VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *DACOSTA CADOGAN* (BARBADOS), DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2009

1. El caso *DaCosta Cadogan*, a cuya sentencia agrego este voto, brinda a la Corte una nueva oportunidad para reprobar la figura de la pena de muerte obligatoria o forzosa, que aún recogen algunas legislaciones nacionales y que contraviene --por los motivos expuestos por la propia Corte en reiteradas ocasiones-- los términos del artículo 4 de la Convención Americana. En efecto, esa figura de la normativa interna no permite reservar la pena capital para los delitos más graves, como dispone el precepto invocado, porque reúne bajo un mismo concepto de gravedad hechos ilícitos que debieran quedar alojados en distintos tipos penales y acarrear penas diferentes.

2. Conviene mencionar que no se trata solamente de individualizar las sanciones en casos específicos que se suscitan conforme a un mismo tipo penal, sino viene a cuentas la inadecuada previsión típica de las conductas punibles. En otros términos, la exigencia del artículo 4 se proyecta a un tiempo sobre la tipificación de la conducta y la selección de la pena, y sobre la individualización judicial para fines de condena. No siempre se ha destacado esta doble referencia. El análisis suele concentrarse en la segunda hipótesis y dejar al margen la primera.

3. Tomando en cuenta esta ponderación, parece pertinente analizar la posible violación del artículo 9 de la Convención Americana, en relación con el 2 y el 4. En efecto, la legalidad penal -- formal y material, ambas recogidas por el concepto de ley sustentado por la Corte Interamericana -- no se satisface con la mera previsión, razonablemente clara y unívoca, de una conducta punible. Es menester que esta tipificación atienda el conjunto de referencias contenidas en la Convención que legitiman o fundan una norma incriminadora. Por ello, el legislador interno está obligado a excluir de incriminación conductas que no deban constituir delitos, a establecer los tipos sobre aquellas cuya tipificación proviene de normas del Derecho internacional de los derechos humanos (así, genocidio, tortura, desaparición forzada, por ejemplo) y a deslindar en tipos penales diversos y con punibilidades distintas diferentes categoría de ilícitos que no deban recibir un mismo tratamiento (inclusive delitos del mismo género que ofrecen diversa gravedad, como homicidio simple, homicidio atenuado y homicidio calificado). Nada de esto es indiferente desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, de la proyección de éste sobre el orden penal interno, que debe ser "releído", como han dicho algunos tratadistas, a la luz de aquél y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ya se ha pronunciado sobre esta cuestión precisamente a propósito de la pena de muerte forzosa u obligatoria.

4. Ahorraré mayores referencias a las razones en que se instala el criterio claro y constante de la Corte sobre la llamada pena de muerte obligatoria o forzosa, porque ha sido expuesto, como dije, en diversos momentos, lo cual determinó, inclusive, que el tribunal declinase responder a la opinión consultiva requerida por la Comisión Interamericana sobre esta materia, como se advierte en la Resolución dictada por la Corte el 24 de junio de 2005.

5. Ahora bien, la sentencia de *DaCosta Cadogan* permite a la Corte observar, como en efecto lo ha hecho, los buenos signos que se abren paso en el horizonte de la legislación nacional sobre la pena capital. Obviamente, el punto de llegada debiera ser la supresión total y definitiva de esta sanción, que muchas personas -- a las que me sumo -- han considerado y consideran en sí misma ilícita, además de probadamente ineficaz para alcanzar el objetivo que nominalmente se propone: reducción de la criminalidad. Debiera

llegar el día en que un gran consenso universal -- que por ahora no parece cercano -- establezca la proscripción de la pena capital en el marco del *jus cogens*, como ha sucedido ya con la tortura.

6. Sin embargo, la abolición no figura en la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta acoge una tendencia en este sentido, pero no suprime la pena; sólo la reduce, minimiza, condiciona. Queda acotada, lo más que se pudo en la Conferencia de San José, en 1969, por límites de diverso carácter: a) sustantivos, en relación con los delitos a los que se aplica (punto en el que aparece el tema de la sanción capital obligatoria o necesaria); b) procesales, a propósito de las características del enjuiciamiento y de los medios impugnativos o sustitutivos que debieran observarse en este ámbito; c) subjetivos, en lo que toca a las personas --grupos o categorías de personas -- a las que no es posible aplicar esa pena o que no podrían ser ejecutadas aun cuando se les hubiese impuesto, y d) por razones de desarrollo progresivo, en cuanto se proscribe la reimplantación de la pena capital una vez que ha sido suprimida .

