

---

# Cuestiones sobre la subsidiariedad del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en relación a los Derechos nacionales de Latinoamérica

Issues about the subsidiarity of the International Criminal Law and the International Human Rights Law regarding National Rights in Latin America

*Mag. Fernando G. Rubio\**

## RESUMEN

Se trata aquí de exponer las razones que llevan a considerar, en el ámbito interamericano, el derecho formado a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos, con la participación determinante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –particularmente en materia de Derecho Penal Internacional– como un efectivo y real Derecho Regional, y no meramente con carácter subsidiario o complementario al ordenamiento interno de cada nación.

\*Abogado por la Universidad del Salvador. Magíster en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada; España. Posgrado en Derecho en la Especialidad de Criminología por la Universidad de Salamanca; España. Abogado Especialista en Derecho y Economía Ambiental por la Universidad del Salvador; Buenos Aires, Argentina. Abogado Especialista en Derecho, Economía y Gestión Ambiental por la Universidad Carlos III de Madrid; España. Fiscal Jefe de la Unidad Operativa IV del Ministerio Público Fiscal de la Provincia del Neuquén; San Martín de los Andes; Argentina.

Dentro de este marco, se ahonda en lo referente a los delitos individuales particularmente graves contemplados en el Derecho Internacional Penal, más específicamente en la situación de las víctimas especialmente vulnerables. Se concluye que no es posible restringir la inaplicabilidad de las normas internas que impidan la real y efectiva investigación y castigo de aquellos delitos cometidos –especialmente– contra estas personas, y que resulta necesario completarlo y remediarlo mediante la consideración de las interpretaciones jurisprudenciales de los Tribunales Internacionales a los efectos de brindar, entre otras garantías, el efectivo acceso a la justicia. En este sentido, se toma como exponente ejemplificativo el instituto de la prescripción.

### **PALABRAS CLAVE**

Derechos Humanos - Derecho Regional – subsidiariedad – complementariedad - víctimas vulnerables - Prescripción

### **ABSTRACT**

*Our aim here is to expose the reasons that lead to consider, in the Inter American system, the Law formed from the American Convention on Human Rights, with the decisive participation of the Inter American Court of Human Rights, mainly in matters of criminal international law, as an effective and real Regional Law, and not merely subsidiary or complementary to the internal order of each nation.*

*Within this framework, we will deepen on individual crimes, particularly serious ones under the international criminal law and more specifically on the situation of the primarily vulnerable victims; concluding that it is not possible to restrict the inapplicability of the internal rules that prevent the real and effective investigation and punishment of those crimes -especially- against these people, resulting necessary to complete it and fix it by considering case law interpretations of the International Tribunals for the purposes of providing, among other guarantees, effective access to justice. In this sense, the statute of limitations is taken as an exemplary exponent.*

### **KEYWORDS**

*Human Rights - Regional Law - subsidiarity - complementarity - vulnerable victims - legal limitations*

Pareciera ser una verdad general e indiscutida, particularmente en el Derecho europeo, y tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional, que el Derecho Penal Internacional funciona con subsidiariedad al Derecho interno de los países, en relación a las conductas violatorias de los derechos humanos por parte de las personas y/o de los Estados<sup>1</sup>.

Ahora bien, al analizar la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se nos abre una visión bastante distinta de la que nos proporcionan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y quizá la Corte Penal Internacional sobre este particular. Parece surgir del Derecho Penal Interamericano, relacionado en forma mucho más directa al derecho de los Derechos Humanos; posiblemente por encontrar antecedentes ontológicos diversos a los de los derechos penales de la comunidad europea e internacional, más relacionados con los crímenes de guerra, y con una construcción dogmática a partir del Derecho Penal<sup>2</sup>; con una visión mucho más integradora, pragmática y sistémica, signada por las continuas violaciones a los derechos personales en este continente y concebida más como un derecho mundial protector de derechos esenciales en la visión de Höffe<sup>3</sup>, y orientada por el *principia máxima* de la dignidad de la persona humana<sup>4</sup>. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha avanzado mucho más allá de la doctrina ordinaria, ya que en los últimos años ha llegado a sostener que las normas internacionales, y las interpretaciones que de ellas realiza la Corte, superan el derecho positivo nacional y, en consecuencia, son de aplicación obligatoria aún en contra del derecho positivo nacional de los Estados americanos que aceptaron su competencia.

1. THOMPSON, J., *Justicia Penal y Derechos Humanos en América Latina*, material de cursado Maestría en Derecho Penal Internacional de la Univ. de Granada, ap. 3.6., 2012. También GIL, A., *Derecho Penal Internacional I*, material de cursado en Maestría en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Granada, ap. II.3.b., 2012.

2. AMBOS, Kai, *La construcción de una Parte General del Derecho Penal Internacional*, ap. I, en e textos de IAEU, en [www.etextos.com](http://www.etextos.com)

3. AMBOS, Kai, *Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, e textos de IAEU, en [www.etextos.com](http://www.etextos.com)

4. En la terminología utilizada por Gros Espiell tomada por GIALDINO, R., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 5.

Siendo así, no parece tener mucho asidero la consideración de tan revolucionaria doctrina solo para algunos delitos, estimados “gravemente violatorios de los Derechos Humanos”, sin haber previamente estructurado una doctrina sobre estos peculiares delitos que merecen un plus de protección; aun frente a otros derechos y garantías personales de la más rancia doctrina penal y del derecho de los Derechos.

Se pretenden plantear estos interrogantes a la luz de la influencia que las resoluciones de la Corte IDH tienen sobre el derecho penal interno de los Estados miembro; como así también de la exclusión o no inclusión de otros derechos de igual o mayor protección por parte del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos.

### 1. Breve referencia a los principios de subsidiariedad y de complementariedad

En forma preliminar, se debe advertir que no se pretende aquí hacer un desarrollo en extenso del discutido y apasionante tema de los principios de subsidiariedad y complementariedad que, por otra parte, se encuentran ampliamente tratados en la legislación internacional, la doctrina y en la jurisprudencia de los organismos internacionales. Nos proponemos, más bien, justificar mínimamente la toma de posición sobre el tema, que resulta un punto de partida para el desarrollo de la idea que se pretende sostener.

Hay cierta coincidencia en la doctrina en considerar que la determinación de ambos principios no es tarea fácil, pues son nociones particularmente ambiguas<sup>5</sup>.

Así, hay quienes abogan por la unificación de sendos conceptos. Sin embargo, no solo se justifica el mantenimiento de ambos, perfectamente delineados, toda vez que tienen una diversa naturaleza jurídico-política; sino que, también desde el Tratado de Roma, se ha establecido el

5. MISKOWIAK, Kristina, *The international Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation*, Copenhagen, 2000, p. 39. También: CAMEVALI, Raúl, *El principio de subsidiariedad y su papel en la determinación de las competencias sancionatorias de la Unión Europea. Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional*, *Ius et Praxis*, v. 15 n. 1, 2009.

principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional para el juzgamiento de los delitos sometidos a su jurisdicción<sup>6</sup>; que se explica como la legítima intervención de una instancia internacional cuando un Estado no pueda o no desee juzgar un crimen de los previstos en el Tratado de Roma.

Este precepto encuentra su basamento en las aspiraciones de la comunidad internacional por que se respeten los Derechos Fundamentales, y también con fulcro fundamental en la conjuración de la impunidad ante las posibles dificultades del funcionamiento de las instituciones nacionales que, a decir de Kai Ambos, conducen a un vacío de punibilidad fáctica. Por otro lado, relaciona en forma indisoluble al Derecho Penal Internacional con el derecho de los Derechos Humanos<sup>7</sup>.

Este principio de complementariedad busca un equilibrio entre las jurisdicciones nacionales e internacionales sin que eso implique una cesión de competencias y sin primacías de jurisdicciones.

Por ello es que no parece adecuado sostener la sinonimia con el principio de subsidiariedad, como se verá a continuación, ya que aquel principio, a diferencia de este último, parte de la base de que las jurisdicciones de los Estados se mantienen inalteradas y solo se ven complementadas con la Corte.

Ahora bien, para clarificar la diferenciación, el principio de subsidiariedad se encuentra expresamente previsto y legislado en extenso en el Tratado de la Unión Europea<sup>8</sup> y en el protocolo (n° 2) sobre la aplicación

6. En su Artículo 1 establece: "Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes mas graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones nacionales [...]".

7. AMBOS, K., *Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 1.

8. En la Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea (2012/C 326/01) dice el artículo 5 (antiguo artículo 5 TCE): 1. "La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2 En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que estos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que

de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Durante mucho tiempo dio lugar a diversas interpretaciones que han llegado a su fin a partir del Tratado de Lisboa, que retomó la formulación que realizara el Tratado de la Comunidad Europea. Además, añadió una dimensión regional y local del principio, en sustitución del antiguo Protocolo de 1997 por el nuevo protocolo (n° 2), y puso así fin a las divergencias doctrinarias de interpretación que se venían sosteniendo.

