Buenos Aires, 26 de enero de 2009.

A la Sra. Presidente de la

Corte Interamericana de

Derechos Humanos

Dra. Cecilia Medina Quiroga

S / D.

Tenemos el agrado de dirigirnos a Ud. en relación con la opinión consultiva solicitada por la República Argentina al tribunal internacional a su digno cargo.

En ese sentido, en nuestro carácter de investigadores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y en el marco del acuerdo de cooperación suscripto entre ambas instituciones, le solicitamos tenga a bien admitir la observación escrita que se adjunta al presente a los fines de ser tenida en consideración al momento de resolver el planteo peticionado por el Estado.

Saludamos a Ud muy cordialmente.

Siro Luis De Martini

Alejo Amuchástegui

Joaquín Mogaburu

**OBSERVACIÓN ESCRITA A LA SOLICITUD DE OPINIÓN
CONSULTIVA RELATIVA A LA “INTERPRETACIÓN DEL
ARTÍCULO 55 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS”, EN RELACION CON “LA FIGURA DEL
JUEZ AH HOC Y LA IGUALDAD DE ARMAS EN EL PROCESO
ANTE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CONTEXTO DE UN
CASO ORIGINADO EN UNA PETICIÓN INDIVIDUAL”, ASÍ COMO
RESPECTO DE “LA NACIONALIDAD DE LOS MAGISTRADOS
(DEL TRIBUNAL) Y EL DERECHO A UN JUEZ INDEPENDIENTE E
IMPARCIAL”.**

Signatarios:

Siro L. De Martini

Alejo Amuchástegui

Joaquín Mogaburu.-

En el marco del acuerdo de cooperación suscripto entre la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y la Corte
Interamericana de Derechos Humanos.

Contacto:

Pontificia Universidad Católica Argentina
Facultad de Derecho
-Edificio Santo Tomás Moro. Oficina 122-
Av. Alicia Moreau de Justo 1600. Ciudad autónoma
de Buenos Aires. ARGENTINA
siroldemartini@uca.edu.ar o Alejo.Amuchastegui@pjn.gov.ar

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
INTERES DE LA OBSERVACION ESCRITA.....	2
I. LA FIGURA DEL JUEZ DESDE UNA PERSPECTIVA CLASICA.....	3
a. La potestad judicial en Santo Tomás de Aquino.....	5
b. La simbología de la toga según Carnelutti.....	8
c. Implicancias éticas de la labor judicial.....	9
II. LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES.....	12
III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS ENTRE LAS PARTES Y SU RELACION CON LA POSIBILIDAD DE DESIGNAR UN JUEZ AD-HOC POR PARTE DE UN ESTADO DEMANDADO EN UNA DENUNCIA INICIADA POR UN PARTICULAR.....	19
IV. CONCLUSIÓN.....	32
NOTAS.....	36

INTRODUCCION

El último 14 de agosto, la República Argentina, de conformidad con lo previsto en el art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), requirió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o la Corte) una opinión consultiva cuyo objeto es la aclaración de dos cuestiones que giran en torno a la interpretación y alcance que cabe asignarle al art. 55 de la CADH.

La primera de ellas guarda relación con el juez *ad-hoc* y el principio de igualdad de armas, pues se sostiene que la posibilidad de designar un magistrado para el caso concreto por parte del Estado demandado, dejaría en inferioridad de condiciones a la víctima y sus representantes así como a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH o la Comisión), quienes no tienen ingerencia ni participación en su elección, violando consecuentemente el principio apuntado.

La segunda, por su parte, hace hincapié en el derecho a un tribunal imparcialidad e independiente que debe imperar en todos los procesos -máxime en los casos donde se investigan violaciones a los derechos humanos- y que podría verse menoscabado cuando un juez que interviene en un caso contencioso que tiene al Estado del cual es nacional como demandado por un particular, no se inhibe de intervenir.

Más allá de lo expuesto, la solicitud de opinión consultiva se formuló en los siguientes términos:

1) “De acuerdo a lo previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 55.3. ¿la posibilidad de designar

un juez ad-hoc debe limitarse a aquellos casos en que la demanda interpuesta ante la Corte haya sido originada en una denuncia interestatal?” y;

2) “Para aquellos casos originados en una petición individual, ¿Aquel magistrado nacional del Estado denunciado debería excusarse de participar de la sustanciación y decisión del caso en orden a garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia?”.

Hasta aquí, en esencia, el pedido de nuestro país a la Corte IDH.

INTERES DE LA PRESENTE OBSERVACION

ESCRITA

La misión que le compete al tribunal, en el marco de su función consultiva, se centra en analizar la figura del Juez *ad-hoc* y ello a la luz del artículo 55 de la Convención Americana y del rol que ocupó dicho instituto en la historia de su jurisprudencia.

Para realizar dicha tarea, entendemos que en primer lugar se debería definir que debe entenderse respecto de la figura del juez y dentro de ella analizar dos de sus cualidades principales, la imparcialidad e independencia que su función debe acarrear, para luego de ello, analizar el instituto que se cuestiona.

Con ese fin nuestra propuesta o como mejor lo indica la convocatoria que nos ocupa nuestra “observación” es esbozar -a la luz del pensamiento ius filosófico clásico (I) - algunas nociones básicas respecto a la figura del juez.

Luego de ello, y complementando esa misma idea directriz, haremos una reseña sobre los conceptos de independencia e imparcialidad de los jueces, con especial interés en la jurisprudencia de la Corte, de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (II).

Por otro lado, apuntaremos los elementos centrales del principio de igualdad de armas entre las partes, tanto en lo que se refiere a su concepto como a su interpretación y aplicación por la jurisprudencia de los organismos y tribunales internacionales de derechos humanos señalados en el párrafo que antecede, y lo relacionaremos brevemente con la figura del juez *ad hoc* (III).

Para finalizar, algunas someras reflexiones sobre los temas presentados servirán de conclusión a esta observación escrita (IV).

I. LA FIGURA DEL JUEZ DESDE UNA PERSPECTIVA CLASICA

Puesto que consideramos pertinente - conforme fuera expuesto- que primero debe definirse qué se entiende por un juez para poder debatir luego la procedencia o no del juez *ad hoc* y conscientes de nuestras limitaciones para ahondar en un tema tan profundo como éste, no intentamos aquí agotar el tema ni desarrollar sofisticadas teorías, sino que simplemente nos conformaremos con traer a colación lo que han dicho dos grandes autores sobre nuestro tópico. Tratando de mantenernos fieles a nuestra identidad de Universidad

Católica Argentina, tomaremos a Santo Tomás de Aquino y a Francesco Carnelutti.

El primero de ellos ha sido el referente principal de toda la filosofía cristiana postrera al siglo XIII de nuestra era, y por ende de la filosofía del derecho, y ha recibido los más grandes elogios por la profundidad y sencillez de su pensamiento. Al Papa León XIII corresponde aquella frase según la cual Tomás habría sido el más santo entre todos los doctos y el más docto entre todos los santos. Él nos ayudará a explicar los alcances de la función del juez y las características principales de todo juicio.

Del jurista italiano, tomaremos su explicación metafórica de la dignidad del juez a raíz del análisis que hace en torno al uso de la toga.

Finalmente recurrimos a las cuestiones específicas de la ética judicial, para enfocar la presentación en las obligaciones del magistrado en el proceso.

Como ya adelantamos, no pretendemos ser definitivos en nuestra exposición, sino que nuestra propuesta es esbozar a grandes rasgos lo que han dicho estos autores - confiados en que ellos podrán expresar de mejor manera lo que queremos transmitir nosotros- para que de la interrelación de los mismos pueda luego el tribunal arribar a alguna definición que permita estudiar después los principios controvertidos por la incorporación del juez *ad-hoc*.

a) La potestad judicial en Santo Tomás de Aquino

La Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino trata las cuestiones relativas al juez en dos grandes partes: en aquella relativa a la ley y la gracia, y en la que dedica a la prudencia y la justicia como virtudes cardinales¹.

