**VOTO CONCURRENTE DE LOS JUECES**

**RODRIGO MUDROVITSCH Y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT CASO VEGA GONZÁLEZ Y OTROS VS. CHILE**

**SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2024**

**(Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)**

1. **INTRODUCCIÓN**
2. En el caso Vega González y otros vs. Chile se discute la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención") derivadas de la aplicación de la figura jurídica de la "media prescripción" o "prescripción gradual", prevista en el artículo 103 del Código Penal chileno, en relación con los acusados de crímenes ocurridos durante el régimen militar chileno. En ese contexto, varios opositores políticos al gobierno fueron detenidos, torturados, desaparecidos y ejecutados extrajudicialmente. Los autores de estos crímenes fueron agentes del Estado o incluso civiles que actuaron con el consentimiento del Estado[1](#_bookmark0).
3. El primer crimen denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH") consistió en el secuestro y desaparición forzada del Sr. Rivera Matus. Según los informes, la víctima fue secuestrada el 6 de noviembre de 1975 y torturada con aplicaciones de la corriente eléctrica hasta su muerte. Los restos del Sr. Matus fueron encontrados el 13 de marzo de 2001[2](#_bookmark1).
4. Durante y después del período de transición democrática que tuvo lugar en el país a partir de 1990, se reanudaron las investigaciones sobre los crímenes y las cuatro personas acusadas de la tortura y ejecución del Sr. Matus fueron condenadas a cerca de quince años de prisión, cuya sentencia en primer grado, dictada el 4 de mayo de 2004, fue confirmada por la Corte de Apelaciones. Sin embargo, tras los recursos de casación, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile anuló las condenas y dictó sentencias sustitutivas.
5. Esto es así porque aplicó el instituto de la "media prescripción" o "prescripción gradual" sobre la base del artículo 103 del Código Penal, que dice lo siguiente:

Código Penal. Artículo 103.

Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya trascurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo.

1. La figura legal de la "media prescripción" o "prescripción gradual" se aplica en

1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso n. 13.054 Arturo Benito Vega González y otros. Informe de fondo. párr. 10-11. Adelante, “Informe de Fondo”.

2 *Cfr.* Véase el Informe de Fondo (CIDH), párr. 17.

el supuesto de "*haber transcurrido la mitad o más de la mitad del tempo asignado para la prescripción de la acción penal o de la pena*"[3](#_bookmark2). En este contexto, la pena impuesta por la Corte Suprema chilena se fijó en un máximo de cuatro años con posibilidad de libertad condicional para tres de los cuatro acusados por la ejecución extrajudicial del Sr. Rivera Matus. Según los familiares de las víctimas, la aplicación de este instituto legal redujo significativamente la pena a cumplir por cada uno de los acusados[4](#_bookmark3).

1. El relato es sólo uno de una larga lista de casos en los que la Corte Suprema de Justicia de Chile ha aplicado la "media prescripción" o "prescripción gradual" a las penas de los condenados por los crímenes cometidos durante el régimen militar. Estas denuncias forman parte de un universo de 14 peticiones recogidas en un único Informe de Fondo realizado por la CIDH y que comparten características muy similares: individuos acusados de cometer graves violaciones de derechos humanos como secuestro, tortura, privación arbitraria de libertad, desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales en relación con los opositores políticos al gobierno militar fueron condenados en primera y segunda instancia. Cuando sus casos fueron remitidos a la Corte Suprema de Justicia, se beneficiaron de la aplicación de la "media prescripción" o "prescripción gradual", que supuso una reducción sustancial de las penas impuestas[5](#_bookmark4).
2. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH" o "Tribunal") declaró incompatible con la Convención la aplicación de la media prescripción a los delitos de lesa humanidad, ya que daba lugar a penas desproporcionadamente bajas e incompatibles con las obligaciones de investigar y sancionar tales delitos[6](#_bookmark5). Sobre la base de estas consideraciones, la Corte IDH ordenó al Estado chileno, como medida de restitución, revisar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que reconocían la mencionada figura[7](#_bookmark6).
3. La posición adoptada por la mayoría fue reconocer que las sentencias de la Corte Suprema chilena no tenían carácter de cosa juzgada, reforzando el entendimiento de la Corte IDH sobre el alcance del derecho de acceso a la justicia y de las obligaciones estatales conexas de investigar, enjuiciar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos.
4. Sin embargo, a pesar de corroborar la jurisprudencia sobre la posibilidad de revisión de sentencias firmes, la Corte IDH desaprovechó la oportunidad de afirmar que el caso *Vega González y otros vs. Chile* era un caso inequívoco de incidencia del consolidado instituto interamericano de la cosa juzgada aparente y, en consecuencia, de profundizar la comprensión del instituto, especialmente en lo que se refiere a su tipología y sus presupuestos.
5. No se ignora que la jurisprudencia de la Corte que autoriza la revisión de la cosa juzgada es pacífica y se hace eco de la preocupación de otros tribunales internacionales; sin embargo, existen importantes desdoblamientos teóricos y argumentativos, desarrollados para dilucidar el concepto de cosa juzgada aparente, por ejemplo, en relación con la diferenciación de la cosa juzgada fraudulenta.
6. El reconocimiento expreso de la cosa juzgada aparente en la sentencia permitiría así desarrollar *estándares* para la aplicación del instituto en el Sistema Interamericano, contribuyendo de manera más clara a su comprensión y

3 *Cfr. Caso Vega González y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2024. Serie C. No. 519. párr. 116. En adelante, “Sentencia”.

4 *Cfr.* Informe de fondo (CIDH), párr. 13.

5 *Cfr.* Informe de fondo (CIDH), párr. 261-262.

6 *Cfr.* Sentencia, párr. 257.

7 *Cfr.* Sentencia, párrs. 290-291.

consolidación.