Pero lo que importa aquí es que, a partir de esta definición normativa, se ha permitido definir ya, con gran claridad, que el principio de subsidiariedad tiene como función general garantizar un cierto grado de independencia a una autoridad inferior respecto de una instancia superior, en particular un poder local respecto de un poder central.

Se refiere, por consiguiente, al reparto de las competencias entre los diferentes niveles de poder, principio que constituye la base institucional de los Estados federales<sup>9</sup>.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5, apartado 3, del TUE, deben cumplirse tres condiciones para la actuación de las instituciones de la Unión conforme al principio de subsidiariedad: 1) no debe tratarse de un ámbito que sea de competencia exclusiva de la Unión; 2) los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros; y 3) la acción, en razón de sus dimensiones o efectos, puede realizarse mejor a escala de la Unión.

A partir de estas clarificaciones, se ha comenzado a abrir ya con nitidez el camino de un Derecho Penal comunitario<sup>10</sup>, que tímidamente se

no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las autoridades de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de acuerdo al Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado protocolo.

9. "El principio de subsidiariedad", Parlamento Europeo, en [www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.2.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf)

10. Resulta por demás interesante el desarrollo que sobre la base del trabajo realizado por Hans-Heinrich Jescheck, realiza el profesor Hans Joachim Hirsch en un interesante artículo titulado:

viene esbozando desde hace unos años; pero ahora con la legitimidad plena que los Estados federales tienen para ello, en función de la mejor realización a escala de la Unión<sup>11</sup>.

Así es que la diferencia entre los principios de complementariedad y de subsidiariedad queda patentizada a poco que se aprecie la enorme distancia existente entre una concepción “adicionalista” del derecho supranacional al derecho de los Estados para el primero de los casos, y una “cesionista” de competencias para la otra.

Ahora bien, me permito destacar que resulta particular la situación que se presenta en la justicia interamericana, en particular en las intervenciones de la Corte IDH creada por la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>12</sup>, ya que no surge de la legislación que sea de aplicación ninguna norma restrictiva de determinación de su competencia en relación a los Estados miembros.

Podría decirse que en el caso de la Corte IDH estamos frente a una situación distinta a la planteada respecto a los dos conceptos que se han repasado; ninguno de estos principios puede ser aplicado, ni el de complementariedad ni el de subsidiariedad. Ello por cuanto no se nutre de cesiones de jurisdicción por parte de los Estados miembros, al menos no en el carácter que hemos visto en la Unión Europea o como sucede en los Estados federados a favor de un gobierno o poder central y único; ni complementa de ninguna manera a las jurisdicciones nacionales.

Parecería que la Corte IDH se ha orientado más a ser una verdadera Corte Superior de Interpretación de los Derechos Humanos con facultades para ordenar a los Estados miembros la adecuación de sus normas y/o fallos; quizá más fiel que ningún otro sistema jurídico internacional

*Internacionalización del Derecho Penal y de la Ciencia del derecho Penal. Ciencia del Derecho Penal nacional y universal*, publicado en Revista Penal N°.

11. También en este sentido: RAMOS TAPIA, M., *El Derecho Penal de la Unión Europea*, material de cursado, 2012.

12. Dice el artículo 33 de la CADH: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención: a. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b. la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.”

al ya referido *principia máxima* de la dignidad humana, donde aquellos encuentran su fundamento ontológico. Esto es reconocido no solo en varios tratados (V.gr.: Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de Belém do Pará; Declaración Universal sobre el Genoma humano y los Derechos Humanos, y por supuesto la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros) sino también por la Corte Europea de Derechos Humanos, quien sostiene que “[...] constituyen un sistema integrado tendiente a proteger la dignidad del ser humano [...]”<sup>13</sup>.

Podría decirse que, en rigor de verdad, sigue un verdadero principio de “completabilidad”, en cuanto añade una dimensión que le falta a los DD.HH. en su tratamiento local con el corsé de las normas internas formuladas para la generalidad de la aplicación del *ius puniendi*; y sin tener presente el “plus” que merecen estas violaciones típicas, lo que concluye con proceso de determinación y lo hace perfecto en su clase<sup>14</sup>. Y en realidad, este “principio” no solo no es desconocido sino que tampoco es ajeno a la Corte Europea de Derechos Humanos, la que ha hecho reiteradas referencias a la “plenitud de la jurisdicción”, arrogándose el poder de pronunciar la última palabra y con efecto obligatorio, en cuanto a la aplicación o la interpretación de la Convención<sup>15</sup>.

No es un tema menor toda vez que del fundamento dado se desprenden cuatro declaraciones del legislador internacional, al decir de Ronaldo Gialdino, que resultarán de trascendental importancia al momento de evaluar más adelante las decisiones de la Corte IDH: 1) Que su obra derivaba de un orden superior en grado que lo precedía en el tiempo y lo superaba en el grado, ya que los tratados de Derechos Humanos parten de la premisa de que los derechos que enuncian son anteriores a toda organización política y social<sup>16</sup>; 2) El origen del derecho Internacional de los Derechos Humanos fue una respuesta o reacción frente al dolor profundo y se escribe al modo de llano reconocimiento; 3) Que los fun-

13. Corte EDH, “Refah Partisi (Parti de la prospérité), et autres v. Turquie”, 31/12/2001, #43

14. Diccionario de la Real Academia Española, 22ª. Edición, verbo “completar”.

15. GIALDINO, R., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

16. Con citas en este punto de Antonio Cancado Trindade, Beatrice Maurer y de la Corte Federal Constitucional de Alemania.



damentos anteriores le daban causa y legitimidad para legislar como lo hace. Y, finalmente 4) reconoce que actúa por la fe en la dignidad y en el valor de la persona humana (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre), concretamente, que no surgen dichos derechos de la letra de la norma sino, más bien y antes, en la propia persona.

De allí que para la Corte IDH puedan pasar a ser verdaderamente relativos los elementos normativos del sistema jurídico de los Derechos Humanos, frente a la existencia de una “[...] conciencia jurídica universal (correspondiente a la *opino juris communis*) [...] constituye [...] la fuente material por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual [...]”<sup>17</sup>.

Con el mayor de los respetos y con anclaje en las breves referencias que se han dado, me permito disentir tanto con Rolando Gialdino en sus brevísimas alusiones generales sobre el punto en su obra, como con el Prof. José Thompson cuando generaliza: “[...] el Derecho Internacional de los derechos humanos (su “segmento internacional”) es complementario del orden interno y su protección internacional es subsidiaria a la interna”<sup>18</sup>.

No me parece que esa generalidad sea aplicable al sistema interamericano por cuanto ya se explicara que aquí no hay condición alguna de complementariedad. La “regla del agotamiento de los recursos internos” es una mera regla de procedimiento que asegura la necesidad de una última y definitiva interpretación de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos. No solo nada se dice sobre la referida complementariedad, sino que tampoco nada se dice en la normativa aplicable a la admisibilidad del avocamiento de la Corte IDH, como en el caso de la Corte Penal Internacional, que deberá analizar (ella misma) la imposibilidad o la falta de intención del Estado miembro de llevar adelante la investigación pertinente<sup>19</sup>.

17. Corte IDH, OC-18/03, # 25)

18. Obra cit., # 3.6

19. Estatuto de Roma: Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad.

1. La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento

Realizada esta breve introducción podemos avanzar en la concatenación lógica del supuesto que trato de desarrollar, para ahora hacer una síntesis del tratamiento jurisprudencial que los distintos sistemas han dado al derecho de los Derechos Humanos a través de la jurisprudencia; ya que, como se dijera, se entiende mucho más trascendente y edificante en esta materia a la *opino juris communis* que a las normas mismas.

## 2. Sobre el tratamiento jurisprudencial del derecho de los Derechos Humanos

### A. En el sistema europeo

Ya se ha manifestado que la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte EDH) ha tenido reiteradas oportunidades de expresar que el sistema de la Unión tiene la doble finalidad de resolver el caso concreto individual y de extender la interpretación de las normas de derechos humanos, que por su naturaleza atañen al orden público, al conjunto de los Estados miembros<sup>20</sup>.

por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

20. Corte EDH, "Kamer vs. Autriche", 24/7/2003, # 26; entre otras.

También me he referido al precepto utilizado por la Corte EDH acerca de la plenitud de la jurisdicción, en total correlación con la necesidad de unificar jurisprudencia, lo que provoca la uniformidad de la legislación interna de los Estados miembros y asegura a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades garantizados en la Convención, tal como lo destaca Gialdino<sup>21</sup>.