7. La abolición que anhelaron los catorce Estados firmante de una declaración abolicionista presentada en la Conferencia de 1969 (inclusive algunos que demoraron en excluirla de la ley interna o que aún no lo han hecho), se ha replanteado en el protocolo específico sobre la materia. Cabe decir que no se trata, todavía, de una abolición completa, como sería deseable: sólo relativa, en tanto queda abierta la posibilidad de retener la pena de muerte para supuestos muy graves en situación de guerra. Por otra parte, llama la atención, en forma negativa, que el número de ratificaciones de este protocolo sea el más reducido entre los correspondientes a los instrumentos que integran el *corpus juris interamericano* de los derechos humanos: sólo 11 Estados lo han ratificado, en contraste -- por ejemplo-- con los 24 que han ratificado la propia Convención Americana o adherido a ella (número todavía muy reducido; la aspiración es y sigue siendo hacia la universalidad de los derechos y sus garantías: *derechos y tribunales para todos*) o la Convención para la eliminación de la violencia contra la mujer (Belem do Para), que ha conseguido 32 ratificaciones, el número más elevado en nuestra experiencia regional, del mismo modo que es muy elevado el número de Estados partes en la CEDAW.

8. En todo caso, hay que observar lo que antes llamé buenos signos en el horizonte, que se concretan en evoluciones recientes en países del Caribe. Debemos saludar con aprecio esos desarrollos y alentar su continuación. Forman parte de la recepción nacional, indispensable y por fortuna creciente, del Derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente del Derecho interamericano de los derechos humanos. Esta recepción está ocurriendo en años recientes, como varias veces he manifestado, por diversas vías eficaces: constitucional, legal, jurisdiccional, política y cultural. Es preciso que continúe. No podemos perder de vista que el sistema internacional de protección de los derechos humanos sólo posee carácter subsidiario o complementario de los sistemas nacionales de tutela. Es en éstos que se habrá de ganar la mayor batalla a favor de los derechos humanos, alentada por las fuerzas internas que militan por los derechos y apoyada por las instancias internacionales --como la Corte Interamericana -- llamadas a realizar su propia tarea conforme a su naturaleza y atribuciones.

9. En algunos países del Caribe la pena de muerte se ha mantenido en vigor pese a disposiciones que no la favorecen contenidas en los textos constitucionales. Las disposiciones secundarias en materia penal, específicamente las que contemplan la sanción capital obligatoria, se han beneficiado de una suerte de inmunidad frente a las nuevas constituciones. Es el caso de Barbados, en lo que respecta a la Sección 2 de la Ley de delitos contra la persona, cuya constitucionalidad no puede ser impugnada porque lo impide la “cláusula de exclusión” contenida en el artículo 26 de la ley suprema. Es decir, la pena

de muerte prevalece aun cuando entre en colisión con valores y principios acogidos en los textos constitucionales. Desde luego, la Corte Interamericana se ha pronunciado en contra de la prevalencia de las disposiciones secundarias que impiden la plena vigencia de normas constitucionales más favorecedoras del respeto y la protección de los derechos humanos. Por fortuna, algunos pronunciamientos de la justicia interna caribeña o del Privy Council han marchado en la misma dirección.

10. Es relevante el giro de la legislación sobre esta materia en Jamaica, que ha iniciado una nueva era. También lo es la determinación anunciada por el gobierno de Barbados, recogiendo decisiones de la Corte Interamericana, en el sentido de reformar su ley penal y ajustarla a los principios constitucionales, de manera que excluiría la pena de muerte obligatoria o forzosa. Es cierto que aún está pendiente la realización de estas reformas -- y así lo hace notar la Corte Interamericana en la sentencia *DaCosta Cadogan* al considerar que existe violación al articulo 2 de la Convención Americana --, pero no lo es menos que se halla a la vista una explícita voluntad política, formalmente expresada y ampliamente comprometida, que permite suponer la pronta adopción de cambios de mayor cuantía en la legislación de Barbados.

11. En este voto quiero referirme a una cuestión relevante, a mi juicio, que también ha observado la Corte Interamericana en la sentencia analizada, a saber, la omisión del Estado en asegurar la más amplia defensa del inculpado que enfrenta la pena de muerte en virtud de la naturaleza del delito cometido y en atención a determinadas condiciones personales. Se trata, en fin, de la forma de entender y aplicar el debido proceso en este caso, y más todavía -- a mi juicio --, en cualesquiera otros casos similares. Viene a cuentas, pues, la restricción de la pena de muerte derivada de cuestiones procesales, además de la proveniente de cuestiones sustantivas a las que aludí en los anteriores párrafos.

12. Conforme a la vigente legislación barbadense (o más ampliamente, a la normativa de Barbados, para abarcar bajo este concepto tanto disposiciones recogidas en estatutos formales como emanadas de prácticas o criterios jurisprudenciales, en el marco del *common law)* no es aplicable la pena de muerte en el supuesto de personas que han cometido delitos sancionados con aquélla pero se hallaban afectadas, al momento de cometerlos, por alteraciones en su salud mental u otras situaciones (adicción a alcohol o drogas) a las que esa normativa asocia la misma consecuencia jurídica. Existen, pues, hipótesis de exclusión de la pena de muerte, que lógicamente constituyen presupuestos a considerar para conducir el proceso y emitir la sentencia. La presencia o ausencia de esas exclusiones influye en la alternativa que se cierne sobre el sujeto: vida o muerte, como dijo la Sentencia de la Corte.