1. Frente a ello, este voto concurrente buscará precisamente profundizar estas necesarias reflexiones sobre los fundamentos y consecuencias de la deconstrucción de la cosa juzgada en este caso, lo que requerirá, (i) en primer lugar, una revisión conceptual del instituto de la cosa juzgada aparente y su relación con la protección de los derechos humanos; (ii) a continuación, revisar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia; (iii) a partir de estos presupuestos, examinar la configuración de la cosa juzgada aparente en el caso concreto; y (iv) finalmente, discutir la relación entre el derecho penal y los derechos humanos a la luz de las circunstancias con las que se enfrentó la Corte IDH en el presente caso.
2. **COSA JUZGADA Y DERECHOS HUMANOS**
	1. *El sistema internacional de protección de los derechos humanos y la superación de la cosa juzgada*
3. El reconocimiento de la inconvencionalidad del instituto chileno de la media o de la prescripción gradual y, en consecuencia, que las penas impuestas por los crímenes de lesa humanidad aquí considerados son insuficientes, impone a la Corte IDH un delicado ejercicio de reflexión sobre el instituto de la cosa juzgada y las condiciones para superarlo.
4. Existe una compleja relación entre la cosa juzgada, en su dimensión de garantía individual y elemento de estabilización del ordenamiento jurídico, y el propio funcionamiento del sistema internacional de protección de los derechos humanos.
5. De hecho, el Derecho Internacional (*stricto sensu*) funciona precisamente bajo el supuesto de la ruptura de la cosa juzgada, es decir, que los tribunales internacionales funcionan, usualmente, determinando la anulación o supresión de las resoluciones firmes dictadas por los Estados nacionales (cfr. *infra*, sobre el principio de complementariedad)[8](#_bookmark7) .
6. Esto significa que las Cortes de derechos humanos se enfrentan repetidamente con el imperativo de superar las sentencias nacionales definitivas en el ámbito interno, debido al postulado de la reparación integral, incluso si están cubiertas por la cosa juzgada en los procesos penales y son favorables a los reos.
7. Esta consecuencia casi automática, intrínseca al propio funcionamiento del sistema internacional de justicia, no elimina la necesidad de que las Cortes establezcan los parámetros y los presupuestos estrictos para la supresión de la cosa juzgada. Al fin y al cabo, se trata de un derecho humano digno de protección equivalente a tantos otros derechos protegidos por el mismo sistema de justicia. Baste recordar que el artículo 8.4 de la Convención establece que el “inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".
8. De hecho, la garantía de cosa juzgada es expresión e instrumento del propio principio de *ne bis in idem,* que se remonta al Derecho romano[9](#_bookmark8) , cuyo núcleo es la

8 “Difícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos”. *Cfr. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Voto razonado del Juez Sergio García Ramirez, párr. 19.

9 MANSDÖRFER, Marcos. *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Berlín: Dunker & Humblot, 2004, p. 54; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. "Double Jeopardy and Ne Bis in Idem in Common

prohibición de que el Estado sancione o procese a un ciudadano más de una vez por la comisión de un mismo facto[10](#_bookmark9).

1. El principio *ne bis in idem* está previsto en algunas constituciones, como la prohibición en la *double jeopardy de la* Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU.[11](#_bookmark10), en la Constitución portuguesa (Art. 29, Nro. 5[12](#_bookmark11)) y en la Constitución alemana (Art. 103, III, Grundgesetz). En resumen, el *ne bis in idem* tiene carácter de derecho fundamental[13](#_bookmark12), aunque no siempre sea considerado absoluto[14](#_bookmark13).
2. Como se ve, el *ne bis in idem* prohíbe no sólo la doble o múltiple punición por los mismos hechos, sino también ya la plúrima persecución[15](#_bookmark14). El principio tiene, por tanto, una vertiente material, que se manifiesta especialmente en las reglas de la concurrencia aparente de normas y de la concurrencia (formal) de crímenes[16](#_bookmark15), y una vertiente procesal[17](#_bookmark16), especialmente relevante en este voto.
3. El instrumento jurídico que impide que las personas sean procesadas más de una vez por el mismo delito es la cosa juzgada. Una vez que el proceso ha concluido definitivamente (ya sea con una condena o con una absolución), y se han agotado todas las posibilidades del recurso, la decisión pasa a ser cosa juzgada, lo que impide que el caso se vuelva a discutir en el mismo o en otro proceso (siempre que tenga como objeto el mismo hecho procesal que el caso anterior).
4. Además de promover la seguridad jurídica, la cosa juzgada protege al sujeto de verse expuesto reiteradamente a un proceso penal, lo que en sí mismo ya supone una grave intervención en su esfera de libertad, además de traer consigo los más diversos y gravosos inconvenientes (por ejemplo, la tramitación de medidas intrusivas como registros domiciliarios, el quebrantamiento del secreto telefónico y fiscal, etc.) y representar el peligro latente de condena e imposición de una pena[18](#_bookmark17).
5. Por lo tanto, la deconstrucción de la cosa juzgada en el derecho interno por

Law and Civil Law Jurisdictions", en: Brown et al (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Procedure,* Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 463; Sobre las raíces históricas y el desarrollo del principio análogo de "double jeopardy" en el common law, véase THOMAS, George. *Double Jeopardy: The History, the Law,* Nueva York: New York University Press, 1998, p. 46 y ss.

10 STUCKENBERG, Ne bis in idem...cit., p. 458.

11 No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

12 “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.”

13 VAN BOCKEL, Bas. “The Interpretation and Application of the Ne Bis In Idem Principle in the EU Area of Freedom, Security and Justice”, en: Iglesias Sánchez/González Pascual (org.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 354.

14 VERVAELE, John. “Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, n. 4, 2013, p. 211, 213 e s. Por otro lado, es importante resaltar que el Tribunal Constitucional alemán declaró, en una decisión reciente (cf. infra par. 29), que la prohibición de la múltiple persecución, derivada del art. 103 Nr. III de la *Grundgesetz*, tiene carácter absoluto, es decir, no es susceptible de relativización y ponderación. Según el Tribunal, este dispositivo constitucional confiere al principio de la seguridad jurídica preferencia sobre el principio de la justicia material (BVerfG, Sentencia del Segundo Senado, de 31 de octubre de 2023 - 2 BvR 900/22, Nm. 75-76).

15 VAN BOCKEL, The Interpretation and Application of the Ne Bis In Idem Principle...cit., p. 357.

16 VOGLER, Theo. “Funktion und Grenze der Gesetzeinheit”, em: Kaufmann et al. (org.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, Munique: C.H Beck, 1979, p. 721; JAKOBS, Günther. *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre - Lehrbuch*, 2ª ed., Berlim: De Gruyter, 1993, p. 866; PUPPE, Ingeborg, em: *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2017, § 52 Nm. 2.

17 MAÑALICH, “El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio“, *Política Criminal*, Vol. 9, n. 18, 2014 p. 543, 547.