Por otra parte, de igual modo, resulta trascendente y guarda gran similitud con otros sistemas lo sostenido por la Corte EDH respecto a la necesidad de cuidar las tendencias que se registren en los Estados miembros<sup>22</sup>; en esta especie de diálogo que se realiza con las jurisdicciones nacionales, donde estas acatan y citan los fallos de la primera, mientras que la Corte EDH sigue con atención las tendencias jurisprudenciales internas. Sin embargo, mientras este último resulta ser solo una mirada enriquecedora de la jurisdicción supranacional, la cita y el seguimiento por parte de los Estados miembros de la jurisprudencia de la Corte EDH es un imperativo del propio sistema europeo. Los Estados miembros no solo deben respetar y ejecutar las sentencias de los casos particulares, sino que, además, deben considerar las posibles consecuencias en relación a otros casos y adoptar las medidas pertinentes en sus propios sistemas jurídicos<sup>23</sup>.

## B. En el sistema universal

En el sistema universal impera la máxima de que el acto que constituye la causa de la violación a los Derechos Humanos no es exclusivo de un poder del Estado. El hecho de que pueda existir una legislación interna contraria a las disposiciones internacionales en modo alguno exime de responsabilidad al Estado, por aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>24</sup>.

21. GIALDINO, R., op. cit.

22. Corte EDH, "Mazurek v. France", 1/2/2000, # 52.

23. Vide: Res. 1226 (2000), 28/9/2000.

24. El artículo 27 de la Convención dice: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

En este ámbito, cobran especial importancia las “decisiones” u “observaciones” que pronuncian los distintos comités, que proyectan sus efectos más allá de los litigios puntuales en los diversos tratados sobre la materia Derechos Humanos, tales como en los casos de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial (art. 14); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (art. 22); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (art. 77); la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas; como así también a través de sus respectivos protocolos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y también, muy recientemente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En efecto, las decisiones u observaciones de los comités se proyectan más allá del conflicto en sí sobre el que se resuelve, ya que en muchas oportunidades son tomadas como fundamento para las resoluciones de los tribunales internacionales en las más diversas materias, como en el caso de la Corte EDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>25</sup>.

Más aún, estos organismos vienen elaborando y señalando desde más de tres décadas las llamadas “observaciones generales” o “recomendaciones generales” que han sido de permanente cita y servido de sustento para gran cantidad de fallos nacionales e internacionales como en el caso de la Corte IDH<sup>26</sup>.

### C. En el sistema interamericano

Preliminarmente, me permito recordar las peculiares características del

25. Sobre el punto, *Vide*: Corte IDH *in re* “Velásquez Rodríguez”, # 28; “Godínez Cruz”, # 26; “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, # 166; e Informes 52/02, 38/00, 56/02, y 4/01 de la Comisión IDH entre otros muchos.

26. *V.g.*: en Argentina: CSJN, Fallos: 333:1361, y 333:2306 entre otros; y en la Corte IDH *in re*: “Acevedo Buendía y otros.

sistema interamericano de Derechos Humanos que tiene como base a la Carta de la Organización de Estados Americanos, de 1948, y que adopta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre al enumerar una lista de derechos reconocidos en el ámbito interamericano y proyectar un desarrollo futuro<sup>27</sup>; y si bien crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión IDH)<sup>28</sup>, no introduce ningún mecanismo para la tramitación de los casos individuales. Recién en 1959 se inicia la emisión de informes por país y se procurando información por sus propios medios; para luego en 1967 quedar instituida como órgano permanente de la OEA. Ya en 1969 esta institución adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos que por ser un Tratado multilateral conlleva obligaciones internacionales derivadas y crea al lado de la Comisión, como tribunal especializado en la materia, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; instituyendo un sistema dual.

Dentro de este sistema, la Comisión IDH tiene un ámbito de legitimación de presentaciones muy amplio ya que pueden presentarse comunicaciones individuales por parte de cualquier persona o grupo de personas o entidades no gubernamentales<sup>29</sup>.

Tal como fuere explicado precedentemente, al lado de la Comisión, la Convención ha creado a la Corte IDH con una amplia competencia. Enseña el Prof. José Thompson<sup>30</sup> que la primera de ellas es la competencia contenciosa en la que resuelve sobre comunicaciones individua-

27. Considerando cuarto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: "Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias"

28. Artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos: "Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.

29. Art. 44 de la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre.

30. Obra citada párrafo 2.5.

les, en última instancia constatando o no violaciones a la Convención y estableciendo las responsabilidades que surgieren. Para ello, resulta necesario que la Comisión IDH o un Estado parte lleve el caso a su conocimiento, pues no existe acceso directo por parte del individuo. La segunda es la competencia consultiva que le permite a la Corte IDH emitir opiniones sobre la interpretación de los derechos humanos aplicables al sistema interamericano. Finalmente, la tercera concierne a la posibilidad que tiene la Corte IDH de disponer medidas provisionales en situaciones en las que exista riesgo de que se produzcan consecuencias irreparables para las personas<sup>31</sup>.

No obstante, a mi modesto criterio, la mayor importancia de la Corte IDH en el sistema interamericano resulta de su carácter de máxima entidad jurisdiccional pues completa, con sus interpretaciones sobre la materia, el trámite jurisdiccional del caso concreto e influencia, cuando no se impone desde su autoridad sancionatoria administrativa, las legislaciones y resoluciones jurisdiccionales nacionales.

Es así que, conforme lo aquí expuesto, entiendo que el tratamiento de los Derechos Humanos en el ámbito de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos resulta compatible con un verdadero Derecho Regional con coherencia y unidad de sistema, y no un simple derecho de carácter subsidiario o complementario.

### 3. Referencias sobre las llamadas “graves violaciones a los derechos humanos”

La noción de “graves violaciones a los derechos humanos”, o simplemente “violaciones graves” de las obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general, es de, desde ya, compleja determinación, toda vez que, amén de no existir ningún documento que las explicita y/o normatice, se encuentre entrelazada con el concepto de *ius cogens* retomado después de muchos años por la Convención de

31. Art. 63 de la Convención Americana sobre los Derechos del hombre.

Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>32</sup>. Es justamente a partir de allí que puede ir trazándose una posible definición, no todavía de las “graves violaciones”, pero sí de las referidas “normas imperativas del Derecho Internacional General”. De hecho, se han realizado varios intentos al respecto, aunque todos han sido criticados por incompletos o por no responder a la verdadera esencia de estas normas, tal como señala Ronaldo Gialdino <sup>33</sup>.

Lo que resulta bastante claro es que el legislador internacional ha optado por esperar que la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales dieran contenido preciso a los alcances de la regla. Se adelantaron también al surgimiento de eventuales nuevas normas imperativas (*ius cogens superveniens*)<sup>34</sup>. Esta última circunstancia resulta ser de suma importancia en el planteo que aquí se pretende realizar, como se verá más adelante.

Justamente, este carácter dinámico y relativamente abierto de las normas imperativas de derecho internacional es el que permite sostener la posibilidad de admitir un *ius cogens* regional, tal como parece emanar de los Dictámenes de la Comisión IDH<sup>35</sup>.

Asimismo, hay autores –con los que coincido– que sostienen que el llamado *ius cogens* regional, en realidad, resultaría ser una especie de “orden público regional” que podría derogar una norma general del derecho internacional consuetudinario, pero no una de valor imperativo<sup>36</sup>.

32. El art. 53 expresa: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

33. Op. cit. p. 274/275.

34. GIALDINO, Ronaldo, op. cit., p. 276.

35. Dictámenes de la Comisión IDH en “Roach y Pinkerton – Estados Unidos”, “Michael Dominguez – Estados Unidos” e Informe 3/87, 22/9/1987, # 57.

36. CEBADA ROMERO, A., *Los conceptos de obligación “erga omnes”, “ius cogens” y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por los hechos ilícitos*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 4, 2002.

## A. Alcances del término según la doctrina y los organismos internacionales

El alcance del término “graves violaciones a los derechos humanos” es medido en función de las referidas violaciones graves de las obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho Internacional General. Estas, en líneas generales, parten de los llamados “crímenes internacionales” y conforman el Derecho Penal Internacional, extensamente tratado por autoridades en la materia como el Prof. Kai Ambos<sup>37</sup>.

Pero no son los únicos. La Prof. Alicia Gil Gil ha conceptualizado al Derecho Penal Internacional como: “[...] el sector del ordenamiento internacional cuya función es proteger, de los bienes vitales que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves”<sup>38</sup>.

Y señala también que: “Son bienes jurídicos del orden internacional la propia existencia de los Estados, la existencia de determinado tipo de grupos humanos, la paz internacional, etc., pero también lo son los bienes jurídicos individuales fundamentales como la vida humana, la salud individual, la libertad, etc., pues se trata de bienes sin los cuales no es posible la existencia de ningún sistema social”.