Uno de los primeros interrogantes que se plantea respecto a las leyes humanas -conforme al método utilizado entonces de las cuestiones disputadas, *disputatio*, propio de la Universidad medieval- es si realmente fue útil la institución de leyes por los hombres², o si no hubiera sido mejor dejar la dirección de los asuntos humanos en manos de los jueces directamente. Va a responder en consonancia con Aristóteles que es mejor que todas las cosas estén reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces por tres argumentos. En primer lugar porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que basten para instituir leyes justas que los muchos que se requerirán para juzgar rectamente cada caso particular; en segundo lugar porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la ley, mientras que los juicios de los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente; y en fin, porque los legisladores juzgan en universal y sobre hechos futuros, mientras que los hombres que presiden los juicios juzgan de asuntos presentes, asuntos en los cuales están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión. De lo expuesto concluye que como la justicia viviente del juez no se encuentra en muchas personas, y además es muy flexible se impone la necesidad de instituir una ley que determine cómo se ha de juzgar, dejando poquísimos asuntos a la decisión de los hombres³. De aquí, entonces, la primera obligación del juez que consiste en cumplir y hacer cumplir la ley.

La cuestión 60 la dedica exclusivamente al juicio, como acto de la justicia, virtud que consiste -en consonancia con la clásica definición de Ulpiano- en dar a cada uno lo suyo. Por ello dirá que el juicio no es otra cosa que la definición o determinación de lo justo o el derecho⁴. Y tras preguntarse si es lícito que el hombre juzgue, responde que es lícito en cuanto es acto de justicia, pero al mismo tiempo requiere que se cumplan tres condiciones: primera, que proceda de una inclinación de justicia; segunda, que emane de la autoridad superior; tercera, que sea pronunciado por la recta razón de la prudencia. Si alguno de los requisitos faltare, el juicio será vicioso e ilícito: si es contrario a la rectitud de la justicia, hablaríamos de juicio injusto; si el hombre juzga sobre cosas sobre las que no tiene autoridad, se habla de juicio usurpado; y si faltara la certeza racional como si alguien juzga de las cosas que son dudosas u ocultas por algunas ligeras conjeturas, se habla de juicio suspicaz o temerario⁵.

También queremos traer a colación la cuestión 67 de la misma parte de la *Suma*, que el Aquinate dedica, paradigmáticamente, a la justicia e injusticia del juez. Distingue en primer lugar cinco modos de injusticia en el juicio, según las personas que participan en el proceso judicial, a saber: el juez, el acusador, el reo, el testigo y el abogado. Se enfoca aquí en la figura del juez, configurando un verdadero código de deontología jurídica, pues más allá de contar con fuentes legales diferentes -teniéndose en cuenta las instituciones medievales- a las actuales, aporta principios eternos de moral y derecho natural forense, aplicables a cualquier juez en cualquier lugar y tiempo.

El acto propio del juez sería el juicio, la sentencia judicial que domina y finaliza toda la actuación procesal; es más que ningún otro

funcionario estatal, el que representa la autoridad, el que encarna el prestigio y la fuerza coercitiva del poder público. Pero para ello se deben preceder a su actuación ciertos requisitos, el primero de los cuales es que la persona investida tenga competencia o autoridad pública sobre las personas que se acercan -directa o indirectamente- a solicitar su auxilio.

Un segundo requisito esgrime Tomás y es la ciencia que debe poseer en la materia jurídica. Sin embargo, el autor reconoce que la cualidad y deber más propios de la profesión judicial es la *imparcialidad*. Todo magistrado debería tomar conciencia de la dignidad de que está investido, y de sus funciones como persona pública, toda vez que el juez no es una persona privada, sino el representante de la autoridad, que debe resolver el litigio en estricta justicia y en nombre de la comunidad⁶. No es casualidad que este menester sea considerado algo sagrado y comparado con el sacerdocio, ni que Aristóteles en el libro V de su *Ética* le haya denominado *justicia animada*. En virtud de este principio de imparcialidad, entonces, es que debe posponer toda mira personal, amistades, odios, propios intereses y sus pasiones políticas, tomando distancia para poder elegir las decisiones apropiadas.

Finalmente, en cuanto al proceso penal nos dice que el procedimiento judicial debe desarrollarse entre un acusador y un reo, y que “en materia criminal no puede el juez condenar a alguien en juicio si no tiene acusador”⁷, quien querelle o establezca alguna acción jurídica contra él, de manera tal que pueda defenderse. De la pugna entre ambas partes el juez debe resolver mediante la sentencia.

b) La simbología de la toga según Carnelutti

Para ilustrar la importancia de la figura del juez y su dignidad, Carnelutti recurre al pintoresco uso de la toga, que si bien en nuestro país perdió vigencia hace tiempo, se conserva en otros e incluso en el ámbito de la Corte Interamericana. Reconoce que es ella lo primero que impresiona a cualquier lego al ingresar al recinto tribunalicio. Para poder explicar el fundamento de aquella tradición usa dos expresiones aparentemente disímiles: *divisa* y *uniforme*.

Divisa, porque justamente lo que hace la toga es dividir, distinguir y separar -al igual que los trajes militares- a quienes ejercen la autoridad (porque esto es lo que implica la divisa) de aquellos sobre los cuales se ejercita, agregando que “es la misma razón por la cual también los sacerdotes visten una ‘divisa’; y, todavía más, cuando celebran las funciones litúrgicas, se revisten de las vestiduras sagradas”⁸.

Y al mismo tiempo habla de *uniforme*, que a diferencia de la divisa da idea de unidad: en primer lugar entre los jueces de un mismo colegio, pero también explica este uniforme el por qué también el ministerio público y los abogados lo usan, puesto que lo que ellos hacen es “hecho en servicio de la autoridad; en apariencia están divididos pero en realidad están unidos en el esfuerzo que cada uno realiza para alcanzar la justicia”⁹ y también de allí hará derivar la importancia de las partes en el proceso penal.

Por eso el cuarto capítulo de la obra a la cual venimos refiriéndonos se lo dedica a la relación que existe entre el juez y las partes, para destacar ese papel de preponderancia que debe existir en el juzgador, y que lo obliga a obrar con una estricta imparcialidad. En lo más alto de la escala está el

juez, y no existe un oficio más alto que el suyo ni una dignidad más imponente; ante él se presentan las partes, y él debe decidir al final del proceso quién tiene razón. Por ello habla del drama del juez que consiste en que es también él un hombre y debe juzgar a otros hombres.

c) Implicancias éticas de la labor judicial

Luego de haber intentado alguna definición de juez y analizado su función y dignidad, nos detendremos ahora en una pequeña reflexión sobre la ética de los jueces.

Tomamos para ello las ideas vertidas por Rodolfo Luis Vigo (h.) en su opúsculo titulado *Ética de la magistratura judicial*. El autor comienza aclarando los alcances de la ciencia de la ética aunque centra su análisis en la ética especial de la magistratura que es “moral especial que trata de fijar criterios o normas de conducta, que si bien encaminadas a la perfección del hombre, guardan relación con una específica función que puede desarrollar el hombre en la sociedad, o sea, el ser juez”¹⁰.

Analiza allí varias concepciones éticas que niegan la posibilidad de una ética, y se circunscribe finalmente a las exigencias éticas contenidas en el proceso, aunque también analizará luego las cuestiones éticas de la sentencia, pero no será menester nuestro su indagación. Quedémonos tan sólo con el proceso como camino para arribar a una sentencia justa, objetivo final de la labor del juez.