18 Sobre este tema, GRECO, Luis. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht,* Duncker & Humblot: Berlín, 2015, p. 369 y ss., 777, passim.

parte de la Corte IDH, aunque inherente al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, no es trivial y expone una compleja colisión entre derechos, lo que impone la construcción de una solución sólida y equilibrada.

1. Es precisamente esta relación la que pretendemos profundizar y explicar en esta sección del voto concurrente, especialmente desde la perspectiva de la jurisprudencia consolidada de la Corte IDH sobre los institutos de la cosa juzgada aparente y fraudulenta.
2. Antes de analizar los precedentes de la Corte IDH para superar la cosa juzgada, cabe recordar, como la premisa necesaria e ineludible del debate, que la relativización o disolución de la cosa juzgada no es un cuerpo extraño en el derecho procesal penal, como lo demuestran institutos originados en el ámbito interno del Estado como la revisión criminal.
3. La revisión penal vive bajo la tensión entre, por un lado, el principio de seguridad jurídica, garantizado por el instituto de la cosa juzgada, y, por otro, los principios de justicia y verdad[19](#_bookmark18). La disolución de la cosa juzgada a través de la revisión criminal puede producirse a favor o en contra del acusado. La revisión a favor del acusado está ampliamente reconocida en la mayoría de los países e incluye una amplia gama de hipótesis.
4. En cambio, la revisión contra el acusado es más controvertida y ni siquiera se reconoce en algunos países, observando requisitos más estrictos y limitados[20](#_bookmark19). Esa asimetría se justifica en la medida en que, además del valor colectivo de la seguridad jurídica, la revisión penal *contra reo* implica el interés individual del acusado que ya ha sido sometido a un proceso penal y ha sido absuelto (o ha recibido una pena más benigna)[21](#_bookmark20).
5. Los motivos de revisión criminal pueden ser intrínsecos o de fondo, vinculados a la corrección material de la decisión, como la aparición de nuevas pruebas previamente desconocidas por el juicio (la llamada revisión *propter nova*), y extrínsecos o de procedimiento, vinculados a la solidez del proceso, como la hipótesis de corrupción del magistrado, la falsificación de documentos utilizados como prueba, coacción de testigos, etc.
6. Como se ha mencionado, la revisión penal contra el imputado tiende a admitir menos razones para iniciarla, aunque se observan, también en el derecho interno, movimientos e iniciativas tendientes a ampliar el instituto basándose en el argumento de los derechos de las víctimas y la lucha contra la impunidad[22](#_bookmark21). Por ejemplo, tras décadas de discusión, en 2021 el legislador alemán aprobó finalmente la inserción de otra posibilidad de revisión penal contra el acusado basada en el descubrimiento de nuevas pruebas (*propter nova*) en delitos graves, como el de homicidio cualificado, conocido como *Mord*, establecido en el §211 del Código Penal alemán (§ 362 n.° 5

19 GRÜNEWALD, Anette. "Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten",

*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW*), n. 120, 2008, p. 544, 547.

20 Con numerosas referencias y detalles históricos BOHN, André. *Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise*, Berlín: Duncker & Humblot, 2016, p. 26 y ss.

21 En este sentido GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*, Duncker & Humblot: Berlim, 2015, p. 863.

22 ZILLI, Marcos/MONTECONRADO, Fabíola/MOURA, Maria Thereza de Assis. “Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, em: Elsner/Ambos/Malarino (coord.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 2, Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 404, 407.

*Strafprozessordnung*)[23](#_bookmark22). Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional la innovación normativa, por vulnerar la cláusula *ne bis in idem* contenida en el art. 103 n.°3 de la *Grundgesetz* (Constitución)[24](#_bookmark23), confirmando la naturaleza controvertida del instituto, pero también la actualidad del tema, se ve con claridad la necesidad de que también la Corte IDH se aboque a la cuestión.

1. A pesar de las reticencias justificadas en el ámbito interno del Estado sobre la procedencia de la revisión penal contra el acusado, es seguro reconocer que las razones para superar la cosa juzgada deben guiarse por los motivos y requisitos para su formación[25](#_bookmark24). En otras palabras, si un requisito de cosa juzgada se demuestra retrospectivamente inexistente, será eventualmente posible disolverla.
2. Uno de los pilares de la cosa juzgada es la justicia procesal, la solidez del procedimiento que condujo a la decisión final. Así que no es casualidad que los defectos graves ocurridos durante el proceso (falsificación de pruebas, corrupción de peritos, miembros de la fiscalía, magistrados, parcialidad, etc.) sean, por regla general, motivo tanto de revisión penal a favor del acusado como en su contra[26](#_bookmark25). Esos defectos comprometen cualquier decisión de mérito.
3. En el ámbito internacional, las actuaciones de los tribunales (como la Corte Penal Internacional - CPI), como se ha mencionado, constituyen una excepción (justificada) al *ne bis in idem*, en la medida en que presupone la superación de la cosa juzgada en el derecho interno. Este supuesto se refleja en el denominado principio de complementariedad[27](#_bookmark26), tal como se consagra en las reglas del Art. 20, n.° 3, c/c Art. 17 n.°1 y 2 del Estatuto de Roma[28](#_bookmark27). El Art. 20 n.°3 determina que:

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que

23 A este respecto, subrayó la importancia de la nueva disposición sobre los derechos de las víctimas,, HÖRNLE, Tatjana. Die subjektiven Rechte von Angehörigen von Mordopfern – und ihre Relevanz für die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO, Goltdammer´s Archiv (GA), 4/2022, p. 184 e ss.

24 BVerfG , Sentença do Segundo Senado, de 31 de outubro 2023 - 2 BvR 900/22, Nm. 75 e ss. Sobre esta decisión, que tampoco agradó a todos, GÄRDITZ, Strafanklageverbrauch im Wiederaufnahmeverfahren bei propter nova - Verfassungsrechtsprechung im Schatten historischen Strafprozessrechts, *Juristenzeitung (JZ)*, 1/2024, p. 96 e ss.; GRÜNEWALD, Systemwidrige Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen, *Juristenzeitung (JZ)*, 1/2024, p. 101 e ss.

25 Con otras referencias GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*, Duncker & Humblot: Berlim, 2015, p. 865.