Va de suyo, entonces, que el término incluye sin cortapisa alguna a los delitos internacionales tipificados en el Tratado de Roma en sus artículos 6, 7 y 8<sup>39</sup> con sus respectivos *actus reus* y *mens rea*. Pero estos mismos delitos también se han ido incorporando poco a poco, más allá de los respectivos “elementos de contexto” y de “intensión especial” de los crímenes internacionales, como dan cuenta los fallos de las Corte IDH y Corte EDH<sup>40</sup>.

37. AMBOS, K., *La construcción de una Parte General del derecho Penal Internacional*, e textos de LAEU, en [www.ctextos.com](http://www.ctextos.com)

38. GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional I, II, y III*, material de cursado, Maestría en Derecho Penal Internacional, Universidad de Granada, 2012.

39. Para su análisis en profundidad y desarrollo de los Elementos de los Crímenes, ver: AMBOS, K., *La Corte Penal Internacional*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2007.

40. V.g.: Corte IDH, “Bueno Alves”, #76; Corte EDH, “Al-Adsani v.Royaume-Uni”, 21/11/2001, # 60/61.; entre otros.



También fueron introducidos otros bienes del orden internacional como “el acceso a la justicia”<sup>41</sup>, el “derecho al debido proceso”<sup>42</sup>, de “igualdad ante la ley y no discriminación”<sup>43</sup>, la “imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”<sup>44</sup>, la “desaparición forzada de personas”<sup>45</sup>, la “obligación de investigar los delitos contra los derechos humanos”<sup>46</sup>, y el derecho a “la vida”<sup>47</sup>.

Sobre este punto, he de señalar que no comparto las posiciones que sostienen que solo se debe considerar violatoria de los derechos humanos la pérdida de la vida en forma “arbitraria”<sup>48</sup>. En mi opinión, nunca el derecho a la vida puede estar sujeto a condiciones –salvedad hecha de las situaciones de guerra u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados, que por formar parte también de los bienes jurídicos protegidos cuenta con un derecho especial que contempla tales situaciones–. Ninguna condición puede imponérsele a la protección de este bien jurídico individual y de la humanidad.

## B. Las víctimas. Su consideración dentro del derecho de los Derechos Humanos

Por muchísimos años, en el llamado Derecho Penal tradicional ha sido el imputado el centro del proceso y todo ha girado en torno a la determinación o no de su culpabilidad; mientras que la víctima u ofendido se ha limitado a un papel más que marginal según las distintas legislaciones y aún en el Derecho Penal Internacional, en contraste con el proceso civil donde el ofendido juega un papel decisivo como demandante, cuando, por el contrario, en el procedimiento penal, es reemplazado por el fiscal<sup>49</sup>.

41. Corte IDH, “La Cantuta”;

42. Corte IDH, “López Álvarez”

43. Corte IDH, O.C. -18/03, #101

44. Corte IDH, “La Cantuta”.

45. Corte IDH, “Goiburú y otros”

46. Corte IDH, “La Cantuta”.

47. Corte IDH “Baldeón García” y Corte Internacional de Justicia O.C. 9/7/1996, Reports 1996, # 25.

48. GIALDINO, Ronaldo, Op. cit.

49. HIRSCH, H.J., *El derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad*, Derecho Penal – Obras completas, T° II, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 67 y ss.

Sin embargo, esta tendencia está en vías de profundos cambios, no solo en Europa –particularmente en Alemania–, sino también en América, a través de los nuevos códigos procesales penales de tono acusatorio puro y con aplicación de criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal en manos de las Fiscalía –en particular en la provincia argentina de Neuquén–, donde la víctima ha cobrado una trascendental importancia, y se tornó en la verdadera protagonista del proceso, a quien todo se le consulta, y debe ser escuchada por el Estado. Esto de ninguna manera significa que las víctimas se transformen en los nuevos “dueños” del proceso penal “privatizado”, pues la decisión última sigue encontrándose en manos del Estado.

Acierta Edgardo Donna<sup>50</sup> al sostener que estos nuevos modelos de mayor protagonismo de las víctimas, con novedosos institutos como la conciliación y la mediación penal, que al día de la fecha han dado excelentes resultados<sup>51</sup>, implican un cambio de paradigma con una especie de regreso a las penas de enmiendas del derecho germano. De acuerdo con él, en primer lugar, se trata de que todo daño sea enmendado, mas se enrola entre los tremendistas de la expansión del Derecho Penal<sup>52</sup>. Excede las finalidades de este trabajo la tan rica y cautivante disputa doctrinaria que desde las cátedras alemanas se nos propone<sup>53</sup>.

En general, en la legislación americana se ha omitido conceptualizar a las víctimas, a excepción del Código de Procedimiento Penal colombiano<sup>54</sup> y del novísimo Código Procesal Penal del Neuquén –Rep.

50. DONNA, E., “Las Palabras, los Hechos y la Víctima en el Derecho Argentino” en *Víctimas especialmente vulnerables*, Revista de Derecho Procesal Penal, número extraordinario, 2012, pp. 150 y ss.

51. Ver estadísticas publicadas por el Poder Judicial de la Provincia del Neuquén –Argentina– en [www.jusneuquen.gov.ar](http://www.jusneuquen.gov.ar)

52. Vide también: VELASQUEZ, V. F., *Globalización y Derecho Penal*, Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo, 2011 en [www.unifr.ch/derecho penal/documentos/articulos](http://www.unifr.ch/derecho%20penal/documentos/articulos)

53. HIRSCH, H.J., *Acerca de la posición de la víctima en el derecho Penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*, Derecho Penal – Obras completas, T° III, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 191 y ss.

54. Conforme al art. 132 se entiende que son víctimas las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derecho, que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del delito.

Argentina<sup>55</sup> vigente desde Febrero del 2014; ambos en consonancia con la caracterización que de ellos hace Julio Maier<sup>56</sup>, que opta por la terminología de “ofendido” del derecho procesal penal, más apropiada, a su criterio. También adopta esta terminología el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación Argentina (para el Estado Federal).

Mientras tanto, la Naciones Unidas han definido a las víctimas de la siguiente forma: “Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que individual o colectivamente, haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”<sup>57</sup>.

Y a ello se suman otros instrumentos internacionales que prevén la protección judicial de la víctima, mucho más allá de la consideración legislativa particular de los Estados; con carácter de norma general imperativa del Derecho Internacional.

Así lo han previsto la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>58</sup>, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>59</sup> y la Declaración Universal de Derechos del Hombre<sup>60</sup>.

55. Art. 60: “Definición de víctima. Este Código considera víctima al ofendido directamente por el delito y, cuando resultare la muerte de aquel, al cónyuge y a los hijos, al concubino, a los ascendientes; a la persona que convivía con él al momento de la comisión del delito, ligada por vínculos especiales de afecto; a los hermanos; o al último tutor, curador o guardador...”

56. MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, T° II Parte General, Sujetos Procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 582.

57. Naciones Unidas, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder, AG Resol. 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

58. Art. 25 inc. 1): “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

59. Art. XVII: “Toda persona puede concurrir 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”

60. Art. 8°: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por

Todas estas normas dan cuenta del ya referido carácter de norma general imperativa del derecho internacional no solo a la tutela judicial efectiva y al derecho a ser oída de los ofendidos, sino también a

[...] saber en tiempo razonable la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos<sup>61</sup>.

### C. Las víctimas especialmente vulnerables

Ahora bien, no todos los ofendidos o víctimas (en el contexto de un Derecho Penal, como propone Maier) presentan el mismo grado de vulnerabilidad, sea por su condición física o de género. Se sostiene que hay “víctimas especialmente vulnerables” y que necesitan una atención especial, no mayor ni menor, puesto que también es norma de los Derechos Humanos la igualdad de las personas en situaciones iguales. Pero, en determinadas situaciones, las condiciones entre las personas son distintas y necesitan enfoques o protecciones diferentes.

Dentro de este concepto entiendo que quedan comprendidas las víctimas sobre las que los Estados miembros han formulado una legislación internacional especial de protección específica, a saber: los niños<sup>62</sup>, las mujeres<sup>63</sup>, personas con discapacidades<sup>64</sup>, los ancianos<sup>65</sup> y los migrantes<sup>66</sup>. Al mismo tiempo, se han expedido también los organismos y tribunales Internacionales sobre la especial consideración hacia ellos.

la constitución o por la ley.

61. Corte IDH, 18-9-2003, “Bulacio c/ Argentina”.

62. Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño.

63. Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

64. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad.

65. Principios de la Naciones Unidas a favor de las personas de edad.

66. Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y su Familia.