13. No se trata solamente de la capacidad del individuo para enfrentar el juicio con lucidez, y tampoco de su competencia para comparecer en el procedimiento oral y entender los cargos que se le dirigen. Esto, que es mucho, no lo es todo. Se trata de la pertinencia o impertinencia de emprender un procedimiento y formular unas pretensiones -- ambas cosas a cargo del Estado -- que desembocarán en la pena capital, o bien, por contraste, llevar adelante un procedimiento y arribar a unas consecuencias que no comportan esa gravísima sanción. En este sentido se puede hablar de la relevancia de la definición que se adopte como presupuesto de la actuación punitiva del Estado.

14. Así las cosas, parece evidente que el Estado debe tomar en cuenta el régimen del Derecho internacional de los derechos humanos sobre el enjuiciamiento de personas que pudieran ser condenadas a la pena capital. Es claro que existen estándares muy exigentes en este ámbito, como se advierte en las Salvaguardas establecidas por las Naciones Unidas, de 1984, que demandan la más amplia defensa del imputado -- puntos 4 y 5 --, y como se desprende del artículo 4 de la propia Convención Americana. El procedimiento penal debe

ser particularmente garantista, y en esta misma dirección -- y bajo este mismo espíritu -- debe moverse la actuación penal del Estado, a través de los diversos agentes públicos que intervienen en estos asuntos: policía, fiscalía, tribunal, entre otros. Ningún órgano del Estado se puede sustraer a estos imperiosos requerimientos.

15. El tribunal tiene a su cargo una función de garante de los derechos humanos del justiciable, que no puede soslayar. Así las cosas, la primera preocupación del tribunal en un caso como el que ocupó a la Corte debía ser la verificación puntual y precisa de que en efecto se hallaban satisfechas las condiciones en las que se basaba el enjuiciamiento que iniciaba, es decir, que efectivamente existían los presupuestos para emprender un juicio que culminaría en pena de muerte. Esto implicaba que el tribunal se cerciorase de que se había descartado, razonablemente, el presupuesto de exclusión de pena de muerte asociado a la salud mental del procesado en el momento de cometer el delito, en su caso, y no sólo al tiempo de comparecer en el juicio.

16. Habida cuenta de la función de garante que recae en el juzgador y de los muy elevados estándares procesales en hipótesis de aplicación de la pena de muerte, aquél no podía ni debía depender de la diligencia y la pericia profesional del abogado defensor -- también funcionario del Estado, por cierto --, sino debía asumir, por sí mismo, la verificación de ese presupuesto, ordenando un examen psiquiátrico adecuado para tal fin. Esto no excluye los deberes del defensor, pero las obligaciones del asistente legal tampoco relevan al tribunal de las que son inherentes a su elevada responsabilidad.

17. Tómese en cuenta que el propio juzgador instruye al jurado para que considere la situación mental del reo como elemento importante para la formulación del veredicto. ¿Cómo podría hacerlo el jurado -- un grupo de legos -- si no se le ha dado información suficiente y clara -- necesariamente información profesional, calificada -- sobre este extremo, que no puede librarse a la discreción de los ciudadanos y ni siquiera del juez, que no es experto psiquiatra?

18. No puedo secundar la idea de que conforme a las reglas estrictas del sistema procesal penal acusatorio el juzgador debe abstenerse de asumir iniciativas probatorias y aguardar a que las partes soliciten actuaciones que son notoriamente indispensables. Me refiero a la disposición de pruebas sobre extremos de lo que depende mucho más que una ventaja procesal secundaria: la definición misma sobre la pertinencia de un enjuiciamiento que culmina, por fuerza, en pena de muerte. Estimo inaceptable que el juzgador asuma una conducta pasiva en tal hipótesis –la omisión a la que se refirió la sentencia *DaCosta*--, que puede generar el más grave quebranto de las normas aplicables y traer consigo una injusticia. En esta situación, el tribunal – órgano que "administra justicia" – debe asumir la tutela efectiva del orden jurídico y no limitarse a esperar a que lo hagan otros participantes en el proceso. Por supuesto, la exigencia de iniciativa judicial no se contrae sólo a un caso, sino debe tener el carácter de regla general aplicable a todos los supuestos en los que concurran los elementos que lo justifican.

19. Comparto con mis colegas integrantes de la Corte Interamericana el avance que implica la sentencia en el caso *DaCosta Cadogan* con respecto a la resolución equivalente en el caso *Boyce*. Para rectificar la violación cometida en la especie, es necesario –- por lo menos -- modificar la pena impuesta. Esta modificación -- un acto judicial por naturaleza -- debe quedar a cargo de un tribunal, por medio de un procedimiento judicial. Vale insistir en que la aplicación de penas –- y consecuentemente la modificación de las penas aplicadas –- queda claramente dentro de las funciones judiciales. No basta el procedimiento administrativo de conmutación (sí ese fuere el caso) o el remedio del indulto, con su componente de "gracia". Cuando los tribunales internacionales se han ocupado de la

corrección de muy graves violaciones al debido proceso, han determinado que aquélla corra por el cauce judicial, con audiencia y defensa del sujeto afectado. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana.

Sergio García Ramírez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario