

SOBRE LAS OBLIGACIONES DE TUTELA PENAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Francesco Viganò*
(Catedrático de derecho penal
de la Università degli Studi di Milano)

SOMMARIO: 1. Introducción. - 2. Los rasgos característicos de las obligaciones “convencionales” de tutela penal de los derechos fundamentales. - 3. La jurisprudencia relevante del TEDH. - 3.1. Orígenes. - 3.2. Alcance. - 3.2.1. Criminalización. - 3.2.2. Investigación y persecución. - 3.2.3. Punición. - 4. Correspondencias con la jurisprudencia paralela de la Corte IDH. - 5. Tres dudas. - 5.1. Primera duda: ¿distorsión de la función de los derechos fundamentales? - 5.2. Segunda duda: ¿derecho de la víctima a la punición del autor? - 6. Una tarea para el futuro.

1. Introducción.

¿Existe una “cara represiva” de los derechos humanos?

Así se cuestiona un joven profesor argentino, Ezequiel Malarino, respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) que ha considerado al *derecho penal como instrumento necesario de protección de algunos derechos* reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)¹.

La idea básica desarrollada por aquella jurisprudencia, que Malarino critica duramente, implica que la obligación de los Estados parte de “respetar” los derechos humanos incluye también un *deber de proteger estos derechos por medio del derecho penal*: sea de forma *preventiva*, mediante la *criminalización* de las conductas lesivas de derechos, sea de forma *reactiva*, mediante el *ejercicio del ius puniendi contra el responsable de la agresión en el caso particular*. Ejercicio que constituiría el objeto, entonces, de un verdadero *derecho de la víctima* de la agresión.

Esta idea supone un cambio radical de la función de los derechos fundamentales en el discurso penal. Tradicionalmente, ellos han sido invocados como *límites* a la potestad punitiva estatal, protegiendo al *destinatario* del precepto penal (v. g. imponiendo su cognoscibilidad y su irretroactividad), al *acusado* (a través de las garantías de debido proceso) y finalmente al *condenado* (prescribiendo estándares de

* Quisiera agradecer a Ignacio Castillo, quien actualmente desarrolla sus estudios de doctorado en nuestra universidad, por su valiosa colaboración en la revisión lingüística de la última versión del texto.

¹ E. MALARINO, *La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 13 de junio de 2005 en el caso Simón*, en *Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, V (2009), pp. 1 ss.

humanidad en la ejecución de la pena, poniendo límites a la posibilidad de expulsión de los extranjeros como consecuencia de la condena, etc.). Aquí, en cambio, los derechos humanos de la *víctima* operarían como motor de *expansión* del derecho penal, obligando al Estado a *ejercer su ius puniendi*².

En efecto, las consecuencias prácticas que se han generado a partir de esta jurisprudencia en Latinoamérica son, sencillamente, impactantes. Los tribunales nacionales de diversos países latinoamericanos — entre otros de Argentina, Chile y Perú — han realizado, en la última década, procesos penales que han acabado con la condena de los responsables de violaciones masivas de los derechos humanos cometidas durante las dictaduras, *considerándolas ilegítimas y no aplicables* — en cuanto contrarias a las obligaciones de tutela penal procedentes de la CADH — las *leyes de amnistía* que hasta aquél momento habían impedido el ejercicio de la acción penal contra los responsables, aún cuando estas leyes habían sido aprobadas por los respectivos parlamentos democráticos, una vez restaurada la democracia.

Bajo la indiferencia general de los penalistas de nuestro lado del Atlántico, y aunque sin producir consecuencias prácticas de tal envergadura como las que se han suscitado en Latinoamérica, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha llegado, por su lado, a desarrollos conceptuales muy similares, afirmando de manera inequívoca que los Estados parte del Convenio tienen la *obligación* de tutelar ciertos derechos fundamentales *por medio del derecho penal*, y que, en cambio, la *falta de ejercicio* del *ius puniendi* configura una *violación de las obligaciones*, que incumben a cada Estado, de “respetar” los derechos fundamentales al interior de su jurisdicción. Asimismo, el recurso al derecho penal ha sido considerado, también por el tribunal de Estrasburgo, como una *solución necesaria* a partir de la lógica de la protección de los derechos humanos, y no en cambio como una opción “abierta” a la valoración discrecional de las instancias democráticas del Estado parte.

Esta jurisprudencia — y su impacto sobre el principio tradicional de la reserva de ley — amerita, en mi opinión, ser examinada con mayor detalle y, con mayor razón, desde el punto de vista específico del penalista³.

2. Los rasgos característicos de las obligaciones “convencionales” de tutela penal de los derechos fundamentales.

Por supuesto, la idea que el legislador estatal esté vinculado por *obligaciones de tutela penal* no es en sí misma novedosa.

² Sobre esta (aparente) paradoja, véase, por todos: M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (trad. it.), Milano, 1992, pp. 265 ss.

³ Para un análisis crítico y detallado de esta jurisprudencia, además de su impacto sobre la teoría de la pena, véase, por todos: F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, en *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. IV, pp. 2645 ss., con abundante referencias bibliográficas y jurisprudenciales. En este artículo, por lo mismo, se enunciarán únicamente las citas esenciales e imprescindibles para la adecuada fundamentación del texto.

La doctrina italiana ha reconocido, desde hace tiempo — y con ella un grupo importante de otras doctrinas contemporáneas — la existencia de obligaciones *constitucionales* de tutela penal, *explícitas o implícitas*, de ciertos bienes jurídicos⁴. El artículo 13, apartado cuarto, de la Constitución italiana dispone v. g. el deber del Estado de *punir* toda violencia física o moral contra las personas limitadas en su libertad personal; similares obligaciones de tutela penal se pueden observar, en todo caso, en otras constituciones contemporáneas⁵.

Por otra parte, un gran número de instrumentos internacionales y de actos de la Unión Europea obligan a los Estados a *criminalizar* ciertas conductas lesivas de bienes e intereses de relevancia transnacional: por lo tanto, la existencia de obligaciones *supranacionales* de tutela penal queda, por ende, fuera de discusión.