Muy cierto es que no se han creado los contornos precisos de los derechos de esta víctimas, mas resulta muy evidente que el sistema interamericano, y en particular la Corte IDH como órgano de control y último intérprete de la Convención, desde hace ya varios años viene poniendo un importante énfasis en los derechos de las víctimas de delito y, en consecuencia, ha particularizado sobre los Estados miembros la necesidad de investigación de los hechos, el enjuiciamiento de los sospechosos y el castigo de los autores de delito.

Y si bien en general se han aprovechado casos de crímenes internacionales, delitos contra la humanidad y graves violaciones de derechos humanos para formular estas saludables posturas que denotan una visión más amplia y generosa de los derechos fundamentales de las personas, que no pasan exclusivamente por los de los enjuiciados; ya se puede apreciar con cierta nitidez la paulatina creación pretoriana de un nuevo derecho humano de las víctimas, que es inmanente a la Convención <sup>67</sup>.

Lo cierto es que el sistema interamericano les reconoce a las víctimas los derechos humanos a la averiguación oficial de lo sucedido como manifestación del derecho a la verdad, al sometimiento a proceso penal del imputado por el hecho y también a obtener una sentencia condenatoria para el culpable del delito, obviamente, previo juicio.

Así, la jurisdicción de San José de Costa Rica ha sostenido que el Estado tiene el deber de investigar *ex officio*, a la mayor brevedad posible, con seriedad, imparcialidad, de manera efectiva y adecuada, de modo tal que no dependa de la iniciativa o impulso procesal de la víctima o de la aportación privada de elementos probatorios<sup>68</sup>. A continuación, explica que el Estado tiene el deber de realizar estas investigaciones no solo para tutelar los derechos de las víctimas y de sus familiares, o para determinar la identidad de los responsables y castigarlos, o para reparar e indemnizar como corresponde los daños causados, sino además para satisfacer el “derecho a la verdad”.

67. Vide: PASTOR, D., “El estatuto jurídico de la Víctima Menor de edad en las Decisiones del sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Víctimas Especialmente Vulnerables*, Op. cit., pp. 232 y ss.

68. Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El salvador”, # 128.

Ahora bien, por razones de estricto espacio y síntesis adelanto que me habré de referir a continuación únicamente a las situaciones particulares de las víctimas niños y mujeres; puesto que las proyecciones y/o derivaciones que se produzcan desde las perspectivas de estos tipos especiales de víctimas particularmente vulnerables, sin mayores esfuerzos interpretativos, se podrán hacer extensivos al resto de ellas.

### C. 1. Las víctimas niños

Como fuere expresado más arriba, hasta el momento los organismos creados por la Convención Americana de los Derechos Humanos no han formulado, mediante su jurisprudencia, un estatuto preciso de los derechos particulares que conformarían el catálogo de tratamiento jurídico otorgado por este sistema interamericano a los menores víctimas del delito. Sin embargo, se puede comenzar a delinearlos con bastante claridad a partir de la jurisprudencia del sistema.

Así se ha ido perfilando, casi como norma genérica en los casos bajo tratamiento de la Corte IDH, la realización de un examen del conjunto de las actuaciones judiciales internas y el establecimiento de si resulta o no evidente que en el proceso se hubieren violado los criterios sobre el deber de investigar, el derecho de ser oído y a un recurso efectivo por aplicación de los arts. 1.1, 8 y 25 de la Convención<sup>69</sup>.

En el mismo caso (entre muchos otros), también se sostuvo que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *copus juris* internacional de protección de los niños, que debe servir a la Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana<sup>70</sup>.

También se sostuvo que los niños víctimas tienen no solo los de-

69. Corte IDH, Caso "Niños de la calle" o "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala", Sent. De 19/11/99.

70. Convención Americana de los Derechos Humanos. Art. 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"

rechos humanos que le corresponden a todos los seres humanos, sino que además han de reconocérseles derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, como lo dispone el art. 19 de la Convención ADH, que debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan protección especial<sup>71</sup>. En este mismo pronunciamiento, el Sr. Juez Cancado Trindade recaló el amplio alcance que corresponde darle al derecho de acceso a la justicia en los planos nacional e internacional de los niños como sujetos de derechos, que de ninguna manera pueden ser tenidos como simples objetos de protección; debe reconocérseles la personería jurídica pertinente, con prescindencia de su capacidad jurídica para ejercer sus derechos.

Resulta de trascendental importancia e interés para el presente trabajo lo resuelto por la Corte IDH al señalar que los niños ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal y, en consecuencia, el aplicador del derecho deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordarle la participación pertinente en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se deberá procurar un mayor acceso del menor al examen de su propio caso; deben ser informados y escuchados directamente o a través de un representante, si lo desea, y si llegaran a plantearse intereses contrapuestos con sus padres, es necesario que el Estado garantice que los intereses del menor sean representados por alguien ajeno a ese conflicto<sup>72</sup>.

## C. 2. Las víctimas mujeres

El tema del reconocimiento de los derechos de la mujer, su protección, la lucha contra la violencia de género, la defensa de la igualdad y la no discriminación han sido objeto de estudio y análisis desde hace ya más de cinco décadas. El resultado de esos estudios ha influenciado indudablemente no solo en la confección de políticas de los Estados en

71. Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", Sent. del 2/9/2004.

72. Corte IDH, Caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", # 199.

forma individual y en la formulación de proyectos y normas internacionales, sino también en los organismos internacionales en sí, que han ido creando jurisprudencia sobre el tema y que, como en el caso de los niños, han comenzado a definir los contornos de los derechos humanos comprometidos<sup>73</sup>.

En el ámbito de la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, se han fijado algunos preceptos definitorios en relación a la condición de mujer víctima de violaciones a sus derechos. Considerar que el conflicto suscitado entre los esposos, cuando la mujer era golpeada sistemáticamente por su marido, resulta ser un “problema particular o marital”, se da de bruces con la obligación de las autoridades de proteger la vida familiar de sus demandantes<sup>74</sup>.

Otro aspecto trascendente destacado por la Corte EDH es que los Estados tienen la obligación de arbitrar las medidas pertinentes para proteger la integridad física y mental de las personas vulnerables, víctimas de violencia familiar<sup>75</sup>.

Particular importancia cobra lo resuelto también por la Corte de Estrasburgo, cuando sostuvo que la violación de una detenida por un agente del Estado es considerada un trato particularmente grave y aberrante. Se tuvo en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y su fragilidad frente al agresor, así como las múltiples violaciones a las que había sido sometida y los actos crueles constituían torturas<sup>76</sup>.

En el caso de las decisiones de fondo de la Comisión IDH, encontramos particularmente destacable la determinación de considerar que la ineficacia judicial, al no haber sancionado al agresor durante diecisiete años, creaba un ambiente facilitador de violencia doméstica<sup>77</sup>.

73. Vide: MEDINA, G., *Violencia de Género y Violencia Doméstica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2013, pp. 393 y ss.

74. Corte EDH, Caso “Bevacqua y S. c/ Bulgaria” (N° 71127/01), del 12/6/2008.

75. Corte EDH, Caso “Hajduova c/ Eslovaquia” (N° 2660/03), del 13/11/2010.

76. Corte EDH, Caso “Maslova et Nalbandov c/ Rusia” (N° 839/02), del 24/1/2008.

77. Comisión IDH, Caso “María da Penha Maia Fernandes”.



Pero la tarea de mayores dimensiones ha sido desarrollada por la Corte IDH al dictar varias sentencias paradigmáticas para el desarrollo de los estándares jurídicos sobre la violencia contra las mujeres. Por sus particulares y trascendentales definiciones, habré de comenzar por puntualizar aquella en la que, por primera vez, se sostuvo que la violencia de género es una forma de discriminación de acuerdo con los precedentes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Se elaboró también una no menos trascendente definición de violencia sexual configurada con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento que, además de comprender la invasión física del cuerpo, puede incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno<sup>78</sup>.

Por último, la Corte ha elaborado una verdadera dogmática en relación a los abusos sexuales, confirmando la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia y de garantizar el adecuado acceso a la justicia ante casos de violencia sexual, y señalando que: a) la violencia sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres; b) la violación sexual puede constituir una tortura, aun cuando fuera un solo hecho u ocurriera fuera de instituciones estatales; c) la violación sexual vulnera los derechos esenciales de la vida privada de la persona, su intimidad, anulando su derecho a tomar libremente sus decisiones; d) ante un acto de violencia hacia la mujer, las autoridades deben investigar con eficacia, se debe rechazar todo tipo de violencia contra las mujeres, el Estado debe brindar confianza a las víctimas; e) evitar la revictimización; y f) la declaración de la víctima resulta fundamental en la investigación, juzgamiento y sanción de los hechos<sup>79</sup>.

#### **A. Necesidad de expansión de la jurisprudencia a otros delitos con especial consideración a las víctimas**

La profusa jurisprudencia hasta aquí reseñada por parte de los organismos y tribunales Internacionales nos permite tomar dimensión del verdadero carácter de determinados delitos, que nuestros tribunales nacio-

78. Corte IDH, Caso "Penal castro Castro vs. Perú".

79. Corte IDH, Caso "Inés Fernández Ortega".

nales han tildado de “comunes”, por contraposición a los que implican serias violaciones a los derechos humanos.

Ocurre que una gran cantidad de doctrinarios sigue aferrándose a la idea decimonónica del Derecho Penal, símbolo inalienable del poder del Estado y de la soberanía real (por delegación divina); empero, sin advertir los profundos cambios introducidos con el ensanchamiento del sistema penal a partir de los tratados internacionales de la materia, que han sido sintetizados hasta aquí.

El Caso “Bulacio vs. Argentina” ha venido a poner sobre el tapete esta necesaria re interpretación del Derecho Penal y del derecho de los Derechos Humanos. Desde que la Corte IDH sostuvo una restricción a las garantías de los imputados de delito que habían obtenido la prescripción de la acción penal por el transcurso del tiempo, conforme las disposiciones del derecho interno, a raíz del incumplimiento del Estado de la obligación de juzgamiento de violaciones a los derechos humanos; confirmando la inaplicabilidad de las disposiciones de prescripción o de cualquier otro obstáculo a la perseguibilidad penal que la acompañarían como consecuencia inherente.

Un sector importante de la doctrina de nuestro país ha sostenido que, para analizar las consecuencias de la obligación internacional asumida por la Argentina y las consecuencias de la referida sentencia de la Corte IDH, resulta necesario diferenciar tres situaciones disímiles, a saber: a) cuando las conductas lesivas sean atribuibles a particulares, b) cuando las conductas lesivas involucran la participación de agentes estatales, y c) cuando las conductas lesivas configuran crímenes internacionales<sup>80</sup>.

En prieta síntesis, sostienen que solo en el caso de que las graves conductas lesivas provengan de la configuración de crímenes internacionales se exceptiona la regla de la prescripción, con fulcro en la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de les humanidad como única norma del Derecho Internacional aplicable.

80. DUFFY, M. V., *Obligación internacional de investigar y esclarecer violaciones de derechos humanos*, X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, 2012.

Desde ya que este solitario argumento no puede prosperar pues, olvidan quienes lo sustentan, que la Corte IDH ha sostenido que ante graves violaciones a los derechos humanos son inadmisibles las amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables<sup>81</sup>.

Ahora bien, ha quedado ya claro que la Corte IDH ha considerado que cuando un Estado no investiga seriamente violaciones de derechos cometidas por particulares se comporta como auxiliador del imputado al gestarle –desde su omisión– una situación de impunidad<sup>82</sup>, manteniendo con su falta de diligencia la situación de poder gestar el hecho ilícito, en detrimento de la víctima. En consecuencia, una vez vigente la obligación de investigación y juzgamiento a cargo del Estado, las omisiones tendientes a eludir su cumplimiento comprometen su obligación internacional, y no solo desde el derecho de reparación sino, a tenor de su complicidad, como una grave violación a los derechos humanos de la víctima. Resulta, en ese caso, de plena aplicación en el entuerto la excepción a las reglas de prescripción, de mero orden interno.

Me permito aquí hacer un paréntesis para tratar someramente el tema de la naturaleza del instituto de la prescripción.

Parte de la doctrina sostiene que el instituto de la prescripción es una suerte de sanción a la ineficacia de los órganos del Estado que persiguen el delito, mientras que para otros tiene fundamento en el potencial peligro para la dignidad de las personas que el poder penal implica, al prolongar indefinidamente la duración de los procesos penales <sup>83</sup>.

Mientras que, para la mayoría de los autores, la prescripción en materia penal es un modo político de extinguir la acción<sup>84</sup>. Más en extenso,

81. Corte IDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú” entre otros.

82. Corte IDH, “Caso Godinez Cruz vs. Honduras”, entre otros.

83. ALMEYRA, M., *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho Penal – Parte General –*, La Ley, Buenos Aires, T° I, 2011, pp. 488/489.

84. LAJE ANAYA – GAVIER, *Notas al Código Penal Argentino*, Marcos Lerner, Córdoba, T° I – Parte General, 1996, p. 352.

sostiene la doctrina que el instituto de la prescripción se cimenta en razones de política legislativa y abreva en dos motivaciones básicas: por un lado, en el mero transcurso del tiempo, que se traduce en una especie de olvido del hecho por desaparición de sus efectos, y por otro, en la impresión moral negativa a que diera lugar como pautas que animan la inutilidad de la persecución penal<sup>85</sup>.

En este sentido, me permito resaltar que la prescripción es un instituto de orden legal, no constitucional. La prescripción solo posee una vinculación instrumental con normas constitucionales, en tanto configura una de las reglamentaciones posibles y flexibles del principio constitucional e internacional de plazo razonable de duración del proceso<sup>86</sup>.

Por otro lado, existe una desvinculación de la prescripción con las circunstancias que pertenecen al acontecer del hecho o aquellas de las que depende su punibilidad; nadie puede confiarse de que no será castigado porque se va a producir la prescripción, ya que la prescripción no existe al momento del hecho.

De tal forma, el instituto de la prescripción no guarda vinculación directa con garantías sustanciales del imputado, por lo que puede ser objeto de limitaciones o excepciones.

En definitiva, nos encontramos frente al análisis de la imprescriptibilidad de los delitos contra los Derechos Humanos, nuevamente ante una condición de determinación, en el ámbito del sistema interamericano al menos, los cuales configuran “graves violaciones a los derechos humanos”. En consecuencia, como dijera anteriormente, a la luz de la jurisprudencia del Derecho Internacional, no puede considerarse limitada a los delitos de tortura, ejecuciones sumarias o extralegales y las desapariciones forzadas. Y aún así, algunos delitos llamados comunes, como las violaciones, a tenor de la jurisprudencia reseñada, también podrían entrar en la conceptualización de “torturas”.

85. CREUS, C., *Derecho Penal – Parte general*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 371.

86. Arts. 6.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Humanos; 14.3.c y 9.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; 8.1 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 40.2.b.III de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, entiendo que no puede restringirse la inaplicabilidad de las normas internas que impiden la real y efectiva investigación y castigo a aquellos delitos ora cometidos por funcionarios del Estado, ora a los considerados crímenes internacionales, a tenor de las disposiciones del Tratado de Roma.

Más aún cuando estamos en presencia de delitos cometidos contra personas particularmente vulnerables, casos en los que debe ampliarse la consideración de estos, conforme la interpretación jurisprudencial de los tribunales Internacionales, de forma tal que los comprendan y remedien.

#### 4. Algunas consecuencias de la aplicación del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos sobre los Derechos internos nacionales, a modo de ejemplo:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el que se diera a llamar en doctrina, los autos “Derecho I” del 11/7/07 (D.1682, XL, causa 24.079) dijo que: “El deber de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos no puede constituir fundamento autónomo suficiente para proseguir el ejercicio de una acción penal que ha sido declarada extinguida cuando el hecho investigado no es un delito imprescriptible” (del dictamen del procurador general de la nación a cuyos fundamentos y conclusiones adhiere el voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni) .

En este contexto, me permitiré hacer algunas observaciones, a saber: En primer lugar, este fallo parecería no diferenciar adecuadamente las violaciones a los derechos humanos con los llamados en la doctrina más moderna como los *core crimes*, entendidos como los delitos más graves que ofenden a la comunidad toda, incluida la internacional, que si bien son base para la consideración de las violaciones a los derechos humanos, no puede desoírse también su primordial y primario llamado avocativo a los delitos individuales, en una relación de especie a género; de allí el interés de los Tribunales Supranacionales en su consideración<sup>87</sup>.

87. (vide: AMBOS, Kai, *Los delitos más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional*, <http://jura.uni-goettingen.de/k.ambos>).

Por otra parte, esta decisión también obvia el carácter particular y el interés supranacional en la protección integral de los niños y en la especial protección de la mujer. En los tres casos, ello resulta ser así, por aplicación de las normas constitucionales de prelación de las leyes (en el caso, los tratados con rango constitucional) que marcan la inaplicabilidad de las normas de la legislación ordinaria y por la debida aplicación directa (conforme la más reciente doctrina de nuestra CSJN) de la doctrina que emana de las cortes internacionales, en particular (porque nuestra CSJN así lo ha sostenido en forma expresa) la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con relación a la concreta aplicación de la legislación interna ordinaria de nuestro Estado (en el caso, el instituto de la prescripción), y en particular en consideración a los crímenes de lesa humanidad, en la referida oportunidad del dado a llamar caso "Derecho I", nuestro Címero Tribunal Nacional sostuvo en el año 2007:

Una interpretación armónica y sistemática de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales, la Constitución Nacional y los propios Fallos del Máximo Tribunal interamericano permite afirmar que lo vedado a los Estados por el deber de garantía (art. 1°.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es el dictado de leyes o de cualquier otra disposición con la finalidad de impedir la investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad), pero de ningún modo puede ser entendido como prohibiendo que esos hechos queden sometidos a las reglas generales de extinción de la acción y de procedimiento, por la sola razón de que su aplicación pudiera conducir al dictado de una absolución o de un sobreseimiento. Expresado de una manera drástica, sería inadmisibles postular que no debería regir la regla de exclusión respecto de una confesión obtenida con tormentos, porque ello podría tener como consecuencia que no pudiera continuarse la persecución penal por un delito que constituye una violación de los derechos humanos. Pero también la autolimitación en el tiempo del poder punitivo estatal, la irretroactividad de la ley penal y tantos otros institutos jurídicos más son igualmente valiosos y poseen rango de derecho fundamental y, en tanto no haya ninguna sospecha de que la modificación del régimen de alguno de ellos obedece exclusivamente al propósito de otorgar impunidad a personas imputadas por graves violaciones de los derechos humanos, no hay razón para su no aplicación a los casos concretos

(del dictamen del procurador general de la nación a cuyos fundamentos y conclusiones adhiere el voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).

A partir de allí, nuestros tribunales, tanto ordinarios como federales y de distintas instancias, han ido elaborando una doctrina a favor del mantenimiento de los institutos del derecho penal, para el caso de los crímenes individuales. Más aún hasta el día de hoy, se siguen emitiendo fallos en similar sentido.

Sin embargo, ante el control del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en los autos “Bueno Alves v. Argentina”, el tribunal internacional amonestó a nuestra Corte Suprema de Justicia por lo que entiende es una incorrecta interpretación del Derecho a aplicar, en tanto se expresó en la forma precedentemente expuesta, que confirma la declaración de prescripción sin investigar el hecho en cuestión.

Así las cosas, se origina un nuevo pronunciamiento de nuestra CSJN en la misma causa en la que ya se había expedido cinco años antes y que se dio a llamar en doctrina, los autos “Derecho II” (CSJN; 29/11/11; causa n° 24.079; D. 1682, XL).

Allí, el Máximo Tribunal nacional revé su postura precedentemente expuesta mediante una *sui generis* (por inexistente en nuestro derecho procesal) “Sentencia aclaratoria” de la anterior sentencia, acatando los preceptos y doctrina que surgen del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los autos “Bueno Alves v. Argentina”.

Lacónicamente, como era de esperarse, en el voto de la mayoría en el considerando (2), se expresó:

Con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en sentencia “Bueno Alves v. Argentina”, notificada a este Tribunal el 21 de Septiembre de 2007–, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria articulado, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplimenten las pautas fijadas en dicho fallo (del voto de los jueces Highton de Nolasco, Petracchi y Zaffaroni).

Mucha más luz sobre la cuestión arroja el voto del Dr. Maqueda, que por didáctico y clarificante me permitirá transcribir en forma íntegra:

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso “Bueno Alves v. Argentina”, se refiere a un conjunto de circunstancias denunciadas por el Sr. Bueno Alves y reconocidas por el Estado argentino, que fueron objeto de investigación en diversos procesos judiciales en el orden interno, entre las que se incluye la causa n° 24.079, cuyo incidente por prescripción de la acción penal tramita actualmente ante estos estrados. La Corte Interamericana consideró que los hechos denunciados en la instancia internacional constituían un caso de torturas, y que si bien “no significaban que debían ser calificados per se como delito de lesa humanidad”, sí se trataba de una vulneración grave de derechos humanos, y dispuso que el Estado argentino debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencia que la ley prevea. (4) En cuanto al alcance del deber estadual de investigar, precisó que resulta imperativo y que deriva del Derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por acto o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Dicha interpretación ha tenido en cuenta el precedente de esa misma Corte, también pronunciado respecto a nuestro país, en el que sostuvo que es inadmisibles la invocación de cualquier instituto de derecho interno, entre los que se encuentra la prescripción, que pretenda impedir el cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, en los términos de las obligaciones convencionales contraídas por los estados. (5) Surge con claridad de la sentencia de la corte Interamericana que se ha ordenado al estado argentino, como medida de satisfacción y como garantía de no repetición, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones denunciadas por el señor Bueno Alves, y ello sin perjuicio de las indemnizaciones impuestas en dicha sentencia. (6) Esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional que impone la obligación de investigar, que, si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz; máxime si se tiene en cuenta las especiales circunstancias detalladas por la Corte Interamericana en cuanto al proceso judicial llevado a adelante en nuestro país. (Del voto del Dr. Maqueda que integra la mayoría) [El subrayado, a modo de destaque, me pertenece].



Y todo ello resulta coherente con el acatamiento en forma directa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y a este respecto se ha dicho:

En “Ekmekdjian”, la Corte Suprema había sostenido que la interpretación de la Convención Americana debía guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH. Y este principio luego fue ratificado en “Giroldi”. Pero más tarde, en fallos como “Simón” o el propio “Espósito”, se pasó a utilizar la jurisprudencia interamericana de un modo inmediato y por vía de un estándar de alta permeabilidad, de modo que la jurisprudencia que empezó siendo una “guía para la interpretación” de la Convención se convirtió en un “criterio de aplicación obligada” para nuestros jueces [...]<sup>88</sup>.

De lo transcrito, no caben dudas sobre la inaplicabilidad de normas internas, tal como en el caso, el de la prescripción, ante violaciones graves de derechos humanos.

Ahora bien, aún cuando las pautas doctrinarias descritas sean claramente genéricas y de aplicación directa y obligatoria para todos nuestros jueces, en el caso que analizara la Corte IDH y nuestra C.S.J.N. se trataba de un presunto delito de torturas. Empero, ¿qué pasaría si estuviéramos ante un delito de abuso sexual contra una menor de edad que de ninguna manera podía consentir el acto?

Obviamente, constituye también y al igual que el caso analizado una grave violación de los derechos humanos. Tal es así que hoy ya nadie discute que los abusos sexuales (aún simples) son claros atentados a la dignidad de las personas y se encuentran encuadrados justamente en el mismo artículo quinto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al igual que la tortura bajo la prohibición de tratos degradantes.

Y de allí que también sean expresamente contemplados como *core crimes* en el mismo artículo 7 del Tratado de Roma, la tortura en su inc. 1.f), y los abusos sexuales, en el inc. 1.g) última parte; y al igual que en la Convención americana sobre Derechos Humanos, donde ambos crí-

88. PITLEVNIK, Leonardo G., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T° 13, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2012, p. 171.

menes se presentan en el mismo artículo e inciso (art. 5 inc. 2).

De trascendental importancia para el análisis resulta el anexo “Elementos de los Crímenes” del Tratado de Roma, que desgrena y describe cada uno de los posibles delitos que son considerados de gravedad internacional.

Así, al tratar los distintos atentados sexuales que prevé el art. 7. 1) g), en su punto 6 describe los elementos del “Crimen de lesa humanidad de violencia sexual” de la siguiente forma:

1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

De la mera lectura del elemento del tipo, se advierte su aplicación sin cortapisas del hecho aquí supuesto.

De lo expuesto, queda claro entonces que en el supuesto corresponde la aplicación de los mismos estándares de análisis de trascendencia jurídica del hecho que diera origen al caso “Bueno Alves v. Argentina”, es decir, la aplicación de idénticas consideraciones a las efectuadas en ese caso por parte de la Corte Interamericana y nuestra C.S.J.N.; y se descarta la aplicación de institutos de orden internos y meramente procesales como el de la prescripción.

Pero además de lo ya expuesto, también resulta impertinente la declaración de prescripción de la acción penal en el supuesto, a la luz del derecho de la denunciante que cuando niña fuera víctima de los abusos sexuales que ahora denuncia; toda vez que se estaría violando su derecho de acceso a la justicia (art. 8) y a una tutela judicial efectiva (art. 25), conforme lo asegurado por la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el ya referido Caso “Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay” (Sentencia de la Corte IDH del 2/9/2004), se sostuvo que a los fines de la protección especial que corresponde darle a los niños, se debían tomar en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y del protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “[...] ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar”.

En esa misma sentencia, se hace alusión a la ineficacia de los recursos internos para determinar las responsabilidades en los hechos de los que habían sido víctimas los niños en flagrante violación a sus derechos a una tutela judicial efectiva; todo lo cual, inexorablemente, lleva a considerar la reiteradísima doctrina de la Corte IDH en relación a que el menor tiene derecho a que eventualmente sean castigados sus victimarios.

Más aún, en este precedente el Sr. Juez Cancado Trindade con cita de la Corte en el precedente “Niños de la calle” nos da la pauta del derecho intrínseco del menor a obtener justicia, y así sostuvo: “[...] tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial, sino significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia, o sea, un derecho autónomo a la propia realización de la justicia [...]”.

Adviértase aquí que, en el presente supuesto, si eventualmente se tuviera por prescripta la acción penal; ni siquiera se le estaría permitiendo a la denunciante, otrora menor víctima, un acceso *stricto sensu* a la justicia; circunstancia esta que resulta abiertamente violatoria a sus Derechos Humanos.

Y ello por cuanto, como sostuvo el magistrado de cita en el fallo que se referencia, la titularidad del derecho, aún ante las limitaciones de la capacidad de los menores, fluye directamente del Derecho internacional y subsiste intacta.

La víctima del supuesto, durante toda su minoría de edad, mantuvo incólume su derecho al acceso a la justicia, otorgado en forma directa

por el Derecho internacional, que resulta ser de aplicación directa y obligatoria por los jueces del orden interno del Estado, aun contra disposiciones expresas del Derecho interno.

Por otra parte, no puede ser otra la interpretación que se haga del art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño y así lo ha entendido la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” de fecha 28/8/2002, al decir:

[...] la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con otros instrumentos, constituyen un corpus iuris internacional para la protección de los niños, que puede servir como “guía interpretativa”, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana, para analizar el contenido de los artículos 8 y 25 y su relación con el artículo 9°, de la misma Convención.

Esta idea, que resulta recurrente también en muchos de los fallos de la Corte, deviene fundamental por la directa proyección que realiza sobre las obligaciones de los Estados que demanda el artículo 19 de la Convención de los Derechos de los Niños.

Todas las normas y jurisprudencia reseñadas y aplicables en forma directa al caso dan cuenta de la obligación del Estado de asegurar a la víctima, mediante la inaplicación del instituto de la prescripción, el derecho de un acceso real y lato a la justicia, persiguiendo y obteniendo una eventual condena de su victimario; conforme la aplicación obligatoria del Derecho internacional pertinente.

De tal forma que, también por los argumentos vertidos desde este punto de vista de la víctima menor de edad de un delito que atentó y atenta contra su integridad psicofísica, no se puede tolerar la aplicación del instituto.

Por último, también tiene el Estado la obligación de desestimar el obstáculo fundado en la aplicación de la norma procesal interna que impide el efectivo ejercicio de los derechos de la víctima de estos supuestos que resulta ser mujer y haber padecido un avasallamiento de sus derechos por su condición de tal, además de menor de edad.

Y ello así por cuanto debe el Estado dar cumplimiento estricto con el art. 7 incs. b), e), f), g), y h) de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, aprobada como ley nacional N° 24.632; toda vez que la mujer denunciante ha sido víctima de las circunstancias tipificadas en los arts. 2 inc. a) y 4 inc. b) de la referida Convención.

También desde esta perspectiva requiere el Derecho Internacional de aplicación inmediata y obligatoria la remoción de cualquier obstáculo normativo interno para la efectiva realización de los derechos de la mujer víctima; por lo que no podrá aplicarse el dictado de la prescripción de la acción penal también por este motivo.

A modo de conclusión, en primer lugar, no cabe duda de que durante las últimas dos décadas se han producido cambios sustanciales y de largo alcance en el Derecho Penal Internacional y en el Derecho de los Derechos Humanos, no solo en el continente americano sino en el mundo entero.

En la actualidad estamos asistiendo a una transformación muy profunda en los objetivos, la naturaleza y los instrumentos del sistema penal y del Derecho procesal, que plantean graves dilemas y a los que se enfrenta la transformación del sistema penal, como parte del paradigma de la globalización del Derecho y de la política de los Derechos Humanos, el Estado de Derecho y las garantías del procedimiento penal.

Por otra parte, he intentado demostrar que el derecho formado a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos, con la participación determinante, y profusa obra jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lejos de resultar ser subsidiario o complementario, es integrador, totalizador. Configura un verdadero y efectivo Derecho Regional y su máximo órgano jurisdiccional en materia de Derechos Humanos tiene facultades para resolver en definitiva y por sobre la autoridad de las cortes o tribunales supremos de los Estados miembros.

Y ello porque la Corte IDH ha avanzado, habilitada por la Conven-

ción, mucho más allá de la doctrina ordinaria, sosteniendo y fundando que las normas de Derecho Internacional General imperativo y las interpretaciones que de ellas realiza superan el derecho positivo nacional y, en consecuencia, son de aplicación obligatoria aun contra las disposiciones del derecho positivo nacional de los Estados americanos que aceptaron su competencia.

Tal es la experiencia que surge de la aplicación de los fallos “Bueno Alves” del 11 de mayo de 2007, Serie C, N° 164 y del control de sentencia de “Derecho vs. Argentina” en el que se le exige a la Corte Suprema de Justicia Argentina acate la decisión de la Corte IDH aun en contra del Derecho Penal nacional vigente, y así lo hace.

Entiendo que, a pesar de que aún nueve países del continente americano no han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –entre ellos los EE. UU. de América del Norte– y de que Brasil no acepta darles jerarquía constitucional a los tratados Internacionales, se ha emprendido un camino de supremacía del derecho de los Derechos Humanos, del que difícilmente se pueda regresar y que, más temprano que tarde, marcará el futuro en el resto del mundo.

## Bibliografía

- ALMEYRA, M., *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario –Derecho Penal– Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- AMBOS, K., *La Corte Penal Internacional*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2007.
- AMBOS, K., *La construcción de una Parte General del derecho Penal Internacional*, en textos de IAEU, en [www.etextos.com](http://www.etextos.com)
- AMBOS, K., *Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, en textos de IAEU, en [www.etextos.com](http://www.etextos.com)
- Asociación Internacional de Derecho Penal. Año 83, Revista Internacional de Derecho Penal, 1° y 2° trimestre.
- Asociación Internacional de Derecho Penal. Año 84, Revista Internacional de Derecho Penal, 1° y 2° trimestre.
- BACIGALUPO, E., *Principios constitucionales de derecho penal*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

- BRENES VARGAS, R., *Crónica de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista Internacional de Derecho Penal, Vol. 83, 2012, 31 páginas.
- CEBADA ROMERO, A., *Los conceptos de obligación “erga omnes”, “ius cogens” y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por los hechos ilícitos*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 4, 2002.
- CREUS, C., *Derecho Penal – Parte general*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- DONNA, E., “Las Palabras, los Hechos y la Víctima en el Derecho Argentino”, en *Víctimas especialmente vulnerables*, Revista de Derecho Procesal Penal, número extraordinario, 2012.
- DUFFY, M. V., *Obligación internacional de investigar y esclarecer violaciones de derechos humanos*, X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, 2012, 17 páginas.
- GIALDINO, R., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional I, II, y III*, material de cursado, Maestría en derecho Penal Internacional, Universidad de Granada, 2012.
- HIRSCH, H.J., *Acerca de la posición de la víctima en el derecho Penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*, Derecho Penal – Obras completas, T° III, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- HIRSCH, H.J., *El derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad*, Derecho Penal – Obras completas, T° II, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- HIRSCH, H.J., *Internacionalización del derecho Penal y de la Ciencia del derecho Penal. Ciencia del Derecho Penal nacional y universal*, Revista Penal, 2004, 10 páginas.
- JAUCHEN, E., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T° I, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2012.
- MAIER, J., *Derecho Procesal Penal – T° II Parte General – Sujetos Procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- LAJE ANAYA – GAVIER, *Notas al Código Penal Argentino*, Marcos Lerner, Córdoba, T° I – Parte General, 1996.

- MAQUEDA, M., *Globalización, fenómenos migratorios y Derecho Penal Internacional*, material de cursado, 2012.
- MEDINA, G., *Violencia de Género y Violencia Doméstica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2013.
- PITLEVNIK, L., *Graves violaciones a los derechos humanos y prescripción*”, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Número 13, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2012.
- QUIROGA LAVIÉ, H.; BENEDETTI, M. y CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional Argentino*, T° I, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009.
- RAMOS TAPIA, M., *El Derecho Penal de la Unión Europea*, material de cursado, 2012.
- THOMPSON, J., *Justicia Penal y Derechos Humanos en América Latina*, material de cursado, 2012.
- VELASQUEZ, V. F., *Globalización y Derecho Penal*, Departamento de Derecho penal de la Universidad de Friburgo, en [www.unifr.ch/derecho penal/documentos/articulos](http://www.unifr.ch/derecho%20penal/documentos/articulos), 2011, 31 páginas.
- VERVAELE, J., *Medidas procesales especiales y protección de los derechos humanos. Informe genera*, *Utrecht Law Review*, en [www.utrechtlawreview.org](http://www.utrechtlawreview.org), 2009, páginas 43.