicti*), e independientemente de su aplicación posterior, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen, como ya lo he señalado, al dominio del *jus cogens*. Configurada, por la expedición de dichas leyes, la responsabilidad internacional del Estado, encuéntrase éste bajo el deber de hacer cesar tal situación violatoria de los derechos fundamentales de la persona humana (con la pronta derogación de aquellas leyes), así como, en su caso, de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada.

En mi entender –concluye el Juez opinante–, tanto la jurisprudencia internacional, como la práctica de los Estados y organismos internacionales, y la doctrina jurídica más lúcida, proveen elementos de los cuales se desprende *el despertar de una conciencia jurídica universal*. Esto nos permite reconstruir, en este inicio del siglo XXI, el propio Derecho Internacional, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino más bien antropocéntrico, situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo. Así, en cuanto a la *jurisprudencia internacional*, el ejemplo más inmediato reside en la jurisprudencia de los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy existentes, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos <sup>(17)</sup>. A ella se puede agregar la jurisprudencia emergente de los dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, para la ex-Yugoslavia y Ruanda. Y la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia contiene elementos desarrollados a partir, v.g., de consideraciones básicas de humanidad <sup>(18)</sup>.

---

<sup>17</sup>. El primer Protocolo (de 1998) a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone sobre la creación, - cuando entre en vigor el Protocolo de Burkina Faso, - de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual todavía no ha sido establecida.

<sup>18</sup>. Cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudencia de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles / The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights", *Droits intangibles et états d'exception / Non-Derogable Rights and States of Emergency* (eds. D. Prémont, C. Stenersen y I. Oseredczuk), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 73-89.

No hay que olvidarse jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. El Estado existe para el ser humano, y no *viceversa*. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. Los desarrollos contemporáneos *pari passu* del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y del derecho penal internacional apuntan efectivamente en la dirección de la preeminencia del Derecho, tanto en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, como en las relaciones interindividuales (*Drittwirkung*).

Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas "leyes" de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad.

### **Bibliografía**

- Cançado Trindade, Antonio A.,
    - *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, editorial Fabris, Porto Alegre/Brasil, 2003.
    - U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 1986) - Official Records*, volume I, N.Y., U.N., 1995, pp. 187-188.
  - Loianno, Adelina, *Los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno: habilitación de la instancia y acceso a la justicia*, passim
  - Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al proceso civil*, editorial Temis, Bogotá, 1996.
-

- Morello, Augusto Mario, *Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional*, en Rev. La Ley, 2003-D (diario del 13/06/2003).
- Perelman, Charles, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Díez Picazo, editorial Cívitas, Madrid, 1979.
- Popkin, Margaret, *Pautas para promover la independencia judicial y la imparcialidad*, USAID *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, edición 2002.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 4ª edición Trotta, Madrid, 2002.