Tampoco es novedosa la idea que los *derechos humanos* sean, para el legislador nacional, *objeto* de obligaciones — constitucionales o supranacionales — de tutela penal. El citado artículo 13 de la Constitución italiana prescribe, precisamente, la obligación de sancionar con una pena la violación de lo que es un verdadero derecho fundamental, a saber, el derecho a no ser sometido a tortura. Paralelamente, en el derecho internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura de 1984 prevé en su artículo 4 que “todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura *constituyan delitos conforme a su legislación penal*”, y que “todo Estado Parte *castigará esos delitos con penas adecuadas* en las que se tenga en cuenta su gravedad”, estableciéndose, así, un verdadero *deber de criminalización* de toda conducta lesiva del derecho fundamental individual de no ser sometido a tortura.

En cambio, sí son novedosos en la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH los siguientes *dos factores*.

Por un lado, los dos tribunales afirman, *por vía hermenéutica*, la existencia de obligaciones de tutela penal de algunos derechos fundamentales, interpretando las normas de los dos convenios sobre la protección de los derechos humanos, que *no mencionan expresamente estas obligaciones*, sino que se limitan a afirmar el deber de los Estados parte de *respetar* los derechos en cuestión, y asegurar *una tutela jurisdiccional efectiva* a la víctima en el caso de su violación.

Por otro lado, es destacable la *extensión* de estas obligaciones de origen *pretoria*, que implican — según los dos tribunales — no sólo el deber de *criminalizar in abstracto* las conductas lesivas de derecho, sino también el deber de *perseguir y castigar in concreto* a los autores de las violaciones, en nombre de la tutela *efectiva* de los titulares de los derechos vulnerados.

3. La jurisprudencia relevante del TEDH.

⁴ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 484 ss.

⁵ Véase, con referencias específicas: G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, pp. 501 ss.

3.1. Orígenes.

En la jurisprudencia del TEDH, las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales aparecen como manifestaciones particulares de las llamadas “obligaciones positivas” que derivan del deber general, afirmado por el artículo 1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, de “respetar” (“secure”, en el texto inglés) los derechos reconocidos por el mismo convenio.

La idea básica — desarrollada inicialmente por la doctrina constitucional alemana — es que la obligación de respetar los derechos fundamentales no sólo implica el deber (*negativo*) a cargo de los funcionarios públicos de *abstenerse* de conductas directamente lesivas de los derechos de los particulares, sino también el deber (*positivo*) de *proteger* estos derechos contra agresiones procedentes de terceros.

El TEDH hizo su primera referencia a las obligaciones positivas en el conocido fallo *X e Y contra Países Bajos*, del 26 de marzo 1985, cuando denunció una laguna en la legislación penal holandesa, en los supuestos relacionados a víctimas de abusos sexuales que presentaban una disminución psíquica, frente a la obligación de tutelar el derecho a la “vida privada” reconocido en el artículo 8 del Convenio. En aquella ocasión, el Tribunal afirmó: “although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be *positive obligations* inherent in an effective respect for private or family life [...]. These obligations *may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*”⁶.

Estas obligaciones positivas *no necesariamente implican* — pero *sí pueden hacerlo* — el deber de tutelar penalmente el derecho fundamental en juego. Ya en el caso *X e Y*, el Tribunal concluyó que las *únicas* medidas adecuadas para proteger de manera efectiva el derecho a la vida privada de las víctimas, con disminuciones psíquicas, eran aquellas de naturaleza *penal*, ya que una tutela meramente *civil* como la indemnización sería *insuficiente*: “*effective deterrence*” — observa el Tribunal — “*is indispensable in this area, and it can be achieved only by criminal-law provisions*”⁷.

El caso *X e Y* quedó aislado hasta que a finales de los años noventa empezaron a multiplicarse los fallos en los cuales el TEDH reconoció violaciones convencionales por no haber el Estado protegido *penalmente* el derecho de la víctima.

3.2. Alcance.

¿Pero cuál es, precisamente, el alcance de estas obligaciones, según la jurisprudencia del TEDH?

⁶ TEDH, *X e Y c. Países Bajos* (n. 8978/80), sentencia de 26 de marzo de 1985, párr. 23.

⁷ *Ibidem*, párr. 27.

Antes que nada, hay que destacar que el TEDH no establece un deber *general* de protección penal de *cualquier* derecho reconocido por el Convenio. Más bien, una obligación así ha sido afirmada sólo:

a) respecto a los *derechos más fundamentales*, y en particular a la *vida* (artículo 2), a no ser sometido a *tortura y malos tratos* (artículo 3), a no ser sometido a *esclavitud* y trabajos forzados (artículo 4) y a la *integridad sexual* que se desprende, según cuanto vimos en el caso *X e Y*, del artículo 8⁸; y,

b) respecto a las *agresiones más graves — de naturaleza intencional —* a estos derechos, mientras que para las violaciones meramente *imprudentes* (como en el caso de errores médicos⁹) una tutela civil de la víctima es considerada suficiente.

Entonces, en los casos donde el TEDH reconoce una obligación de tutela penal, esta obligación se desglosa analíticamente en *tres corolarios*, o sub-obligaciones a cargo del Estado, que podrían esquematizarse — aunque con el cuidado necesario frente a una jurisprudencia que no se ha desarrollado de forma sistemática — así:

— el Estado tiene;

i) un deber de *criminalizar, in abstracto*, las conductas lesivas a ciertos derechos fundamentales (o por lo menos las *agresiones más graves*);

ii) un deber — llamado *procedimental* — de *perseguir in concreto* las conductas lesivas al derecho de un particular, investigando diligentemente los hechos, individualizando y procesando a los responsables; y, finalmente,

iii) un deber de *castigar in concreto* al autor que ha sido considerado culpable, *con una pena proporcional a la gravedad de la infracción*.

Estos tres deberes se dirigen, en realidad, a tres órganos o poderes estatales distintos, aunque todos relacionados en el ejercicio del *ius puniendi* y — al mismo tiempo — destinatarios de las obligaciones que derivan de la adhesión del Estado al CEDH: vinculando el primero al *legislador*; el segundo a la *policía* y al *ministerio público*; y el tercero a los *jueces*.

Examinemos, entonces, un poco más en detalle cada uno de estos deberes.

3.2.1. Criminalización.

En primer lugar — como vimos — el TEDH afirma la existencia de verdaderas *obligaciones de criminalización* de algunos derechos fundamentales, deduciéndolas del deber de “respetar” los derechos convencionales (artículo 1 del Convenio) y de garantizarles una tutela jurisdiccional “efectiva” (artículo 13).