Resaltamos aquí ante todo la lista que elabora de los deberes que le competen al juez, conforme le asignan nuestro autor de marras y muchos códigos éticos de la magistratura. Ellos son:¹¹

- a) *Imparcialidad*: aquí cita a Aristóteles, quien dice que mientras el juicio del legislador no se refiere a un caso particular, ni a lo presente sino que trata de lo futuro y universal, el juez juzga inmediatamente acerca de lo presente y determinado, a lo cual van unidos con frecuencia el amor, el odio, de manera que no es posible ver adecuadamente lo verdadero, sino que el propio placer oscurece el juicio, como ya lo vimos que repetía Santo Tomás de Aquino. En razón de esta obligación el juez debe cumplir bien su función de representante de la comunidad, evitando cualquier amistad o animadversión con las partes. Como corolario del mismo, la legislación positiva ha creado los institutos de la excusación y la recusación para alejar del entendimiento de algunos casos a jueces que presenten intereses en la resolución de los mismos;
- b) *Preocupación por la verdad del caso*: lo cual implica que el juez no es un convidado de piedra en el proceso, sino que su función es dinámica, no para suplir la negligencia de las partes, sino para conocer la verdad real del asunto que debe resolver;
- c) *Decisiones en plazos apropiados*: Toda demora implica una injusticia, ya que como se dice coloquialmente la justicia lenta no es justicia.
- d) *Ejercicio pleno de su autoridad*: en razón de que la función judicial forma parte del poder del Estado, y por tanto está investido con la facultad de

coacción, y su desobediencia ataca gravemente contra el bien común de la comunidad.

- e) *Comportamiento acorde a su dignidad*: El juez es un funcionario público y su dignidad, “derivada de la autoridad que en nombre de la comunidad ejerce, atribuyendo a sus miembros y al todo social lo que le corresponde, exige un comportamiento adecuado a esa función de preeminencia en la comunidad, de modo que los particulares recurren con confianza a los jueces buscando que sus decisiones revelen la rectitud del derecho y la justicia”¹². Por eso Malem considera que los jueces para poder juzgar acertadamente deben ser “sobrios, equilibrados, pacientes, trabajadores, respetuosos, con capacidad para saber escuchar los argumentos que las partes les ofrecen en el proceso y con la habilidad suficiente como para poder superar sus propias limitaciones personales”¹³.
- f) *Actuación fundada en derecho*: Aquí nos referimos principalmente a la sentencia que pone fin al proceso, pero también a todas las providencias conducentes que no pueden sustentarse en el arbitrio personal del juez, sino que han de estar fundadas en derecho y dirigidas lógicamente a la sentencia.

Habiéndose expuesto las consideraciones precedentes sobre la figura del juez, pasaremos a analizar seguidamente -dentro de los límites propios que este tipo de presentaciones impone- la independencia e imparcialidad del juez en lo que respecta al tratamiento que les ha dado la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos y la doctrina.

II. LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD DE

LOS JUECES

El proceso judicial está estructurado sobre la idea de debido proceso legal o del “fair trial”, y en los distintos principios procesales que se siguen de ello. Dos de los más importantes son los que garantizan a las partes la imparcialidad y la independencia de los tribunales que deben resolver las cuestiones que los tienen como partes. Para que pueda hablarse de un respeto al debido proceso legal, las partes deben poder intervenir y defender sus pretensiones en igualdad de condiciones que su contraria y, sobre todo, de manera efectiva y concreta; para lo cual, previamente, deberá existir un juzgador imparcial e independiente.

Por tanto, el respeto de esta garantía surge como una de las cuestiones de mayor trascendencia para el derecho doméstico y para el derecho internacional de los derechos humanos, que se proyecta a todos los procesos ya sea penales, civiles, administrativos, laborales o de cualquier otro tipo¹⁴.

En el ámbito doméstico, se ha establecido la independencia y la imparcialidad de los jueces como un mecanismo dirigido a evitar la intromisión del poder ejecutivo y del poder legislativo en el poder judicial. Por ello se dice que: “los jueces son, en cuanto al ejercicio de su función y para la aplicación del Derecho al caso concreto, independientes de todos los demás poderes del Estado”¹⁵.

El Juez integra el poder judicial, siendo designado para esa función mediante una serie de procedimientos constitucionales y los

pronunciamientos que va adoptando en el marco de los procesos en los que le toca intervenir no pueden ser revocados ni revisados por los otros poderes del Estado (con muy pocas excepciones, claro está, pudiendo citar como ejemplo, la amnistía o el indulto). La garantía precitada se erige, entonces, no sólo a favor de los jueces o de los tribunales en relación a la intromisión de los otros poderes en el marco de sus funciones, sino también y esencialmente se proyecta hacia las partes como un derecho al acceso a la justicia y a las distintas garantías que rigen el debido proceso.

La independencia e imparcialidad de los jueces, como garantía, se encuentra regulada en diversos tratados y normas supranacionales: en la CADH está prevista en el artículo 8.1¹⁶, mientras que en el ámbito europeo lo está en el art. 6.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por otro lado, en el ámbito universal, el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre también la contempla así como el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, lo encontramos en el ámbito interamericano en Los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura y la Carta Democrática Interamericana, por citar sólo los más cercanos a nosotros.

Ahora bien, analizaremos la imparcialidad que deben tener los tribunales, para luego hacer lo propio con la independencia. Puntualmente, en lo que hace a la imparcialidad del juzgador, vamos a poner el acento en uno de los tópicos que a nuestro modo de ver resulta más importante tener en cuenta para responder a la pregunta formulada por el Estado. Este es el que gira en derredor a la confianza que deben inspirar los tribunales y los jueces en el ejercicio de su función en el marco de una sociedad democrática.

Uno de los ejes sobre los que pivotea el debido proceso legal es justamente la imparcialidad del juez o del tribunal, quien debe carecer de intereses afines con las partes o con el objeto del asunto y no puede, naturalmente, tener opinión preestablecida sobre los mismos.

La imparcialidad no sólo puede ser vista desde un plano subjetivo (reservado al fuero íntimo de los magistrados), sino también desde una perspectiva objetiva (que implica dar “apariencia de imparcialidad”) -sobre este último punto consideramos que debe centrarse, fundamentalmente la cuestión del instituto cuestionado.

Intentando desentrañar el significado que debe dársele a la imparcialidad, consideramos conveniente buscar en la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, dicho tribunal, en el caso “Palamara Iribarne” vs. Chile, sostuvo que se trata de: “...la condición de tercero desinteresado del juzgador”.

Del mismo modo, en ese mismo caso agregó: “La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial”.

Y continuó diciendo: “La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”.¹⁷

Anteriormente había señalado en el caso contencioso “Herrera Ulloa” vs. Costa Rica que: “...el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal

imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”¹⁸.

Hasta aquí aparecen algunos elementos que resultan importantes señalar: la imparcialidad de los jueces como una de las garantías más relevantes del debido proceso legal; la independencia del tribunal respecto de los otros poderes del Estado y la confianza que deben inspirar los magistrados a las partes y a los ciudadanos en una sociedad democrática.

Por otro lado, la Comisión IDH ha añadido que: “La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub iudice”¹⁹. El juez debe tener una postura neutral ante el litigio que debe dirimir y no puede tener intereses con alguna de las partes ni estar vinculado con ellas.

Se dice que el juez será imparcial cuando: “tenga ecuanimidad (imparcialidad de juicio), cuando sea indiferente (no determinado por sí a una cosa más que a otra), neutral (que entre dos partes que contienden permanece sin inclinarse a ninguna de ellas; que no es de uno ni de otro).”²⁰ Podemos añadir que tampoco deberá tener una relación “especial” con las partes ni haber intervenido con anterioridad en un mismo proceso con ellas.

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos es muy nutrida al respecto, transcribiéndose a continuación algunos precedentes que servirán para ilustrar ello²¹.

Así se ha sostenido que: “Este Tribunal recuerda que la imparcialidad debe contemplarse tanto desde una óptica subjetiva, dirigida a definir la convicción personal de un juez determinado respecto a una situación concreta, como desde la óptica objetiva tendiente a asegurar que en el caso concreto haya garantías suficientes para que se excluya toda duda legítima” (cfr. Thomann v. Suiza de 10 de junio de 1996, Pescador Valero vs. España, de 17 de junio de 2003 y Hauschildt vs. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989).

Además ha señalado: “Queda, por tanto, pronunciarse sobre el aspecto objetivo. Es preciso, para apreciarlo, preguntarse si, al margen de la conducta personal del juez, algunos hechos permiten recelar de su imparcialidad de este último. En esta materia, hasta las apariencias pueden tener importancia, por la confianza que los Tribunales de justicia deben inspirarle al justiciable -el subrayado nos pertenece- (Castillo Algar vs. España, de 28 de octubre de 1998).

En esa misma dirección, se añadió también: “Este tribunal recuerda que la imparcialidad que garantiza el artículo 6.1 del Convenio se aprecia en dos pasos: en primer lugar, se debe intentar determinar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto; en segundo, se debe asegurar que el procedimiento ofrece garantías suficientes para excluir a este particular toda duda legítima” (Gautin y otros v. Francia, sentencia de 20 de mayo de 1998).

O también: “En la sentencia Piersack de 1 de octubre de 1982, este Tribunal precisó que la imparcialidad debe apreciarse desde diversas ópticas: distinguiendo entre un aspecto subjetivo, que busca determinar lo que el Juez pensaba en su fuero interno en esa ocasión y un aspecto objetivo que conduce a analizar si ofrecía garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima al respecto” (sentencia De Cubber contra Bélgica, de 26 de octubre de 1984).

Y luego que: “El aspecto subjetivo no es, sin embargo, suficiente. Se hace necesario también tener en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (punto de vista objetivo). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia; según un adagio inglés (...) no solamente debe hacerse justicia: sino también parecer que se hace. Así que conforme lo establecido por el Tribunal de casación el día 21 de febrero de 1979, debe recusarse a todo juez del que legítimamente pueda temerse una falta de imparcialidad, como resultado de la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en el ámbito penal, por los reos...” -el subrayado es nuestro- (Piersack vs. Bélgica del 1 de octubre de 1982).

Creemos entonces, compartiendo lo referido en las citas transcriptas y aludidas más arriba, que la confianza que deben tener las partes en un tribunal cuando llevan sus pretensiones, se erige en un principio fundamental que no puede ser soslayado sin más, de modo que en un tribunal internacional de derechos humanos, como la Corte IDH, por la naturaleza de los asuntos que debe tratar así como por las características tan particulares que los mismos poseen, debe respetarse y promoverse.

Por otro lado, la imparcialidad de un tribunal o de un juez conlleva, a su vez, la independencia de los mismos de todo poder, de presión política o mediática; pudiéndose concluir, en suma, que la actuación de los magistrados no puede estar afectada por ningún tipo de ingerencia que intente volcar la balanza para uno u otro lado.

Sobre el particular la Comisión IDH ha manifestado: “La independencia e imparcialidad de los tribunales debe asimismo evaluarse a partir de la existencia de garantías contra presiones externas al Poder Judicial”²² y también “Los

principios básicos relativos a la independencia de la judicatura establecen que no debe existir interferencia sobre el proceso judicial”²³.

Por su parte, la Corte IDH tuvo ocasión de analizar estos extremos en el caso contencioso del “Tribunal Constitucional” vs. Perú. Allí dijo que por “independencia” debía entenderse la libertad del tribunal para llevar a cabo sus funciones sin ingerencias de grupos de presión ni de otros poderes del Estado²⁴. Según dicho tribunal, el mero nombramiento de un juez no implica que cumpla con esa función en los términos de la Convención, sino que debe poseer como punto de partida, independencia. Esto, ya que dicha condición mantiene a la actuación judicial, exenta de presiones de diversos tipos²⁵.

Efectivamente, en el caso citado en el párrafo precedente, la Corte IDH entendía que: “...uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos, es la garantía de independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución”²⁶.

Creemos, pues que al hablar de independencia se deben distinguir dos cuestiones: por un lado la independencia del Poder Judicial como conjunto y por el otro del juez visto desde una perspectiva individual.

En el primer supuesto, la independencia se plantea hacia afuera, respecto del resto de los poderes estatales. Esto es, de la intromisión que pueden sufrir por parte del poder ejecutivo o del poder legislativo; debiéndose agregar a nuestro modo de ver, la presión que pueden ejercer grupos de poder o los medios de comunicación.

Por otro lado, tenemos la independencia del juez respecto del caso concreto que le toca juzgar. En este punto, que es el que más nos interesa, diremos que existe una perspectiva interna y otra externa de la independencia del juez. Internamente, se manifiesta frente a: a) sus superiores; b) los órganos disciplinarios; c) la legislación y d) a las partes. En el orden externo, se predica respecto de a) los otros poderes del Estado; b) los medios de información colectiva y c) al conglomerado social.

En definitiva, entendemos que la imparcialidad y la independencia del tribunal y del juez, es una garantía que rige a favor de las partes y cuya importancia en el ámbito de un tribunal internacional de derechos humanos es imprescindible -conforme fuera expuesto-, habida cuenta que en aquellos el demandado es la parte más fuerte y la víctima siempre llega en una situación de inferioridad.

De modo tal que, teniendo en cuenta los distintos precedentes que se mencionaran más arriba, los jueces que deban intervenir en asuntos en los cuales aparezcan demandados sus países, a los fines de “inspirar la confianza” que debe existir por parte de las víctimas de violaciones a derechos humanos respecto de los tribunales internacionales, se abstengan de hacerlo.

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS ENTRE LAS PARTES Y SU RELACION CON LA POSIBILIDAD DE DESIGNAR UN JUEZ AD HOC POR PARTE DE UN ESTADO DEMANDADO EN UNA DENUNCIA INICIADA POR UN PARTICULAR

Teniendo en cuenta que uno de los interrogantes que se plantea en la solicitud de opinión consultiva formulada por la República

Argentina gira en torno a la figura del juez *ad-hoc* y a su relación con el principio de igualdad de armas en los procesos contenciosos iniciados por peticiones particulares en la Corte IDH, consideramos oportuno exponer las características centrales del principio referido y su manifestación tanto en el orden interno como en el ámbito de un tribunal internacional de los derechos humanos, especialmente en la Corte IDH.

Otro de los principios que se derivan de la concepción de debido proceso legal, es el de igualdad de armas. Ciertamente, de allí surge una idea de proceso que tiene a la lealtad de las partes como a uno de sus ejes²⁷. Acerca de esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH.) ha dicho que el principio de igualdad de armas es un aspecto más dentro de un concepto más amplio de debido proceso legal, el cual debe ser visto a la luz del principio *pro homine*²⁸.

El principio de equidad de armas consiste en “dar igualdad de oportunidades en igualdad de condiciones a todos los que intervienen en el proceso”; es decir, significa que a las partes se les debe dispensar un mismo tratamiento en lo que a la proposición e introducción de pruebas se refiere, intentando consecuentemente otorgarles una misma posibilidad de intervención. Se ha dicho también, que estriba en “asegurar al imputado la oportunidad de defenderse en las mejores condiciones posibles frente a la autoridad de acusación, superior a él en medios”²⁹. Es que en efecto, la defensa del imputado se debe desarrollar en una igualdad de condiciones frente al órgano de acusación, lo que implica necesariamente la idea de equidad de armas entre las partes³⁰.

El Estado, en el orden interno, como portador de la acción pública, es quien debe perseguir penalmente de oficio los delitos. Así, tenemos que los órganos del Estado (Ministerio Público Fiscal, fuerzas de seguridad, etc.) son los que llevan adelante dicha actividad en una situación que podríamos llamar de predominio sobre los ciudadanos acusados de cometer delitos. Desde esta perspectiva, pareciera que igualar el poder que el Estado destina a esa tarea es verdaderamente imposible, dados los recursos materiales y humanos que dispone para ello; por tanto, se sostiene que alcanzar la igualdad entre el Estado que persigue y el imputado que es perseguido, es un ideal que en la práctica no se puede conseguir.

Pero si bien es cierto que desde ese enfoque no se podría alcanzar la equidad entre las partes, sí es posible intentar acercar esa brecha y reducirla al mínimo. Una de las posibilidades concretas para lograr esa igualdad, o al menos intentarla, es dotar al imputado de facultades de intervención equivalentes a las de los órganos de acusación. Es decir, el mandato de igualdad “exige una posición lo más equilibrada posible de los intervinientes en el procedimiento en virtud del principio de igualdad de armas, aun cuando la expresión igualdad de armas sea, al menos, engañosa, ya que una verdadera igualdad de armas no sería compatible con nuestra estructura de procedimiento...”³¹

Esta desproporción, en el ámbito interno - del derecho penal donde puede verse más claramente - es bastante más pronunciada durante la etapa de instrucción o preliminar, pues allí el acceso de la defensa del imputado al expediente, por citar sólo un ejemplo, muchas veces se ve limitado o cercenado. Concluida la instrucción, y pasadas las actuaciones a la etapa más plena, que es

la del debate, aparece en toda su magnitud el ideal de dar posibilidades parejas al imputado y al acusador.

Y aquí cabe mencionar que es el órgano acusador el que debe destruir el estado de inocencia que posee el sujeto sometido a proceso. De ese modo, debe demostrarse sin hesitación alguna todos los extremos de la imputación puesta en cabeza del acusado. Esta circunstancia podría llegar a equiparar de algún modo, la diferencia entre acusador y acusado que se registra en la etapa instructoria³². En efecto, se ha dicho que esta situación de desigualdad se intenta nivelar jurídicamente con el principio de inocencia³³ -prevista en el art. 8 de la CADH.- y con la obligación del Estado de cargar con la acusación y de demostrar la culpabilidad del acusado, prescindiendo de la actuación de éste³⁴.

Asimismo, la actividad procesal debe tender a un equilibrio entre las partes, manifestada en la igualdad de oportunidades en la actuación y en el control que se realiza sobre la misma, así como en la necesidad de comunicar a la contraria la actividad que se lleva a cabo.

Según entiende la doctrina, el principio del contradictorio o de contradicción -que está íntimamente vinculado con el de igualdad de armas- garantiza en los procesos penales que tanto el imputado como su defensor tengan oportunidad y posibilidad de controlar las pruebas de cargo arrojadas; de preguntar a los testigos u otras personas presentes en el tribunal³⁵; de lograr la comparecencia de los testigos de descargo y de que éstos puedan ser interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo, atribuciones que también se extienden a otras personas que toman parte en los procesos, por ejemplo, respecto de los peritos³⁶.

De lo que se sigue, entonces, que el respeto del principio de contradicción vendría a instaurar el equilibrio de las partes expresado en la igualdad de oportunidades en la actuación y en el contralor de las pruebas; manifestándose, además, en la necesidad de comunicar a quienes revisten ese rol, las pruebas introducidas por su contraria.

No se nos pasa por alto que la igualdad referida resultaría más bien un ideal al que se debe aspirar, pero lo importante a nuestro modo de ver es que esa idea vaya ganando espacio en el orden interno y sobre todo en el ámbito internacional. Evidentemente, los recursos con los que cuenta un Estado no pueden ser equiparados por un particular, mucho menos en el orden internacional, como más adelante exponremos. Resumiendo, podríamos señalar que se parte de una situación de desigualdad que debe ser acortada mediante el otorgamiento de las mismas oportunidades de actuación ante los tribunales³⁷.

En esta misma dirección la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que: "...el principio de igualdad de armas importa la obligación de no emplazar a una de las partes en una situación de neta desventaja en relación a su adversario; en consecuencia, también se produjo una violación al art. 6.1. de la CEDH que garantiza el derecho a un proceso justo" (ver Boletín de la Secretaría de Investigación y Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Corte Europea de Derechos Humanos, 22-9-94, 3/1994, p. 305).

Y también: "La igualdad de armas imponía acordar al interesado la posibilidad de comparecer junto con el procurador a fin de poder replicar a las conclusiones de éste. La falta de una participación adecuada del requirente en una instancia cuyo resultado era decisivo para el mantenimiento o el levantamiento de su

detención, hace que el sistema jurídico griego a la sazón en vigor y tal como fue aplicado en el presente caso, no satisfaga las exigencias del art. 5.4. de la CEDH.” (cf. Boletín de la Secretaría de Investigación y Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina Corte Europea de Derechos Humanos, 13-7-95, 2/1995, p. 253).

Pues bien, hasta aquí se han dejado algunas consideraciones respecto del concepto de “igualdad de armas” y su proyección en los ordenamientos jurídicos internos, fundamentalmente en el ámbito del derecho penal. A continuación haremos lo propio pero en lo que respecta a los asuntos contenciosos sometidos ante la Corte IDH.

En el ámbito internacional de los derechos humanos y más precisamente en los asuntos tramitados ante la Corte IDH., cuando una denuncia se inicia por una petición individual, la parte demandada -es decir, el Estado-, es quien tiene a su favor una situación de superioridad, pues la diferencia de recursos humanos y materiales con respecto al denunciante resulta más ostensible. Baste por ahora lo referido sobre este punto, con la promesa de que más adelante se volverá sobre el mismo.

La actividad probatoria en los casos contenciosos ante la Corte IDH. se divide en tres etapas bien separadas, que se establecen sobre el principio del contradictorio y sobre el principio de igualdad de armas, los cuales garantizan eficazmente el derecho de defensa en juicio³⁸.

Como fuera mencionado más arriba, el principio de igualdad de armas en los procesos incoados en los tribunales internos, tiende a

acercar las posibilidades procesales de las partes y, de ese modo, acortar un poco la situación de desigualdad en que se encuentra el Estado.

Por otro lado, y esto creemos que es importante que quede bien remarcado, las diferencias que existen entre acusador y acusado en el orden interno, parecen multiplicarse en un tribunal internacional de derechos humanos - claro esta de forma inversa -. Ciertamente, los recursos económicos que implica llevar una demanda ante un tribunal internacional³⁹; el asesoramiento legal y técnico con que un Estado puede contar; las contrariedades que puede sufrir un individuo para obtener elementos de prueba en el ámbito doméstico que eventualmente puedan ser utilizados en contra de su país, entre otras, parecen agrandar todavía más las diferencias que, ya de por sí, existen entre una y otra parte.

A la luz de esa perspectiva, tanto el Reglamento de la Corte IDH., el Estatuto y el propio tribunal, tienden a lograr la igualdad de las partes. En ese sentido, la circunstancia de que los testigos, los peritos y cualquier otra persona que la Corte IDH decida oír, puedan ser preguntados y repreguntados por los representantes del Estado demandado, por los delegados de la Comisión IDH y por las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes -arts. 21, 22 y 23 del RCorte IDH-, pareciera tender a ello.

Igualmente, en el punto 1. del art. 44 del RCorte IDH, se prevé la oportunidad procesal en que se deben interponer las pruebas, los argumentos y los requerimientos respectivos, permite que las probanzas aportadas por alguna de las partes puedan ser contestadas por la otra,

respetándose de ese modo el principio del contradictorio y el de igualdad de las partes, pues con ello se logra una paridad entre las mismas.

Sobre esto mismo nos parece interesante transcribir lo expuesto en el caso “Cantoral Huamaní y García Cruz”, del 10 de julio de 2007, en el cual se afirmó:

“Además, el Tribunal considera que el derecho a la defensa y al contradictorio del Estado estuvieron garantizados en la medida en que el Perú tuvo la oportunidad de presentar las observaciones que entendió pertinentes al momento del ofrecimiento de la prueba, y posteriormente, a la declaración rendida por el señor Espinoza Montesinos. En razón de lo anterior, la Corte incorpora dicha declaración al acervo probatorio de este caso y la valora tomando en cuenta las observaciones formuladas por el Estado sobre su contenido, y según las reglas de la sana crítica.⁴⁰

En esta misma línea, en el párrafo 67 de la sentencia contenciosa “Almonacid Arellano” del 26 de septiembre de 2006, se ha dicho que: “En materia probatoria rige el principio del contradictorio, que respeta el derecho de defensa de las partes, siendo este principio uno de los fundamentos del artículo 44 del Reglamento, en lo que atañe a la oportunidad para el ofrecimiento de la prueba, con el fin de que haya igualdad entre las partes.”⁴¹

Por otra parte e íntimamente vinculado con estos extremos surge la cuestión de la carga de la prueba u onus probandi. Como se dijo, en el ámbito interno ésta recae en el Estado a través de sus órganos de acusación, siendo quien tiene la obligación de obtener el grado de convicción necesario para destruir el estado de inocencia que asiste, hasta que se demuestre lo contrario, a un imputado. Añádase a esto que el principio de inocencia está considerado como un derecho fundamental, formulado en las garantías del debido

proceso y que al ser un estado que posee un sujeto sometido a proceso, la obligación de desvirtuarlo le pertenece a la acusación, puesta en el orden doméstico en cabeza del Estado. Por lo tanto, hasta que no se demuestre su culpabilidad a través de una sentencia condenatoria, debe considerárselo inocente.

Por otro lado, en los procesos sustanciados en un tribunal internacional de derechos humanos, por sus características especiales, no rigen tales criterios, destacándose que la carga de la prueba pesa sobre el demandado, ciertamente la parte más fuerte.

En efecto, el Estado demandado no puede ser considerado un sujeto sometido a proceso tal como lo entendemos en el orden interno, de lo que se deriva que todas las garantías del imputado no pueden amparar al Estado denunciado por violaciones a derechos humanos (adviértase, sin embargo, que conforme al principio del contradictorio y al de igualdad de armas, tiene todas las facultades en materia probatoria que prevén la CADH y el ECorte IDH y el RCorte IDH).

Por ello, la Corte IDH ha dicho repetidas veces que el Estado no puede alegar la dificultad del denunciante para acercar pruebas a un caso. Esta falencia de la acusación (es decir, las víctimas, sus representantes y la Comisión IDH), por tratarse de cuestiones ventiladas en un tribunal internacional de derechos humanos, donde la parte más débil es la acusación y la parte más fuerte la denunciada, perjudica a esta última, a saber:

“Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades

para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno”.⁴²

O también: “La Corte considera que no corresponde a la Comisión demostrar el paradero de las tres personas a que se refiere este proceso, sino que, por la circunstancia de que en su momento los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del Gobierno, la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del Gobierno o deberían haberlo estado si éste hubiera procedido con la necesaria diligencia”.⁴³

Es decir, podemos concluir, que el principio de igualdad de armas, en lo que se refiere a supuestos tramitados ante la Corte IDH, debe tender a acercar la brecha que, naturalmente, existe entre el Estado denunciado y la acusación⁴⁴.

Ahora bien, habiéndose expuesto las líneas generales sobre el principio de igualdad de armas, analizaremos a continuación dicho principio y su vinculación con la figura del juez *ad-hoc* en los procesos contenciosos llevados ante la Corte IDH.

La CADH, en determinados supuestos, contempla la posibilidad de que se incorpore a la composición habitual de la Corte IDH un juez *ad-hoc* elegido por los Estados parte y que, tal como su nombre lo indica, para el caso concreto.

En lo que se refiere a su status, la Corte IDH en la sentencia del 8 de marzo de 1998 recaída en el caso contencioso de “la Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros vs. Guatemala), ha dicho:

“...[q]ue la naturaleza del Juez ad hoc es semejante a la de los demás jueces de la Corte Interamericana, en el sentido de no representar a un determinado Gobierno, de no ser su agente y de integrar la Corte a título personal, como dispone el artículo 52 de la Convención, en concordancia con el numeral 4 del artículo 55. Los mismos requisitos de los jueces permanentes se requieren para ser Juez ad hoc. La integración a título personal de todos los jueces, permanentes y ad hoc, de la Corte se fundamenta y debe atender a la necesidad de proteger la independencia e imparcialidad de un tribunal internacional...”⁴⁵

En esa misma sentencia, asimismo, se ha sostenido que el Estatuto de la Corte IDH prevé los mismos derechos, deberes y responsabilidades respecto de todos los jueces que intervienen ante ese tribunal, sin importar que sean titulares o *ad hoc*⁴⁶, debiéndose concluir pues, que poseen una misma jerarquía.

Los supuestos en los que puede designarse a un juez *ad-hoc* son tres, y los dos primeros están previstos en el art. 55 de la CADH.

Así, en primer lugar, el inciso 2° del artículo precitado dispone que: “Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc”.

Luego, el inciso 3° establece que: “Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.”.

Estas dos alternativas, cabe decirlo, fueron complementadas con lo normado en los arts. 10.2. y 10.3 del ECorte IDH.

Finalmente, la tercera de las hipótesis en la cual puede designarse a un juez *ad-hoc*, se da cuando ninguno de los miembros del tribunal es nacional del estado demandado, por lo cual éste puede nombrarlo ⁴⁷. Si bien es cierto que esta intervención no se encuentra expresamente prevista en la CADH, el Estatuto o el Reglamento de la Corte IDH -como se encarga de mencionar Fernando Vidal Ramírez⁴⁸- se deriva de la interpretación armónica de los arts. 5.3 y 55.1 de la CADH. y 10.1 del Estatuto de la Corte.

Respecto de su nombramiento, la designación es para un caso concreto y es a título personal, más allá de que sea realizado por un Estado parte.⁴⁹ Ahora, que actúe a título personal quiere decir que no es un agente alterno del Estado⁵⁰, ni lo debe representar y mucho menos tener compromisos o intereses para con él, sino que por el contrario debe actuar en forma imparcial e independiente en aras de un correcto juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos señaladas en la demanda contra un Estado parte, tal como juran al momento de asumir su cargo.

Ahora bien, consideramos importante destacar que el origen del juez *ad-hoc* parece estar más vinculado a conflictos entre Estados, en el marco de los cuales se entendía que cuando un país no contaba con un juez de su nacionalidad en un tribunal, podía verse afectada de algún modo la paridad que debía existir entre ellos. Por eso, se permitía la elección de un juez *ad-hoc*, para equilibrar la posición respecto del otro Estado que sí tenía un juez de su nacionalidad en el tribunal⁵¹.

En esa misma dirección el ex juez de la Corte IDH, Nieto Navia, sostiene que la institución que venimos mencionando es más propia

de un tribunal internacional que dirime conflictos entre Estados -como por ejemplo la Corte Internacional de Justicia-, que de un tribunal en el cual se ventilan asuntos iniciados por particulares que demandan a Estados por violaciones a derechos humanos⁵².

A esto debe agregarse que al existir un conflicto entre un particular y un Estado no puede aplicarse la lógica del equilibrio que debe imperar al juzgar un litigio entre países, ya que a la natural desigualdad que existe entre ambos -recuérdese lo expuesto más arriba-, debería añadirse la posibilidad a la parte más fuerte de designar un juez *ad-hoc* para que intervenga en el caso que lo tiene como demandado⁵³.

Faúndez Ledesma opina en el mismo sentido, pues considera que la figura en trato no sería conveniente en un tribunal internacional de derechos humanos que entiende en asuntos iniciados por particulares contra un Estado, ya que al no tener ingerencia en su designación, la Comisión IDH, la víctima y sus representantes se ven en inferioridad de condiciones en relación al Estado demandado⁵⁴.

Por otra parte, también se ha dicho que: “Con la recepción de la institución de los jueces ad hoc se ha intentado atraer la confianza de los Estados y para ello se ha cedido en la composición de la jurisdicción, que de este modo ve amenazada su independencia”⁵⁵.

En esta inteligencia, parecería que concederle al Estado denunciado la oportunidad de nombrar a una persona de su elección a fin de que lo juzgue - claro está en el marco de la composición permanente del tribunal -, podría inclinar la balanza a su favor en perjuicio de los intereses de las

víctimas, sus representantes y la Comisión IDH que ampara y promueve las denuncias respectivas⁵⁶ y en última instancia de la sociedad americana.

No obstante lo expuesto, no nos parecería justo dejar de mencionar que el juez *ad-hoc* actúa a “título personal” y que en principio no representa intereses del Estado que lo designara ni hay motivos para sospecharlo -como lo han demostrado diversos magistrados a lo largo de los años-, aunque la posibilidad de que intervenga en las deliberaciones, que exponga su opinión y sus consideraciones sobre el caso para el cual fue elegido, podría sugerir a primera vista un riesgo de parcialidad.

También es cierto que el juez *ad hoc* introduce en las distintas actividades de la Corte el conocimiento de la legislación del país demandado, de su particular coyuntura y de otras circunstancias que son importantes para tener un panorama amplio y completo al momento de deliberar y tomar una decisión, aunque esta es más bien una función que le compete a un perito, el cual podrá ser propuesto por las partes como medio de prueba.

De este modo, compartimos la postura que sostiene que los jueces *ad-hoc* al ser nombrados por una de las partes en litigio (en este caso, el Estado), podría traer aparejada una cierta sensación de desconfianza en la opinión pública internacional.

IV. CONCLUSION

Se han expuesto las ideas centrales que, pensamos, podrían colaborar para que el tribunal analice e interprete el instituto del Juez *ad hoc* que se cuestiona y la posibilidad de que los magistrados de la Corte que deben juzgar al Estado del cual son nacionales se inhiban de intervenir en esos

casos; objeto ambos de la solicitud de opinión consultiva de la República Argentina. A modo de conclusión, las principales de ellas han sido las siguientes.

En primer lugar, que con el fin de interpretar la Convención Americana, en el sentido requerido, se debería establecer primero qué debería entenderse por un “juez” -con las características principales que lleva implícita su función-, para luego debatirse las cuestiones sobre las que deberá expedirse la Corte IDH. Para ello, consideramos útil el pensamiento y reflexión del Aquinate y el jurista italiano.

En ese sentido, se ha dicho que la imparcialidad sería la cualidad por antonomasia y el deber más característico de la magistratura. Que además, la primera obligación del juez consiste en cumplir y hacer cumplir la ley y que el acto de justicia debe proceder de una inclinación de justicia, emanar de la autoridad superior y ser pronunciado por la recta razón de la prudencia.

Asimismo, que todo magistrado debería tomar conciencia de la dignidad de la que está investido, lo que Carnelutti ilustra tan bien con su reflexión del uso de la toga, fundado en los conceptos de divisa y uniforme.

Luego, que la relación entre el juez y las partes debe estar signada por la imparcialidad, pues no existe un oficio más alto que el suyo ni una dignidad más imponente, debiendo decidir al final del proceso cuál de las partes tiene razón.

Que los deberes que le competen al juez deben ser, además de la imparcialidad, la preocupación por la verdad del caso, las decisiones en plazos apropiados, el ejercicio pleno de su autoridad, el comportamiento acorde a su dignidad y su actuación fundada en derecho,

En cuanto a los conceptos fundamentales de imparcialidad e independencia, éstas deben ser entendidas como garantías que se proyectan esencialmente hacia las partes como un derecho al acceso a la justicia y a las distintas garantías que rigen el debido proceso.

Que la imparcialidad además de ser vista desde un plano subjetivo, también debe serlo desde una perspectiva objetiva, lo que implica dar “apariencia de imparcialidad”, siendo de vital importancia la confianza que deben inspirar los tribunales y los jueces en el ejercicio de su función. Respecto de la independencia, que debe implicar que la actuación de los magistrados no puede estar afectada por ningún tipo de ingerencia que intente volcar la balanza para uno u otro lado.

Que, si bien entendemos que debe presumirse la independencia e imparcialidad de un juez, pues tan alta función debería llevar implícita las garantías señaladas, la actuación de un magistrado con las características del que nos ocupa o la negativa de los jueces que intervienen en casos contra sus Estados a inhibirse, podría significar un riesgo de “parcialidad” (no obstante, debe señalarse que si bien en numerosos casos contenciosos los Estados han propuesto un Juez *ad hoc*, la Corte se pronunció por su responsabilidad internacional en todos ellos; o que en la mayoría de los asuntos en los cuales su país de origen resulta demandado, los jueces optan por no actuar).

Que el hecho de que uno de los jueces que va a integrar el tribunal para ese caso concreto sea nombrado por una de las partes en litigio parecería romper con toda noción de imparcialidad y podría violar ciertos

principios básicos del debido proceso, por ello la distinción que debe haber entre el Juez y las partes es fundamental.

También, que a las diferencias que de por sí podrían haber entre las partes en un proceso, la figura cuestionada más que disminuirlas, tendería a causar el efecto contrario, siendo uno de los ejes centrales de todo proceso el procurar la equidad de armas. Lo cual debe consistir, conforme fuera expuesto, en “dar igualdad de oportunidades en igualdad de condiciones a todos los que intervienen en el proceso”. Es que en efecto, el Estado demandado -la parte más fuerte en el proceso ante la Corte IDH- parecería contar con una posibilidad como es la de elegir a un juez, que no posee la Comisión ni la víctima o sus representantes.

Por otro lado, la circunstancia de ser un magistrado que, en principio, conozca diversos aspectos relevantes del estado que lo convocó, no debería evaluarse como un aspecto a su favor, ya que una característica fundamental de todo proceso de este tipo es que un juez debe saber sobre un caso lo que aprende durante la sustanciación del proceso; de lo contrario podría perder objetividad y representar un riesgo de “parcialidad”. Para lograrse aquel propósito bastará con el nombramiento de un perito a fin de ilustrar al tribunal sobre ello.

Aún más. La sensación de independencia e imparcialidad que debe ofrecer la Corte IDH en la sociedad americana también podría verse menoscabada, pues los ciudadanos observan cómo las víctimas de violaciones a los derechos humanos por parte de un Estado son juzgados

precisamente por un magistrado elegido por ese mismo Estado, o cuando los jueces nacionales del país denunciado no se inhiben de participar en el caso.

Entonces, tanto en el supuesto de intervención de un juez *ad-hoc* para el caso de una denuncia iniciada por un particular como de un juez nacional de un Estado denunciado que no se ha inhibido de actuar -advuértase que, como se dijo, generalmente los jueces se apartan del caso-, deben primar por sobre todas las cosas las ideas de independencia e imparcialidad y de igualdad de armas entre las partes, como garantías para los denunciados.

Para terminar, pensamos que los interrogantes planteados por la República Argentina deberían ser analizados a la luz del principio *pro-homine*, por el cual deben interpretarse los tratados internacionales de derechos humanos de la forma más extensiva cuando se trate de reconocer los derechos a la persona y de manera más restrictiva cuando sea para limitar los mismos.

Siro Luis De Martini

Alejo Amuchástegui

Joaquín Mogaburu

¹ Para un análisis más pormenorizado de la justicia penal en Santo Tomás de Aquino, véase: CODESIDO, Eduardo Alberto y DE MARTINI, Siro M.A., *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires, 2005, El Derecho.-

² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q.95, art. 1°.-

³ *Ibidem*.-

⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., II-II, q.60, art. 1.-

⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., II-II, q.60, art.2.-

⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., II-II, q.67, art.1.-

⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit., II-II, q.67, art.3.-

⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Buenos Aires, 2006, Librería El Foro, p. 18.-

⁹ CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 20.-

¹⁰ VIGO, Rodolfo Luis, *Ética de la magistratura judicial* en: AA.VV. *La función judicial*, Buenos Aires, 1981, Depalma, p. 64.-

¹¹ VIGO, Rodolfo Luis, op. cit., pp. 79-83.-

¹² VIGO, Rodolfo Luis, op. cit., p. 82.-

¹³ MALEM, J, *La vida privada de los jueces* en AAVV, *La función judicial*, Barcelona, 2003, Gedisa, p.170.-

¹⁴ ABREU BURELLI, Alirio, *Independencia Judicial (Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, artículo publicado por el Instituto de Publicaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, www.juridicas.unam.mx.-

¹⁵ BINDER, Alberto Martín, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2005, Edit. Ad-Hoc., pág. 149 y ss.-

¹⁶ 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.-

¹⁷ Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No 135, párr. 145 y ss.-

¹⁸ Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No 107, párr. 171 y ss.-

¹⁹ Comisión IDH, Informe 5/96, caso 10.970.-

²⁰ Cfr. CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2007, Editores del Puerto, págs. 37 y ss.-

²¹ Ver LOPEZ BARJA de QUIROGA, Jacobo y GARCIA COMENDADOR ALONSO, León, *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 2008, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 53.-

²² Comisión IDH, Informe 1/95, caso 11.006.-

²³ Comisión IDH, Informe 35/96, caso 10832.-

²⁴ Corte IDH, Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 72 a 75.-

²⁵ REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos - estructura, funcionamiento y jurisprudencia-*, 2004, Lima, Editorial IDEMSA, pág. 355 y ss.-

²⁶ Corte IDH, Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, supra nota 24, párr. 73.-

²⁷ GARCIA, Luis M., *El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos*, artículo publicado en "Prudentia Iuris", número 50, publicación de la Universidad Católica Argentina.-

²⁸ Cfr. TEDH, Caso *Monnel y Morris vs. Reino Unido*. Sentencia del 2 de marzo de 1987.-

²⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 2003, Buenos Aires, Editores del Puerto, pág. 80 y sigs.-

³⁰ Comisión IDH, Informe 50/00.-

³¹ ROXIN, Claus, ob. cit. nota 28, pág. 80.-

³² Cfr. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, 2004, Buenos Aires, Editores del Puerto, pág. 577 y ss.-

³³ Resulta interesante al respecto el estudio de la cuestión efectuado por Alberto Martín Binder en la obra citada en la nota 15, págs. 123 y ss.-

³⁴ Comisión IDH, Informe 5/96.-

³⁵ Sobre este punto hablaremos más adelante, teniendo en cuenta que parecería no cumplirse eficazmente en los procesos sustanciados donde se presentan declaraciones de testigos y de peritos en forma escrita, con la consiguiente imposibilidad de repreguntar y de requerir precisiones acerca de algunos puntos.

³⁶ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *La Prueba en el proceso penal*, 2003, Buenos Aires, Edit. Lexis Nexis Depalma (5ta. ed.), pág. 227.-

³⁷ Cfr. CAFFERATA NORES, José Ignacio, ob. cit. nota 20, pág. 124 y ss.-

³⁸ Ver Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No 72, párr. 68; Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No 79, párr. 86; Caso *“Cinco Pensionistas” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C No 98, párr. 64; Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No 99, párr. 28; Caso *Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No 100, párr. 40; Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No 101, párr. 118; Caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No 103, párr. 46; Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No 154, párr. 67; Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No 149, párr. 42; Caso *de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C No 148, párr. 106; Caso *Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C. Nro. 147, párr. 60; entre muchísimos otros.-

³⁹ Acerca de esta cuestión, entendemos que en algún momento la Corte IDH debería examinar algunas opciones para lograr que el acceso de un particular denunciante de un Estado sea más fácil y sencillo.-

⁴⁰ Corte IDH, Caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No 167, párr. 45.-

⁴¹ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, supra citado nota 38, párr. 67.-

⁴² Cfr. Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No 4, párr. 136.-

⁴³ Corte IDH, Caso *Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No 20, párr. 65.-

⁴⁴ Una diferencia interesante se puede advertir en este punto. Por un lado, en los procesos sometidos a un tribunal de Derechos Humanos el demandado suele ser el Estado Parte y, como tal, debe acercar la prueba que va a ser usada en su contra. Extremos estos que, lógicamente, no se encuentran en un caso sustanciado ante un tribunal doméstico.-

⁴⁵ Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C No 37, párr. 22.-

⁴⁶ Corte IDH, Caso de *“la Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, supra nota 45, párr. 22.-

⁴⁷ En este supuesto podemos mencionar como ejemplo la participación del Dr. Ricardo Gil Lavedra en el caso *Bulacio vs. Argentina* o del Dr. Julio Barberis en *Maqueda vs. Argentina*.-

⁴⁸ VIDAL RAMIREZ, Fernando *La Judicatura Ad Hoc*, en la recopilación del Seminario realizado en San José de Costa Rica el 23 y 24 de noviembre de 1999, publicado en el tomo I. del “Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el S. XXI”, 2003, San José de Costa Rica, págs. 589/94.-

⁴⁹ El procedimiento para su elección está previsto en el Reglamento de la Corte IDH (RCorte IDH) en su artículo 18, donde se prevé que cuando se den los supuestos previstos en los arts. 55.2 y 55.3 de la CADH. y 10.2 y 10.3 del ECorte IDH, se comunicará a los Estados parte que tienen la posibilidad de designar un juez ad hoc. en el término de treinta (30) días a contar de la notificación de la demanda. Entonces, si el Estado, a pesar de haber sido notificado, opta por no realizar la designación en el plazo precitado, de conformidad con lo estipulado por los arts. 18.3 del RCorte IDH y 10.4 del ECorte IDH, se entiende que que no desea hacerlo.-

⁵⁰ Si bien es cierto que el juez *ad hoc* tiene en común con el agente alterno el ser designado por el Estado, las funciones que deben desempeñar uno y otro son diametralmente opuestas.-

⁵¹ Véase en el orden europeo, lo expuesto por FLAUSS, Jean-Francois, “Le Protocole Nro. 11: Cote Cour”, citado por ROLANDO GIALDINO en *La Nueva Corte Europea de Derechos Humanos - Protocolo Nro. 11-*, en la publicación de la Secretaría de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1 (1999).-

⁵² NIETO NAVIA, Rafael, *El sistema interamericano de derechos humanos*, colaboración para la obra colectiva II. Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público, 1996, Bogotá, editado por la Universidad Externado de Colombia y otras, págs. 558/9.-

⁵³ Cfr. BOREA ODRIA, Alberto, *Propuesta de Modificación a la legislación del Sistema Interamericana de Protección de los Derechos Humanos*, en “el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI -Memoria del Seminario Noviembre de 1999”, San José de Costa Rica, 2003, publicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (segunda edición).-

⁵⁴ FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, *La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y Desafíos*, colaboración para la obra colectiva “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 1998, San José de Costa Rica, editado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, págs. 195/8.-

⁵⁵ OTEIZA, Eduardo, *La protección procesal de los derechos humanos*, publicado en la La Ley, Buenos Aires, T. 1986-E, págs. 1201/30.-

⁵⁶ Cfr. BOREA ODRIA, Alberto, supra citado nota 53.-