⁸ Véanse, v. g.: en relación al artículo 2 del Convenio, TEDH, *Kiliç c. Turquía* (n. 22492/93), sentencia de 28 de marzo de 2000, párr. 62; en relación al artículo 3 del Convenio, *A c. Reino Unido* (n. 100/1997/664/1096), sentencia de 23 de septiembre de 1998, párr. 24; en relación al artículo 4 del Convenio, *Siliadin c. Francia* (n. 73316/01), sentencia de 4 de diciembre de 2005, párr. 112; en relación al artículo 8 del Convenio, *M.C. c. Bulgaria* (n. 39272), sentencia de 4 de diciembre 2003, párr. 153. Más referencias en: F. VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., pp. 2666 ss.

⁹ Véase v. g. TEDH, *Calvelli y Ciglio c. Italia* (n. 32967/96), sentencia de 17 de enero de 2002.

El Tribunal ha considerado violado este deber en una serie de casos donde, por ejemplo, estimó:

— una *laguna originaria de punibilidad* de la conducta. Ello ocurrió en el propio caso *X e Y*, respecto a la falta de previsión de un tipo penal que abarcara ciertos abusos sexuales; así como en el caso *MC contra Bulgaria* de 2003, donde el Tribunal apreció que la *interpretación* del tipo penal de violación, realizada *por la jurisprudencia nacional*, era demasiado estricta y en, consecuencia, dejaba impunes conductas lesivas del derecho fundamental a la vida privada de las víctimas que el Estado debería, en cambio, criminalizar¹⁰;

— la *ausencia de un tipo legal* para criminalizar *específicamente* la lesión del derecho fundamental violado, con el efecto que la conducta lesiva — aunque no quede totalmente impune — no pueda ser castigada con penas adecuadas a la gravedad del hecho. Lo antes descrito ocurrió, por ejemplo, en el caso *Siliadin contra Francia* de 2004, donde el Tribunal reprochó al Estado francés la ausencia de un tipo penal que abarcara específicamente las prácticas del trabajo forzado, que por lo mismo sólo podían ser castigadas como simples contravenciones penales en materia laboral¹¹;

— la existencia de *causas de justificación demasiado extensas* aplicables a las violaciones de derechos fundamentales, con el resultado de dejar impunes estas violaciones. Este fue el caso, por ejemplo, de la sentencia *A contra Reino Unido* de 1998, donde fue cuestionada la amplitud de la *defence* de *reasonable chastisement*, o *ius corrigendi*, en el sistema penal inglés, lo que creaba un riesgo de impunidad frente a graves lesiones a la integridad física y moral de los niños, ejecutadas en nombre de su “educación”¹². Otro ejemplo se aprecia, claramente, en el caso *Nachova contra Bulgaria*, de 2005, cuando el Tribunal reprochó al Estado búlgaro la formulación demasiado extensa, y al mismo tiempo genérica, de la causa de justificación del uso legítimo de armas que — no limitando expresamente el uso de la fuerza letal ejecutada por agentes de la policía respecto de los supuestos fácticos excepcionales previstos por el artículo 2, apartado 2 del Convenio europeo — dejaba impunes casos de homicidios no justificados desde el punto de vista del Convenio¹³;

— la existencia de *leyes de amnistía* que impidan la acción penal contra crimines lesivos de derechos fundamentales, o bien *plazos de prescripción demasiado breves*, con el mismo efecto práctico de procurar la impunidad de los responsables. En el caso *Abdülsamet Yaman contra Turquía*, de 2004, el Tribunal, tras afirmar que “where an individual has an arguable claim that he has been tortured or subjected to serious ill-treatment by agents of the State, the notion of an ‘effective remedy’ entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible”¹⁴, precisó que “where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance

¹⁰ TEDH, *M.C. c. Bulgaria*, cit.

¹¹ TEDH, *Siliadin c. Francia*, cit.

¹² TEDH, *A c. Reino Unido*, cit.

¹³ TEDH, *Nachova c. Bulgaria* (n. 43577/98 y 43579/98), sentencia de 6 de julio de 2005, párr. 160.

¹⁴ TEDH, *Abdülsamet Yaman c. Turquía* (n. 32446/96), sentencia del 2 de noviembre de 2004, párr. 53.

*for the purposes of an 'effective remedy' that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible"*¹⁵;

— la previsión abstracta de *penas demasiado débiles* (y por ende evidentemente *desproporcionadas*) para la violación de derechos fundamentales. El Tribunal afirmó este principio, v. g. en referencia a los tipos penales en los cuales se subsumen, en el sistema moldavo, los actos de *tortura*, cuyo marco sancionatorio fue estimado *insuficiente* para ejercer un efecto realmente *disuasivo* contra esta clase de violaciones (*Paduret contra Moldavia*, 2010)¹⁶.

Merece la pena destacar ésta última afirmación, que se extrae claramente de la jurisprudencia más reciente: cuando el TEDH estima necesaria una protección penal de un derecho fundamental, no es suficiente que los Estados parte *prevean como delito* las conductas lesivas de este derecho, y que estas conductas no se puedan sustraer a la pena por efecto de alguna causa eximente; para desempeñar sus obligaciones de criminalización, ellos deben además establecer un *cuadro sancionatorio adecuado a la gravedad del hecho*, con penas suficientemente serias para poder asegurar que la incriminación cumpla, *efectivamente*, su función de prevención general.

3.2.2. Investigación y persecución.

En segundo lugar, la obligación de protección penal de un derecho fundamental implica también la así llamada *obligación procedimental*, cuyo contenido supone *investigar cada caso concreto* en que se sospeche que se cometió una violación. Se trata aquí — a diferencia de las obligaciones de criminalización que acabamos de examinar — de un deber que le atañe al Estado *ex post*, o sea cuando *ya* ocurrió la violación del derecho fundamental de un individuo.

En estos casos, el Estado tiene — según la jurisprudencia del TEDH, a partir del conocido fallo *Mc Cann contra Reino Unido* de 1995¹⁷ — que asegurar una *investigación efectiva* (es decir, *ex officio*, transparente, rápida, independiente y con participación activa de la víctima) y sobre todo *capaz de conducir al esclarecimiento de los hechos, a la individualización de sus responsables y a la punición* de los mismos.

La *ratio* de esta obligación procedimental, creada por la jurisprudencia del TEDH casi sin apoyo textual en el Convenio (aparte de la referencia genérica al derecho de la víctima de las violaciones convencionales a un "recurso efectivo": artículo 13), parece bastante evidente desde el punto de vista del Tribunal: no disponiendo éste de medios de investigación propios, la reconstrucción de los hechos depende totalmente de las investigaciones efectuadas por el Estado; y el Tribunal exige obviamente que estas investigaciones sean diligentes y efectivas, de manera que el Estado no pueda sustraerse a su responsabilidad internacional alegando la falta de prueba suficiente de los hechos de los cuales el recurrente se queja, cuando precisamente esta falta de

¹⁵ *Ibidem*, párr. 55.

¹⁶ TEDH, *Paduret c. Moldavia* (n. 33134/03), sentencia de 5 de enero de 2010, párr. 77.

¹⁷ TEDH, *McCann c. Reino Unido* (n. 18984/91), sentencia de 27 de noviembre de 1995, párr. 161.

prueba dependa de la negligencia en las investigaciones por parte de las autoridades estatales¹⁸. De hecho, en muchísimos casos de violaciones apreciadas por el Tribunal — sobre todo donde el recurrente alegaba hechos de tortura o tratos inhumanos cometidos por funcionarios públicos —, la condena del Estado se fundó sobre la violación de la obligación *procedimental* de asegurar investigaciones diligentes sobre los hechos, aunque no hubiera prueba concluyente de la violación *material* del derecho del recurrente.

De todas maneras, cualquiera sea la razón histórica y práctica del desarrollo de las obligaciones procedimentales en la jurisprudencia del TEDH, esta jurisprudencia llega indirectamente a la enunciación de un verdadero *derecho de la víctima* a que el Estado, por medio de sus aparatos de poder, conduzca *investigaciones efectivas* sobre cada sospecha de violación de un derecho fundamental, *persiguiendo* a los responsables por medio de las instituciones encargadas del *law enforcement*.

3.2.3. Punición.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del Tribunal ha llegado a afirmar, incluso, que la obligación de tutela penal de ciertos derechos fundamentales importa *una tercera implicancia*, a saber: el Estado no sólo debe *criminalizar* las conductas lesivas de derecho e *investigar* las sospechas de una violación, ejerciendo la acción penal sobre los supuestos responsables, sino debe *también* asegurar la *punición* de quien haya sido *declarado culpable*, con posterioridad a un juicio respetuoso del debido proceso. Es decir, el Estado tiene la obligación de *ejercer el ius puniendi en el caso concreto*, aplicando la pena prevista en abstracto contra el autor de la violación del derecho fundamental, como resulta evidente de la exigencia — ya antes indicada — de *no dejar impune* al responsable por efecto de leyes de amnistía o de plazos de prescripción.

Pero la obligación en cuestión requiere no sólo la *punición tout court* del responsable, sino también que la pena *concretamente aplicada* sea *proporcional* a la gravedad de la infracción, es decir *suficientemente seria y aflictiva para lanzar un mensaje disuasivo a la colectividad*, ya que una pena demasiado baja equivaldría a una *impunidad de facto*. Por ejemplo, en la sentencia *Okkali contra Turquía* de 2007 — relativa a un caso de malos tratos cometidos por agentes de la policía en contra de un arrestado — el TEDH afirmó que “the domestic judicial authorities must on no account be prepared to let the physical or psychological suffering inflicted go *unpunished*. This is essential for maintaining the public’s confidence in, and support for, the rule of law and for preventing any appearance of the authorities’ tolerance of or collusion in unlawful acts”¹⁹, y concluyó que la pena de dos meses y dos semanas de prisión, *convertida en una multa equivalente a 8 dólares (que a su vez fue suspendida)*, aplicada a los agentes condenados no podía considerarse como una pena adecuada a la gravedad de la infracción. En esta misma

¹⁸ A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, p. 222.

¹⁹ TEDH, *Okkali c. Turquía* (n. 52067/99), sentencia de 27 de octubre de 2007, párr. 65.

ocasión, el Tribunal reprochó además la decisión de los jueces turcos, que habían reconocido a los acusados varias circunstancias atenuantes, ejerciendo su discrecionalidad *“more in order to minimise the consequences of an extremely serious unlawful act than to show that such acts could in no way be tolerated”*²⁰.

Igualmente, el Tribunal consideró ineficaz una pena privativa de libertad *suspendida condicionalmente* impuesta a dos agentes de la policía que habían matado ilegítimamente a una persona durante su arresto²¹, y sobre todo — en un caso reciente y muy famoso — condenó el Estado alemán por haber aplicado una simple pena pecuniaria (también suspendida) a un oficial de la policía declarado culpable de haber *amenazado con torturar* a un preso, para que éste revelara el lugar donde supuestamente estaba oculto un niño secuestrado por otros partícipes²².

En esta última ocasión, la Gran Cámara del TEDH declaró que, en principio, *“it is not its task to rule on the degree of individual guilt [...], or to determine the appropriate sentence of an offender, those being matters falling within the exclusive jurisdiction of the national criminal courts”*; sin embargo, observó que *“since under Article 19 of the Convention and in accordance with the principle that the Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective, [the Court] has to ensure that a State's obligation to protect the rights of those under its jurisdiction is adequately discharged [...]”. It follows that while the Court acknowledges the role of the national courts in the choice of appropriate sanctions for ill-treatment by State agents, it must retain its supervisory function and intervene in cases of manifest disproportion between the gravity of the act and the punishment imposed”*²³. Y una pena pecuniaria suspendida — aunque se tuvieran en cuenta circunstancias atenuantes, que sin duda se apreciaban en el caso concreto — constituye, según la Gran Cámara, una pena *“manifestly disproportionate to a breach of one of the core rights of the Convention”*, que como tal *“does not have the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations”*²⁴.

El deber de *ejercer el ius puniendi* por parte del Estado no sólo implica, entonces, un deber de *investigación* sobre las supuestas violaciones de derechos fundamentales y de *persecución* de sus presuntos responsables, sino también un deber de *castigar con una pena proporcional* al sujeto identificado judicialmente como responsable; la proporción a la que se alude aquí no hace referencia — como es usual en la dogmática penal — a una exigencia de *moderación* de la pena sino, al revés, a un *límite mínimo* de severidad, en relación a la necesidad que la *condena* del responsable confirme frente a la generalidad de los ciudadanos — y de *futuros* potenciales autores — la seriedad de la amenaza contenida en la norma penal.

4. Correspondencias con la jurisprudencia paralela de la Corte IDH.

²⁰ *Ibidem*, párr. 75.

²¹ TEDH, *Nikolova y Velichkova c. Bulgaria* (n. 7888/03), sentencia de 20 diciembre de 2007, párr. 63.

²² TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (n. 22978), sentencia de la Gran Cámara de 1 de junio de 2010.

²³ *Ibidem*, párr. 123.

²⁴ *Ibidem*, párr. 124.

Como se ha anticipado, la jurisprudencia del TEDH no constituye un caso aislado en el panorama internacional respecto de la reflexión sobre la relación entre pena y derechos fundamentales. Del otro lado del Atlántico, de hecho, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos llega a resultados paralelos y muy similares, aunque al cabo de un itinerario argumentativo no exactamente idéntico.

Como primera cuestión llama la atención que para la Corte IDH, como para el TEDH, existe una violación de los derechos humanos que pudiéramos denominar “básicos” — como la vida, a no ser sometidos a tortura o a malos tratos, a la libertad personal — no sólo como consecuencia de un uso *excesivo* de la potestad punitiva estatal, sino también como consecuencia de la *falta de actuación* del derecho penal frente a las violaciones de los derechos humanos, más aún cuando tales violaciones sean imputables directamente a la responsabilidad de los órganos del Estado. La *impunidad* de un crimen que ha lesionado los derechos humanos se convierte, para decirlo así, en una *segunda violación* de los derechos humanos de la víctima: entonces, la *inacción* del Estado se *suma* a la *primera violación* cometida por el autor del asesinato, de las torturas, del secuestro, etc.

La palabra de orden de esta jurisprudencia es, precisamente, la *lucha contra la impunidad*, o sea — para utilizar las palabras de la Corte — la lucha contra la “falta, en su conjunto, de una *investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena* de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”²⁵. Los Estados parte tienen, según la Corte IDH, una verdadera *obligación* —normativamente deducida por una interpretación, en efecto muy creativa, de los arts. 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención²⁶— de investigar las violaciones de los derechos humanos para poder individualizar a los responsables, juzgarlos en un proceso penal y — en caso de declararlos culpables — sancionarlos con la pena apropiada. Y esta obligación es precisamente el reflejo de un correspondiente *derecho* de la víctima de la violación, cuya protección corresponde a la misión de la Corte.

Incluso la Corte ha llegado a afirmar — con decisiones que no tienen su parangón en el TEDH — que las víctimas de violaciones a los derechos fundamentales son titulares de un verdadero “*derecho a la verdad*”²⁷, el cual se desprende de la letra y del espíritu de la Convención; y que las *reparaciones* que el Estado miembro debe realizar, conforme al art. 63, se extienden no sólo a un resarcimiento de naturaleza

²⁵ Corte IDH, *Paniagua Morales y otros*, sentencia de 8 de marzo de 1988, párr. 173, donde la Corte estableció que el Estado tiene la obligación de combatir la situación de impunidad “por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares”. En el mismo sentido cfr. también Corte IDH, caso *Castillo Páez vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), párr. 107; y caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), párr. 170. Sobre el tema: cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, 2007, p. 334 ss.

²⁶ Esta interpretación se aprecia, por primera vez en forma orgánica, en la sentencia de la Corte IDH, en el caso *Barrios Altos vs Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001 (fondo), párr. 42 y 43.

²⁷ En estos términos, cfr. Corte IDH, *Barrios Altos vs Perú*, cit., párr. 47 y 48.

pecuniaria, sino también a la *apertura*, o si es el caso a la *reapertura*, de investigaciones efectivas sobre los hechos que el recurrente declara haber sido víctima²⁸.

Las realización de investigaciones diligentes, el propio proceso penal y, en definitiva, la imposición de la pena aparecen aquí, finalmente, como un instrumento funcional también a la *reparación* de la víctima — un objetivo que emerge con dignidad autónoma respecto a las habituales funciones de *prevención general y especial* de la pena.

Así como lo afirma categóricamente el TEDH, la Corte IDH también exige que la pretensión punitiva en los casos de violaciones de los derechos fundamentales de la víctima no sea interrumpida por *causas de justificación o de exculpación*, ni tampoco por causas de no punibilidad como la *prescripción*²⁹ y, sobre todo, la *amnistía*.

Muy conocidos, efectivamente, son los fallos en los cuales la Corte IDH ha declarado la *incompatibilidad con la Convención de las leyes de “autoamnistía”*, es decir de aquellas leyes, emanadas por los detentadores del poder a favor de sí mismos y de sus cómplices, que fueron dictadas con el pretexto de la “*pacificación nacional*” después de períodos de graves turbulencias políticas e institucionales. Esas leyes — ha dicho enfáticamente la Corte — violan el deber que incumbe a cada Estado parte de asegurar la verdad a las víctimas a través de investigaciones diligentes, que puedan conducir a la identificación y a la punición de los responsables³⁰; así, y como corolario de esa interpretación, los órganos del ministerio público y los jueces de los Estados parte de la Convención deben *desaplicar* estas leyes, en cuanto incompatibles con las obligaciones — de rango superior — derivadas de los compromisos asumidos por el Estado en el plano internacional mediante la adhesión a la Convención³¹. Como consecuencia de

²⁸ Aquello se puede apreciar, por lo menos, a partir de la sentencia citada en el caso *Castillo Páez vs. Perú*, donde la Corte IDH dispuso como obligación del Estado, además de pagar reparaciones de carácter pecuniario a los familiares de la víctima, la de “investigar los hechos [...], identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación”.

²⁹ Cfr. Corte IDH, caso *Barrios Altos*, cit., párr. 41: “esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

³⁰ Cfr. Corte IDH, caso *Barrios Altos*, cit., párr. 43: “las leyes de autoamnistía conducen a una 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 a 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”.

³¹ Cfr. Corte IDH, *Barrios Altos*, cit., párr. 44: “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 que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención americana acontecidos en Perú”. Véase también Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 septiembre de 2006, párr. 121-124: la promulgación y el mantenimiento de semejantes leyes de autoamnistía por el legislador representan, por sí mismo, una violación del deber, impuesto por el artículo 2 de la Convención Americana, de conformar el ordenamiento interno a sus obligaciones,

esta jurisprudencia, los *ministerios públicos* y los *jueces* de varios Estados americanos han retomado las investigaciones y celebrado procesos contra los autores de crímenes gravísimos, que las leyes de autoamnistía habían pretendido dejar impunes³².

La obligación de investigar y procesar ni siquiera podría ceder, según una jurisprudencia por cierto muy cuestionable de la Corte IDH, ante la excepción de *cosa juzgada*: la garantía del *ne bis in idem*, aunque expresamente reconocida por la Convención, no podría de hecho operar en presencia de una sentencia de absolución meramente *aparente*, o incluso *fraudulenta*, como aquella que se obtiene en un proceso celebrado con el objeto real de mantener la impunidad del crimen y de su autor³³.

Tampoco podrán ser suficientes para restaurar los derechos violados por las víctimas los trabajos, aunque meritorios, de las diversas comisiones de reconciliación y de justicia frecuentemente instituidos por los Estados — no sólo en el continente americano — después de la caída de los regímenes dictatoriales y sanguinarios. Al menos las violaciones más graves de los derechos humanos, entre las cuales se cuentan los crímenes contra la humanidad según las categorías del derecho internacional, deberán ser perseguidos *penalmente*, a fin de que pueda ser erradicada *la mala hierba* de la impunidad, que deja a la víctima sin protección y que constituye un incentivo a *futuras* violaciones de los derechos humanos³⁴.

5. Tres dudas.

Los caminos paralelos de la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH en materia de obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales aparecen, *prima facie*, bien problemáticos desde el punto de vista de la *dogmática de los derechos fundamentales*, así como desde el punto de vista de la *teoría del delito*.

agregando (párr. 123) que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios de Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. [...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. La Corte IDH, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 177, llegó incluso a señalar que la solución de la no aplicación de las leyes de autoamnistía por el Poder Judicial sería preferible, desde el punto de vista del respeto de las obligaciones convencionales, a su expresa abrogación por el Legislativo, que no tendría efecto retroactivo e implicaría un implícito reconocimiento de su vigencia.

³² Así, por ejemplo, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación de Argentina, sentencia de 14 junio de 2005 en el caso *Simón*, declarando la inconstitucionalidad de dos leyes de amnistía que impedían el juicio de la mayor parte de los responsables de violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar entre 1976 y 1983. Véase también, sobre la desaplicación judicial de las leyes de amnistía en Perú, las referencias contenidas en la mencionada sentencia de la Corte IDH, caso *La Cantuta*, cit., párr. 177 y siguientes. Sobre la análoga situación en Chile, cfr. Corte IDH, caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 72.

³³ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 154.

³⁴ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 150.

Sólo quiero esbozar aquí *tres preguntas básicas*, que ponen en cuestión la misma legitimidad de estos desarrollos *pretorios*:

— ¿es admisible la pretensión de desprender de la lógica de la tutela de los derechos fundamentales — tradicionalmente considerados como *límite al poder punitivo* en clave de *garantía del ciudadano contra el Estado* — un *deber estatal de ejercer su poder punitivo contra el ciudadano* que ha violado los derechos fundamentales de otro ciudadano?

— desde el punto de vista de la teoría de la pena ¿es legítimo considerar la persecución y el castigo del culpable como parte integrante de la *protección del derecho fundamental de la víctima*?

– y finalmente, desde el punto de vista de los principios constitucionales que rigen en materia penal ¿es esta jurisprudencia armonizable con el *nullum crimen sine lege* y, particularmente, con la idea que la definición de los delitos y de las penas sólo pertenece al legislador nacional democráticamente elegido, y no a un “selecto grupo” de jueces internacionales?

5.1. Primera duda: ¿distorsión de la función de los derechos fundamentales?

Unas palabras, entonces, sobre la primera cuestión. El cambio de función de los derechos fundamentales — de *criterios limitadores* de la tutela penal a *objeto necesario* de la misma —, y su utilización como factores de *expansión* del derecho criminal, supone, por cierto, un *cambio radical de la función de los derechos fundamentales en el discurso jurídico penal*, que necesita una justificación fuerte. Esta justificación, sin embargo, se echa en falta en las motivaciones de las sentencias de los dos tribunales que, sobre este punto clave, son muy lacónicas.

La argumentación, como hemos visto, hace referencia al concepto de *obligaciones positivas*, tal como fue desarrollado por la jurisprudencia constitucional alemana: “reconocer” el derecho fundamental significa, para el Estado, proteger el derecho del particular *también* contra las amenazas o agresiones sufridas por *otros particulares*. Con todo, el paso de una obligación positiva (genérica) de tutela contra agresiones de tercero a una obligación de *criminalizar* estas agresiones y de *castigar* a sus responsables no es algo que resulte obvio: el derecho penal — en cuanto instrumento que *protege* bienes jurídicos *lesionando* otros — tiene que ser la *última ratio* de la política pública, en el sentido que la intervención penal sólo se justifica en cuanto sea *necesaria* para la protección de los bienes jurídicos (aún cuando estos “bienes” correspondan a derechos fundamentales de un particular, como la vida o la libertad). Y la “necesidad” de la pena no puede simplemente deducirse de la *importancia* del bien en la jerarquía de valores del ordenamiento positivo, sino requiere una cuidadosa evaluación, que es normalmente reservada a los detentadores del poder político, y que — de todas maneras — *no se encuentra* en las motivaciones de los jueces de Estrasburgo y de San José.

Sin embargo, creo que la *lógica* de las sentencias es transparente: según la apreciación de los dos tribunales, la *criminalización* de las conductas lesivas de los “más fundamentales” entre los derechos convencionales es estimada, antes que nada, como

necesaria en cuanto *condición práctica imprescindible para una tutela jurisdiccional efectiva* de estos derechos fundamentales.

De hecho, frente a homicidios, torturas, secuestros o violaciones sexuales, la tutela de la víctima (y particularmente de su derecho a un “recurso efectivo”, según la formulación del artículo 13 de la CEDH o 25 de la CADH) no puede razonablemente ser asegurada por el derecho civil o administrativo: la víctima de estas violaciones es normalmente un individuo *débil* frente a los abusos de otros más *fuertes*, y precisamente por esta razón necesita un *apoyo* de los poderes públicos para obtener la reparación de su derecho violado. Sólo investigaciones *financiadas* y ejecutadas *ex officio* por el Estado, a través de los *medios de investigación* de los que dispone el ministerio público, pueden asegurar que se esclarezcan hechos semejantes, aún más cuando se trata de hechos que hayan sido planificados y/o ejecutados por — o con la complicidad de — los aparatos estatales. Pero estas investigaciones sólo se podrán llevar a cabo si los hechos que se tienen que investigar están previamente *previstos por la ley como delitos*, y *no están cubiertos por causas de justificación, exculpación o de no punibilidad*, que paralicen el ejercicio de la jurisdicción penal y toda acción de las agencias del *law enforcement*.

Muy claramente se expresa sobre este punto clave — aunque en no más que dos líneas — el mismo TEDH respecto a la obligación de *criminalizar* la tortura, en la sentencia *Gäfgen contra Alemania*: “for an investigation to be *effective in practice* it is a *prerequisite* that the State has enacted *criminal-law provisions* penalising practices that are contrary to Article 3”³⁵. La *criminalización* de la conducta es entonces — según el TEDH — *necesaria*, desde un punto de vista práctico, para asegurar a la víctima una tutela jurisdiccional *efectiva* (y no meramente “theoretical or illusory”, como expresa la misma sentencia) contra los responsables de la tortura, o de otras graves violaciones a los derechos fundamentales.

5.2. Segunda duda: ¿derecho de la víctima a la punición del autor?

Más compleja, en todo caso, me parece la segunda pregunta, que se refiere al vínculo establecido por la jurisprudencia de los dos tribunales entre la *tutela del derecho fundamental* y la *aplicación concreta de la pena* contra el autor de la violación — y de una pena *proporcional*, es decir adecuada a la gravedad de la violación misma. ¿Podría deducirse de esta jurisprudencia — además de un *derecho* de la víctima a que el Estado esclarezca los hechos e individualice los responsables por medios de investigaciones efectivas — también un *derecho* de la víctima a la *punición* de los responsables?

Una pregunta así pone en cuestión la *función* misma de la pena, que parece asumir aquí una connotación marcadamente *reparatoria* de la lesión individual sufrida por la víctima. Esta afirmación es explícita, según cuanto vimos, en la jurisprudencia de San José, pero tampoco parece tan ajena a la jurisprudencia paralela de Estrasburgo, en un sistema donde, al fin y al cabo, la intervención del TEDH es — procesalmente — orientada a la tutela de los derechos *individuales* de los recurrentes.

³⁵ TEDH, *Gäfgen c. Alemania*, cit., párr. 117.

Ahora bien, la teoría de la pena asigna a la sanción criminal tiene una función eminentemente *pública* — esencialmente, la *prevención* de otros delitos que el mismo condenado (prevención *especial*) u otras personas (prevención *general*) podrían cometer en el futuro —, confiando a *otros* instrumentos, *in primis* a la indemnización civil, la tarea de asegurar la reparación del derecho violado de la víctima. La idea moderna de la pena — *pública* — nace precisamente en clave de sustitución de la pena *privada* representada por la *venganza*, como consecuencia de la concentración del monopolio de la fuerza en el Estado.

¿Es tolerable entonces, desde el punto de vista de los principios del derecho penal, la (re)atribución a la pena — explícita o implícitamente — de una función *reparatoria* de la violación material sufrida por la víctima?

Por cierto, una distinción entre las perspectivas en las cuales se colocan los dos tribunales me parece aquí necesaria.

Pese al silencio de las sentencias sobre este punto relevante, creo que la idea esencial subyacente, sobre todo en la *jurisprudencia americana*, es la de reconocer un verdadero derecho *moral* de la víctima a la *estigmatización solemne* de la violación. Lo anterior no es banal, como parece, sobre todo cuando el autor pertenecía al aparato de poder estatal o estaba con ellos involucrado, como en la generalidad de los casos hasta ahora decididos por la Corte IDH en materia de obligaciones de protección penal de los derechos fundamentales.

Esta perspectiva de satisfacción de la víctima por medio de la punición del culpable no es, probablemente, ajena a la jurisprudencia del TEDH, pero no parece ser su preocupación dominante — y, de todas maneras, no aparece nunca anunciada de forma expresa en las motivaciones de las sentencias. El asunto central para el Tribunal parece, más bien, asegurar que el Estado cumpla correctamente su tarea de *prevenir* de manera *efectiva* las violaciones materiales de los derechos fundamentales de los particulares en el ámbito de su respectiva jurisdicción. La idea expresada en los casos *Gäfgen contra Alemania* u otros es, entonces — como se desprende claramente de los trazos citados arriba —, que la *impunidad* de los autores de la violación, o una punición con una *pena demasiado débil* — equivalente, en sí misma, a una *impunidad de facto* —, no transmite un mensaje suficientemente claro a la colectividad para ejercer una función realmente *disuasiva* sobre los futuros o potenciales autores, así como para recalcar con suficiente claridad la *importancia del derecho fundamental violado*.

La aplicación concreta de la pena al autor de la violación — y de una pena suficientemente fuerte para que sea tomada en serio por la generalidad de los destinatarios de las normas penales — completa así, en la perspectiva del TEDH, las clásicas funciones de *prevención general negativa y positiva* asignada a las normas de incriminación, confirmando en el caso concreto la determinación del ordenamiento a *no tolerar en el futuro* este tipo de violaciones de los derechos individuales. Más que en función de la tutela del recurrente particular, el requisito de proporción de la pena impuesto por ésta reciente jurisprudencia del TEDH pareciera explicarse, entonces, en función del interés *colectivo* a la tutela de los derechos fundamentales de la *generalidad* de los particulares que se encuentran en la jurisdicción de los Estados parte. Un interés, por lo tanto, que trasciende el interés del particular y del cual, sin embargo, el mismo

Tribunal se hace cargo, quizás forzando su mismo rol institucional en el sistema diseñado por el Convenio.

En esta perspectiva — que quiero presentar aquí como una mera hipótesis de trabajo, sobre la cual sería necesaria una reflexión mayor —, detrás del aparente reconocimiento de un “derecho a la pena” de la víctima subyacería la sempiterna idea clásica de la *prevención general*, negativa y positiva, aunque expresada bajo el mantel impropio de la tutela de los derechos de la víctima particular — un mantel, sin embargo, procesalmente necesario, en un sistema en el cual casi la totalidad de los recursos proceden, precisamente, por víctimas particulares.

5.3. Tercera duda: ¿usurpación de las prerrogativas del legislador nacional?

Admitamos ahora que la *criminalización* de la conducta lesiva del derecho fundamental *pueda ser*, bajo ciertas circunstancias, condición práctica *necesaria* para una *tutela procesal efectiva de la víctima* (*supra*, párr. 5.1), y que la *aplicación de una pena proporcionada* al autor *pueda ser*, asimismo, *necesaria* para una prevención efectiva de futuras violaciones, o quizás también para la “reparación” de la violación desde el punto de vista de la víctima (*supra*, párr. 5.2). Igual la pregunta que permanece es, evidentemente, si la Corte IDH como el TEDH tienen la *legitimación*, desde un punto de vista político-institucional, para decidir sobre esta *necesidad de la pena* (*in abstracto* e *in concreto*). Esto es, precisamente, lo que constituye el objeto de la tercera duda: ¿corresponde realmente a estos *tribunales internacionales, que carecen de toda legitimación democrática*, imponer *obligaciones de ejercicio del ius puniendi* dirigidas a los Estados, considerando, además, la falta de un explícito *fundamento textual* en los convenios, a partir de los cuales puedan desprender su propia existencia?

El principio *nullum crimen sine lege* — sobre el cual se rige el derecho penal moderno — parece aquí cuestionado bajo una *doble* perspectiva. *Por un lado*, la determinación del alcance de la punibilidad es modernamente pensada — por lo menos en el mundo del *civil law*, en contraposición al del *common law* — como una *tarea propia del parlamento*, en cuanto institución representativa de la colectividad en su conjunto: lo cual se opondría, en principio, a la que la jurisprudencia se arrogue una tarea creativa, tanto de normas penales dirigidas al ciudadano, como de *obligaciones dirigidas al legislador de establecer normas penales*. *Por otro lado*, la materia penal es tradicionalmente considerada como un sector de exclusiva competencia de los Estados nacionales — casi como proyección natural de su *soberanía* —: lo cual se opondría, también, a toda intervención de instancias *supranacionales* en este “jardín prohibido”.

Sin embargo, no creo que se pueda negar por esta vía la legitimidad de la jurisprudencia que acabamos de examinar.

Para empezar, hay que considerar que, en todo ordenamiento contemporáneo, la tarea de *tutelar los derechos humanos* no está sujeta al arbitrio del legislador, incluso cuando el legislador esté constituido por un parlamento democráticamente elegido. El derecho fundamental protege al individuo también *contra* las decisiones de la mayoría; lo que implica, por necesidad lógica, que su tutela debe estar confiada a instituciones

diversas de aquellas que representan la propia mayoría. El sentido del neoconstitucionalismo contemporáneo, nacido en Europa después de la experiencia dramática de los regímenes fascista y nazista — inicialmente democráticos, y apoyados sobre la base de un gran consenso popular en Italia y Alemania — está precisamente en el reconocimiento de la necesidad de confiar en los órganos *jurisdiccionales*, independientes de los poderes del Estado que más directamente expresan la voluntad popular, la protección de las reglas básicas del ordenamiento, entre las cuales se inscriben en posición privilegiada los derechos fundamentales del individuo.

Por otro lado, de las cenizas del segundo conflicto mundial y de su carga de horrores, surgió el convencimiento que la protección de los derechos fundamentales es una cuestión demasiado vital para la humanidad como para confiarla a cada uno de los Estados, y que la *comunidad y el derecho internacional* deben directamente hacerse cargo de esta tarea. *Limitando, correlativamente, la soberanía* de los Estados en aquél crucial ámbito.

En consecuencia, si la tutela de los derechos fundamentales del individuo no puede reducirse a meras declaraciones de papel, y tiene en cambio una irrenunciable dimensión de *efectividad*, sobre la cual justamente los tribunales insisten; y si el Estado debe *tomar en serio* esta tutela, protegiendo de manera *eficaz* al individuo contra las arbitrariedades de los mismos órganos y agentes, así como contra las prepotencias de otros individuos; entonces de ello se debe desprender que la *falta de actuación* del *ius puniendi* constituiría, ella misma, una *violación* de los deberes de tutela de los derechos fundamentales, cada vez que esta omisión aparezca *manifiestamente irrazonable* en una perspectiva de protección efectiva de los derechos fundamentales en juego. Aquí el margen de apreciación de los Estados sobre la necesidad de la tutela penal estará sobrepasado, y los tribunales podrán intervenir precisamente para *sancionar la omisión del Estado* en su tarea de protección de los derechos fundamentales — exactamente como esos mismos tribunales internacionales y las cortes constitucionales nacionales suelen intervenir cuando el Estado *manifiestamente se excede* en el ejercicio de su potestad punitiva.

El “derecho de los derechos humanos” (*human rights law*) acaba así por prohibir tanto el *exceso arbitrario* en el ejercicio del *ius puniendi* (en violación del llamado *Übermassverbot*, según lo expresa la doctrina alemana), como la *falta de ejercicio* del *ius puniendi* en todos los casos en que esta inacción del Estado conduzca a una *manifiesta infraprotección* de los derechos fundamentales por el medio del derecho penal (en violación del principio contrario del *Untermassverbot*)³⁶.

La materia penal — y la fundamental opción sobre el ejercicio o no del *ius puniendi* — quedará con ello, *en principio*, sujeta a la evaluación de los parlamentos nacionales, pero con el límite de la *manifiesta irracionalidad* — que es precisamente el punto donde la discrecionalidad del legislador se torna en arbitrariedad.

³⁶ Sobre esta dicotomía véase, a modo de ejemplo: W. HASSEMER, *Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung*, en *Androulakis-FS*, 2003, pp. 217 ss.

6. Una tarea para el futuro.

Bastante más podríamos discutir sobre estos temas, pero mi objetivo aquí era básicamente delinear un *cuadro* de lo que está sucediendo en estos últimos años en la jurisprudencia de las dos cortes internacionales, y de levantar un par de *preguntas de fondo* para introducir — no más que eso — una discusión crítica sobre la “cara represiva” de los derechos fundamentales³⁷. Una cara de alguna manera oscura e inquietante, con la cual — sin embargo — creo que todos los penalistas tendrán que enfrentarse cada vez más con mayor frecuencia.

³⁷ Para una discusión más extensa véase: F. VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., pp. 2682 ss.