26 Un panorama sobre la realidad europea y BVerfG , Sentençia de Segundo Senado, de 31 de octubre 2023 - 2 BvR 900/22, Nm. 21. Cf. también, GRECO, Strafprozesstheorie...cit, p. 978

27 CARTER, Linda. “The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8, 2010, p. 167: “Complementarity is a principle which represents the idea that states, rather than the International Criminal Court (ICC), will have priority in proceeding with cases within their jurisdiction.”; COFFEY, Ger. “Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings - Interpreting Ne Bis in Idem in Conjunction wity the Principle of Complementarity*”, New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 1–2, 2013, p. 59,

28 Sobre la relación entre el princípio de la complementaridad y ne bis in idem: CARTER, Linda. “The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8, 2010, p. 167 , 177.“The provisions regarding shielding a person from responsibility and concerning the lack of independence or impartiality and lacking an intent to bring the person to justice are almost identical to the language of the two exceptions to ne bis in idem in Article

20. This is not without purpose and logic. [...] While there is a difference because ne bis in idem concerns only completed proceedings while the "unwilling" standard covers investigations and prosecutions, the reason for the ICC to assume the case despite a state investigation, prosecution, or completed proceedings is logically the same - when the state process is not functioning properly.” Em sentido próximo COFFEY, Ger. “Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings - Interpreting Ne Bis in Idem in Conjunction wity the Principle of Complementarity*”, New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 1–2, 2013,

p. 59, 62, 64: “Analyses of the jurisprudence emanating from international courts and tribunals leads to the conclusion that ne bis in idem can only be fully understood, and applied, in conjunction with the principle of complementarity. [...] The principle of ne bis in idem is a corollary of the complementarity principle, which prevents an EU or international court or tribunal from asserting jurisdiction when a competent national criminal justice system has already tried the defendant”.

el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

1. Además, entre las hipótesis de admisibilidad de las acciones ante la CPI previstas en el Art. 17 del Estatuto de Roma se encuentra la situación en que el inculpado "no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo". A su vez, la ausencia de "disposición a actuar en un asunto determinado" será verificada por el Tribunal en función de la existencia de las siguientes circunstancias:
	1. Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
	2. Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
	3. Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. (Art. 17 Nr. 2).
2. Cabe señalar que los requisitos que permiten (re)tramitar un caso en el marco de la CPI están vinculados a razones procesales que legitiman la ruptura de la cosa juzgada y la relativización del *ne bis in idem,* también (y, sobre todo) en caso de absolución previa o condena a penas leves en la justicia interna[29](#_bookmark28) .
3. Los mencionados criterios procesales utilizados para determinar la desconsideración de la cosa juzgada y la relativización del *ne bis in idem* son similares en el Sistema Europeo de Derecho Humanos. El artículo 4.2 del Protocolo n.º 7 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales dispone sobre las hipótesis que excepcionan al derecho a no ser enjuiciado o sancionado más de una vez[30](#_bookmark29) cuando “hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada ".
4. La jurisprudencia del TEDH concreta estos criterios y sus hipótesis de aplicación. En cuanto al criterio procesal, el TEDH afirma que sólo una grave violación de una norma procesal que perjudica severamente la integridad del procedimiento anterior puede servir de base para reabrir el proceso en detrimento del acusado, en los casos en que éste haya sido previamente absuelto o sancionado por un delito menos grave de lo que establece la ley aplicable[31](#_bookmark30). Además, las razones que justifican la reapertura del procedimiento deben ser tales que modifiquen la conclusión del caso[32](#_bookmark31) .

29 HELLER, Kevin Jon. "The shadow of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process", *Criminal Law Forum*, vol. 17, 2006, p. 255, 268: "the Court can re-try a defendant previously convicted or acquitted in a national proceeding only if that proceeding was not independent or impartial and its lack of independence or impartiality made the defendant more difficult to convict".

30 Definido en el art. 4 n.◦ 1: “ Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado..”

31 TEDH Mihalache c. Rumanía (solicitud n.º 54012/10), 08/07/2019, Nm. 133. Em el original: “The concept of “fundamental defect” within the meaning of Article 4 § 2 of Protocol No. 7 suggests that only a serious violation of a procedural rule severely undermining the integrity of the previous proceedings can serve as the basis for reopening the latter to the detriment of the accused”.

32 TEDH Mihalache c. Rumanía (Solicitud nº 54012/10), 08/07/2019, Nm. 133; Sabalic c. Croacia (Solicitud nº 50231/13), 14/04/2021, Nm. 99.

1. En el caso *Mihalache vs. Rumanía* (2019), el TEDH afirmó que las dos excepciones a la aplicación del principio *ne bis in idem previstas* en el artículo 4.2 del Protocolo n.º 7 de la Convención Europea son alternativas, no acumulativas: la existencia de un vicio fundamental en un proceso penal concluido justifica, incluso en ausencia de hechos recientemente descubiertos, la posibilidad de reabrirlo[33](#_bookmark32). El Tribunal también ha subrayado que, debido a la importancia de la seguridad jurídica en el ámbito penal para garantizar los derechos humanos del acusado, estas dos hipótesis deben interpretarse estrictamente[34](#_bookmark33). A pesar de ello, la existencia de un vicio de fondo - que debe apreciarse caso por caso - también puede, según el TEDH[35](#_bookmark34), declararse en perjuicio del acusado.
2. En una línea similar a la observada en la jurisprudencia interamericana, los procedimientos de investigación y las acciones penales que, debido a deficiencias en su desarrollo, han resultado infructuosas y han dado lugar a una situación injustificada de impunidad también han sido considerados por el Tribunal Europeo como motivos de doble enjuiciamiento. Así, en el caso *Fadin vs. Rusia* (2006), el TEDH calificó de "vicio fundamental" el hecho de que un tribunal inferior no llevara a cabo diligencias de investigación que habían sido ordenadas por la Suprema Corte nacional en el curso del procedimiento, por lo que era admisible su reapertura por tales motivos[36](#_bookmark35).
3. Más interesante a los hechos analizados es el reciente caso *Sabalić vs. Croacia* (2021), en el que se examinaron los vicios de un proceso penal que no había investigado ni sancionado suficientemente al responsable de agredir físicamente a la víctima por motivos de odio, concretamente por homofobia. En aquel momento, el acusado había sido condenado definitivamente al pago de una multa de 40 euros por un delito de alteración del orden público. Los hechos fueron puestos en conocimiento del Ministerio Público, que archivó el caso por considerar que la reapertura de un nuevo procedimiento por el mismo delito supondría una violación del principio *ne bis in idem*.
4. El TEDH dictaminó que "tanto la falta de investigar el motivo de odio detrás del ataque violento como la falta de tomar en consideración dicho motivo al determinar el castigo por el ataque constituyeron 'defectos fundamentales' en los procedimientos", ya que las autoridades nacionales "no ofrecieron al solicitante la reparación adecuada, por ejemplo, terminando o anulando el conjunto de procedimientos injustificados y eliminando sus efectos, o reexaminando el caso", incumpliendo así "su deber de combatir la impunidad por crímenes de odio en cumplimiento con los estándares de la Convención"[37](#_bookmark36) . En otras palabras, la sentencia del TEDH apreció un "vicio fundamental" en la falta de investigación y sanción adecuadas al autor de los hechos -aunque éste ya hubiera sido sancionado-, ya que

33 TEDH. *Mihalache vs. Rumanía* (2019), párr. 128.

34 TEDH. *Mihalache vs. Rumanía* (2019), párr. 128.

35 En este punto, el TEDH sigue el Informe Explicativo del Protocolo nº. 7, parr. 30: “A case may, however, be reopened in accordance with the law of the State concerned if there is evidence of new or newly discovered facts, or if it appears that there has been a fundamental defect in the proceedings, which could affect the outcome of the case *either in favour of the person or to his detriment*.” Disponible en: < https://rm.coe.int/16800c96fd>. Consultado el: 6 abr. 2024.

36 TEDH. *Fadin vs. Rússia* (2006), n.° 58079/00, 27 Julio 2006, párr. 32.

37 TEDH. *Sabalić vs. Croacia* (2021), párr. 114. Tradução própria. No original: “114. In the Court’s view, both the failure to investigate the hate motive behind the violent attack and the failure to take into consideration such a motive in determining the punishment for the attack, amounted to “fundamental defects” in the proceedings within the meaning of Article 4 § 2 of Protocol No. 7. In the present case the domestic authorities failed to remedy the situation, yet it could not be said that any *de jure* obstacles had prevented them from doing so (see paragraph 99 above). In particular, they failed to offer the applicant the appropriate redress by, for instance, terminating or annulling the unwarranted set of proceedings and effacing its effects, or re-examining the case. The domestic authorities therefore failed to fulfil their duty to combat impunity for hate crimes in compliance with the Convention standards.

la conducta de las autoridades durante el procedimiento fue "contraria a su deber de luchar contra la impunidad de los delitos de odio, que son particularmente destructivos de los derechos humanos fundamentales"[38](#_bookmark37) .

1. En el caso *Marguš vs. Croacia* (2014), el TEDH ya se había enfrentado a varias cuestiones sobre la posibilidad de descartar el principio *ne bis in idem* en perjuicio del acusado al analizar el caso de un ex comandante militar croata responsable de cometer crímenes de guerra contra la población civil en 1991. Alegó ante el Tribunal que los delitos que se le imputaban en el proceso penal ya habían sido analizados y juzgados con anterioridad, en un proceso sobre los mismos delitos que concluyó en 1997 debido a la aplicación de la ley de amnistía general del país.
2. El TEDH consideró que, de hecho, dos situaciones habían conducido a su impunidad en el curso del procedimiento anterior: parte de los cargos fueron retirados por el propio fiscal, mientras que a los demás se les puso fin a su procesamiento mediante una decisión de aplicación de la ley de amnistía que se había promulgado. En cuanto a lo primero, el TEDH declaró que no podía hablarse de absolución o condena definitiva, como exige el artículo 4º, inciso 1 del Protocolo n.◦

7. En cuanto a lo segundo, la sentencia consideró que amnistías como la de este caso, relativas a graves violaciones de los derechos humanos fundamentales, son incompatibles con el deber de los Estados de perseguir y castigar delitos de tal gravedad, concluyendo que "el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio no es aplicable a las circunstancias del presente caso"[39](#_bookmark38).

1. En un intento de detallar la racionalidad de la inaplicabilidad del *ne bis in idem*, varios jueces del TEDH, en sus votos particulares, abordaron la cuestión. En un voto concurrente, los jueces Ziemele, Berro-Lefèvre y Karakaş llamaron la atención sobre el hecho de que la redacción del artículo 4 º, inciso I, del Protocolo n.º 7 establece que es "*conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado*” que “[n]adie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva". Es decir, según los jueces, que la noción de conformidad a la ley y al procedimiento penal “debe interpretarse de manera consistente con las disposiciones del derecho internacional"[40](#_bookmark39) .
2. En este punto, subraya la importancia de utilizar el concepto de "cosa juzgada aparente o fraudulenta" movilizado por la Corte IDH en los casos de intentos de blindaje de los acusados, de los procesos penales que no se han desarrollado de forma independiente e imparcial o en los cuales no hubo intención real de responsabilización penal[41](#_bookmark40).
3. Partiendo de estas premisas, los jueces concluyen que, "dada la importancia de combatir cualquier percepción de impunidad por graves violaciones de los derechos humanos o por crímenes de guerra, hubiéramos preferido decir que el principio de *ne bis in idem* contenido en el Artículo 4 del Protocolo No. 7 no debería funcionar como una barrera para llevar a la justicia a los individuos que han recibido amnistía que los protege de la responsabilidad"[42](#_bookmark41) . En tales circunstancias, el principio

38 TEDH. *Sabalić vs. Croacia* (2021), párr. 115.

39 TEDH. *Marguš vs. Croacia* (2014), párr. 141.

40 TEDH. *Marguš vs. Croacia* (2014). Voto concurrente de los jueces Ziemele, Berro-Lefèvre y

Karakaş, párr. 6.

41 También se citan pasajes de la jurisprudencia interamericana sobre cosa juzgada fraudulenta o aparente en la sentencia del TEDH, Marguš vs. Croacia (2014), párr. 61

42 TEDH. *Marguš vs. Croacia* (2014). Voto concurrente de los jueces Ziemele, Berro-Lefèvre y Karakaş, párr. 6. Traducción propia, “given the importance of combating any perception of impunity for grave breaches of human rights or for war crimes, we would have preferred to say that the *ne bis in idem* principle contained in Article 4 of Protocol No. 7 should not operate as a barrier to bringing individuals to justice where those individuals have been granted amnesty shielding them from responsibility”

de que nadie puede ser investigado o condenado dos veces por el mismo delito no puede considerarse legítimamente un obstáculo *de jure* para reexaminar el proceso penal en cuestión, en pleno respeto de los derechos humanos y en atención al deber del Estado de investigar a los responsables y reparar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

1. De la sentencia del TEDH se desprende que un defecto de procedimiento grave puede romper la cosa juzgada y permitir la reapertura del caso, no sólo en hipótesis de absolución o impunidad total, sino también en caso de condena por un delito o con una pena menos grave que la que exigiría el ordenamiento jurídico correspondiente a la luz del sustrato fáctico concreto. En otras palabras, también es posible apartar la cosa juzgada de sentencias condenatorias[43](#_bookmark42), en presencia de un defecto procesal grave, cuya ausencia daría lugar a un resultado significativamente diferente.
	1. *La jurisprudencia de la Corte IDH sobre la cosa juzgada aparente*
2. En este contexto, el instituto de la cosa juzgada aparente -también conocida como fraudulenta en ciertos precedentes- desarrollado por la Corte IDH, comparte las premisas centrales antes mencionadas en cuanto a los presupuestos necesarios para romper la cosa juzgada, especialmente en lo que respecta a los presupuestos vinculados a la solidez del proceso. En otras palabras, no se trata de un excepcionalismo de la Corte IDH -ni es exclusivo de los crímenes contra la humanidad-. Más bien, proviene de la propia estructura del instituto de la cosa juzgada, tal y como se reconoce en las hipótesis de revisión penal previstos nacional e internacionalmente.
3. La cosa juzgada aparente se manifiesta cuando el proceso que condujo a una decisión final de condena o absolución está tan gravemente viciado que puede apreciarse que, en realidad, no hubo verdadero proceso o que éste fue "nulo"[44](#_bookmark43). Se trata de casos en los que el sujeto procesal fue formalmente juzgado, pero no fue realmente (materialmente) procesado o perseguido[45](#_bookmark44). La decisión resultante del proceso defectuoso sería una pseudo-sentencia, una sentencia que sólo aparenta[46](#_bookmark45) .
4. Los defectos procesales que privan a la decisión final del sello de real cosa juzgada pueden ser el resultado de acciones de obstrucción por parte del acusado, en contra o en connivencia con agentes del Estado (falsificación de documentos probatorios, coacción de testigos, corrupción de peritos, magistrados, etc.), o de acciones u omisiones que son responsabilidad exclusiva del Estado[47](#_bookmark46) , especialmente cuando se percibe que el Estado tiene la intención de no llevar a cabo el proceso o la investigación adecuadamente.

43 Mañalich denomina esta hipótesiss de “impunidad relativa”, cf. MAÑALICH, Juan Pablo. “Cosa juzgada fraudulenta en el caso ‘Quemados’”, *Polít. Crim*. Vol. 16, n. 31, 2021, p. 456, 472 e ss, 474-475: “Este será el caso, precisamente, cuando la impunidad implicada en el desenlace del proceso sea relativa, esto es, cuando el imputado se haya visto favorecido por una sentencia condenatoria que, generada fraudulentamente, haya dado lugar a una reacción punitiva que, en comparación con aquella que le habría correspondido em conformidad con el derecho aplicable, aparezca como tendencialmente irrisoria.”

44 PÉREZ BARBARÁ, Gabriel. “Revisión de la cosa juzgada corrupta ´contra reo´”. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, Fevereiro*, 2021, p. 7.

45 MORGENSTERN, Federico. *Cosa juzgada fraudulenta, un ensayo sobre la cosa juzgada*. Buenos Aires: B de F, 2015, p. 3, passim. Cf. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Voto Razonado del Juez García Ramírez:. “error en el que incurre quien la emite, sin que se añada otro motivo de injusticia; o bien, ilegalidad o ilegitimidad con las que actúa el juzgador, sea en actos del enjuiciamiento (violaciones procesales que destruyen el debido proceso), sea en la presentación (falseada) de los hechos conducentes a la sentencia. En ambos casos se arribará a una sentencia que no sirve a la justicia y sólo en apariencia --formalmente-- atiende a la seguridad jurídica.”

46 MAÑALICH, Juan Pablo. “Cosa juzgada fraudulenta en el caso ‘Quemados’”, Polít. Crim. Vol. 16, n. 31, 2021, p. 456, 476.

47 *Cfr*. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso Mazzeo de 13 de julio de 2007, M. 2333. XLII. y otros Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. De casación e inconstitucionalidad, p. 26

1. Esta intención de no llevar el caso hasta el final o hasta una condena e imposición de una pena que se corresponda con la culpabilidad del acusado puede manifestarse, por ejemplo, mediante la aplicación errónea deliberada o intencionada de causas de extinción o atenuación de la responsabilidad, como el indulto judicial, la amnistía y la prescripción. Estas son hipótesis que, en teoría, constituirían el delito de "violar o torcer el Derecho" – una especie de prevaricación – previsto, por ejemplo, en el Código Penal alemán (*Rechtsbeugung*, § 339 StGB), que incrimina la conducta de un magistrado o miembro del Ministerio Público que, al dirigir o decidir un asunto judicial, "viole o doblegue" el derecho o las normas jurídicas a favor o en contra de una de las partes; este delito es especialmente relevante en el contexto de regímenes autoritarios, como el régimen nacional socialista o el gobierno de la extinta Alemania del Este[48](#_bookmark47).
2. Hay que señalar, sin embargo, que para que se configure la cosa juzgada aparente no es necesario establecer el fraude en sentido estricto. Basta con comprobar que el procedimiento llevado a cabo por el Estado equivale a una especie de simulación, de burla del procedimiento (penal)[49](#_bookmark48).
3. Por esta razón, creemos necesario, con base en la jurisprudencia de la Corte IDH, distinguir entre cosa juzgada aparente en sentido estricto y cosa juzgada fraudulenta. En efecto, bajo el amplio epígrafe de cosa juzgada aparente, es posible identificar la cosa juzgada fraudulenta, cuando es el resultado de la colusión, fraude o dolo de los agentes de la justicia interna, y la cosa juzgada aparente en sentido estricto, cuando, aun no existiendo el fraude efectivo de los agentes estatales, la sentencia adolece de graves vicios de inconvencionalidad.
4. La sistematización de los casos encontrados permite inferir que la Corte IDH ha reconocido la formación de cosa juzgada aparente en diversos escenarios, tales como las decisiones emitidas en casos de incompetencia de los Tribunales Militares; las sentencias marcadas por la imparcialidad del juez o de los jueces o una ofensa al debido proceso legal; la aplicación de disposiciones inconvencionales como la ley de amnistía; el de prescripción para los delitos imprescriptibles, y la realización de actos deliberadamente ilegales para favorecer la impunidad de los acusados.
5. La introducción del concepto de cosa juzgada aparente en la jurisprudencia de la Corte IDH se entrelaza con la obligación estatal de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH entiende que es incompatible con el régimen convencional interamericano[50](#_bookmark49) cualquier obstáculo de derecho interno que obstruya la investigación y sanción de los autores de delitos contra los derechos humanos, ya sea a través de leyes de amnistía, prescripción o aplicación de excluyentes de responsabilidad[51](#_bookmark50).
6. Al establecer la medida de reparación relativa a la obligación de investigar los hechos que dieron lugar a las violaciones, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables de los delitos en el *caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (2004),

48 QUASTEN, Dirk*. Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR*, Berlín: Duncker & Humblot, 2003.

49 En este sentido MORGENSTERN, Federico. *Cosa juzgada fraudulenta, un ensayo sobre la cosa juzgada*. Buenos Aires: B de F, 2015, p. 14

50 *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 150. En sentido similar, *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 116; *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 106; *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

51 *Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 263.

la Corte IDH reconoció la formación de "*cosa juzgada fraudulenta"* en los siguientes términos: “*resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad*” [52](#_bookmark51).

1. En el *caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006)*[*53*](#_bookmark52)*,* no sólo se reforzó el uso del concepto de "*cosa juzgada fraudulenta*", sino que también se utilizó el término "*cosa juzgada aparente*" como sinónimo. En esa ocasión, la Corte IDH agregó una nueva hipótesis a las que se aplican a este concepto, a saber: "*si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones*"[54](#_bookmark53) . En este caso, la Corte IDH solicitó el levantamiento de la ley de amnistía chilena para que se investigue y sancione a los autores de la ejecución extrajudicial del Sr. Almonacid Arellano.
2. Históricamente, es importante reconstruir el camino recorrido por la Corte IDH para consolidar la aplicación de la cosa juzgada aparente. A lo largo de los años, el Tribunal ha reconocido la incidencia de este fenómeno en diversas ocasiones. Como consecuencia de ello, ha ordenado a los Estados (i) dejar sin efecto las sentencias firmes que, por graves violaciones de los derechos humanos, fueran incompatibles con la Convención, y (ii) adoptar las medidas de derecho interno necesarias para iniciar un nuevo procedimiento de investigación de los hechos.
3. La primera aproximación a esta cuestión se produjo en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999). La sentencia trata de cuatro ciudadanos chilenos que fueron detenidos en el cuadro de una operación llevada a cabo por la Dirección Nacional contra el Terrorismo. El contexto de las detenciones era un conflicto que se desarrollaba en Perú desde principios de los años ochenta, en el marco del estado de emergencia y suspensión de garantías entonces vigente en el Departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.
4. Las víctimas fueron juzgadas en la jurisdicción penal militar y condenadas por un tribunal "*sin rostro"*, en un procedimiento sumario sin que los interesados pudieran interponer "*acciones de garantía*". Así, debido a la violación de diversas garantías judiciales, entre ellas el principio del juez natural y el derecho a la publicidad del proceso, así como el principio de legalidad, la Corte IDH declaró la nulidad del proceso interno contra las víctimas y ordenó al Estado peruano garantizarle un nuevo juicio a la luz del principio del debido proceso legal.
5. Para llegar a esta conclusión, la Corte IDH ha establecido una interesante distinción: la primera hipótesis se refiere a los casos en los que un tribunal aplica incorrectamente la ley, valora erróneamente las pruebas y/o no motiva adecuadamente una sentencia, pero la decisión es válida y puede quedar firme, aunque sea injusta o incorrecta; la segunda hipótesis, en cambio, se refiere a casos como *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999) -en los que la resolución dictada adolece de graves defectos que la privan de validez-, por carecer del soporte mínimo: un proceso sustanciado conforme al derecho. En este último caso, la invalidez de la sentencia deriva de la invalidez del propio proceso, lo que obliga a dictar una nueva sentencia que cumpla con las garantías de la Convención, es decir, en palabras de la Corte IDH: "*la validez del proceso es condición de la validez de la sentencia*"[55](#_bookmark54).

52 *Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

53 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154.

54 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154.

55 *Cfr. Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52. párr. 219-221.

1. Años más tarde, la Corte IDH tuvo que analizar de nuevo la posible aplicación de la cosa juzgada aparente en el caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (2004). El señor Carpio Nicolle, reconocido periodista y político, fundador del periódico El Gráfico y del partido político *Unión del Centro Nacional* (UCN), tras publicar opiniones críticas sobre el autogolpe de Estado llevado a cabo por el entonces Presidente de la República, fue interceptado por 15 hombres armados, quienes le dispararon a quemarropa y le causaron graves heridas que le provocaron la muerte.
2. En aquella ocasión, los representantes de las víctimas solicitaron la reapertura de la investigación penal por parte del órgano judicial interno en relación con el único acusado que fue condenado (y posteriormente absuelto), incluso después de que la sentencia hubiera adquirido firmeza. En su sentencia, la Corte IDH ordenó, como medida de reparación, que el Estado removiera todos los obstáculos de hecho y de derecho que han conducido a la impunidad de los responsables durante más de una década, así como que proporcionara garantías suficientes de seguridad para los involucrados, incluyendo testigos, autoridades judiciales y familiares de las víctimas.
3. En este caso, la posibilidad de la desconsideración de la cosa juzgada se justificó por la obstrucción sistemática de la administración de justicia y del debido proceso, que ha impedido la identificación, enjuiciamiento y sanción de los responsables y ha favorecido además la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos.
4. Los principales fundamentos de la sentencia del Tribunal IDH fueron los siguientes: **(i)** la violación del deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, en virtud del derecho de toda persona a la verdad, incluidos los familiares de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, que torna inadmisibles las disposiciones relativas a la prescripción, amnistía y otros excluyentes de responsabilidad destinados a impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, tales como tortura, ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas[56](#_bookmark55) ; y **(ii)** la existencia de graves vicios en los procedimientos ante los tribunales, en los que no se respetan las normas del debido proceso legal o los jueces no actúan con independencia e imparcialidad, en contravención de los preceptos de la Convención[57](#_bookmark56).
5. El caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (2004) es paradigmático porque fue el primer caso en el que la Corte IDH reconoció la deconstrucción de la cosa juzgada en relación con una decisión interna que afectaba a la persecución penal de terceros que no participaron en el proceso ante la Corte, más concretamente en su perjuicio, con el fin de salvaguardar la obligación del Estado de investigar, perseguir y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.
6. El desarrollo de la jurisprudencia sobre el tema fue profundizado por la Corte IDH al dictar su sentencia en el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia* (2005), la cual también proporciona parámetros importantes para analizar la incidencia de la cosa juzgada aparente. El caso se refiere a actos de tortura cometidos contra el Sr. Gutiérrez cuando fue detenido por el comandante de una unidad de la *Unidad Nacional Antiextorsión y Secuestro de la Policía Nacional*.
7. El Sr. Gutiérrez fue conducido al ático de las instalaciones, donde fue esposado

56 *Cfr. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 150 y 235; Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 262; Corte IDH. Caso *Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 84

57 *Cfr.* Caso *Carpio Nicolle y otros vs*. *Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 125-135.

y posteriormente sometido a quemaduras, golpes y lesiones. También fue inducido a declarar sobre los hechos que motivaron su detención (bajo coacción), por lo que se le imputó el delito de extorsión. Cabe destacar que no se llevó a cabo ninguna investigación diligente, ni en la jurisdicción penal militar ni en la ordinaria, sobre lo sucedido. Como consecuencia de las denuncias presentadas, el Sr. Gutiérrez y su familia se convirtieron en objeto de amenazas y hostigamiento, por lo que tuvieron que exiliarse a los Estados Unidos, donde residen actualmente (el Sr. Gutiérrez y su hijo).

1. La Corte IDH reconoció el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los autores del encarcelamiento y tortura del señor Gutiérrez, y que debe abstenerse de recurrir a amnistías, indultos, prescripción y/o eximentes de responsabilidad para evitar la persecución penal o suprimir los efectos de una condena[58](#_bookmark57). La sentencia recordó el entendimiento de la Corte IDH sobre la deconstrucción de la cosa juzgada en casos de incumplimiento de las reglas del debido proceso e incompatibilidad con la Convención, reconociendo que las decisiones judiciales derivadas de hechos internacionalmente ilícitos definitivamente no quedan firmes[59](#_bookmark58) .
2. En su voto concurrente, el eximio Juez Sergio García Ramírez explicó que la adecuada valoración de este instituto requiere, ante todo, una reflexión de carácter semántico. En otras palabras, el término "cosa juzgada fraudulenta" se centraría en la noción de *maquinación* por parte de las autoridades judiciales.
3. Sin embargo, en opinión del ilustre magistrado, tal concepto no sería necesariamente aplicable a todos los casos que se pretenden abarcar debido a una realidad heterogénea, especialmente cuando se transpone al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Bajo estas premisas, el juez Sergio García Ramírez destacó la importancia de la "cosa juzgada aparente" y la necesidad de repensar la idea de la "santidad" de la cosa juzgada. En sus palabras, “[d]ifícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos"[60](#_bookmark59) .
4. En su momento, el juez Sergio García Ramírez identificó brillantemente el rumbo de la jurisprudencia interamericana hacia la declaración de nulidad de sentencias firmes por violaciones graves a la Convención, rumbo confirmado hoy por el caso *Vega González*[*61*](#_bookmark60). En estas situaciones, dijo el magistrado, prevalece la idea de que el proceso viciado no es un verdadero proceso y la sentencia (aparente) dictada en él no es una verdadera sentencia, formando una cosa juzgada también aparente. Por ello, un proceso penal posterior sobre los mismos hechos y contra las mismas personas no constituiría un segundo proceso y, por tanto, no se violaría el principio *ne bis in idem*[*62*](#_bookmark61).
5. Como ya se mencionó, el desarrollo jurisprudencial sobre cosa juzgada

58 *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 206; *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. *Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 108; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 172.

59 *Cfr. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia.* Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 98.

60 *Cfr. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia.* Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132 (Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 17-22).

61 *Cfr. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132 (Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 17-22).

62 *Cfr. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132 (Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 17-22).

aparente también recibió aportes en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006). Los hechos ocurrieron en el contexto del régimen militar que derrocó al gobierno del entonces presidente en 1973. La represión generalizada dirigida contra las personas consideradas por el régimen como opositores duró hasta el final del gobierno militar. El Sr. Almonacid Arellano era entonces profesor de enseñanza primaria y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue asesinado en la puerta de su casa y en presencia de su familia. Además del hecho de que la causa relativa al asesinato de la víctima estaba pendiente ante el Tribunal Penal Militar, el caso fue sobreseído debido al Decreto-Ley n°. 2.191, adoptado en 1978, que concedía amnistía a las personas que habían cometido crímenes durante el Estado de Sitio (entre 1973 y 1978), lo que dio lugar a la impunidad de los autores del crimen.

1. En esa ocasión, la Corte IDH avanzó significativamente en el tema al precisar los criterios no acumulativos para la aplicación de la cosa juzgada aparente cuando “i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia” [63](#_bookmark62). Así, la sentencia dictada en una o más de estas circunstancias producirá la cosa juzgada aparente.
2. El intento de establecer una fórmula objetiva para anular la cosa juzgada ha llevado a la Corte IDH a buscar tales hipótesis en el derecho penal internacional, extrayéndolas del art. 20.3 del Estatuto de Roma[64](#_bookmark63) . Estas normas deben leerse a la luz de las especificidades del derecho internacional de los derechos humanos y como complemento de los estándares ya establecidos en la jurisprudencia de la Corte.
3. Además, la Corte IDH ha aclarado que si salen a la luz nuevos hechos o pruebas que permitan identificar a los responsables de violaciones de derechos humanos, y más aún de crímenes de lesa humanidad, es decir, crímenes que se consideran notablemente imprescriptibles, se pueden reabrir las investigaciones, aunque exista una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada, es decir, en perjuicio del acusado en el proceso interno, ya que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y el espíritu de la Convención descartan la protección del *ne bis in idem*[*65*](#_bookmark64).
4. También es destacable el contexto del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), en el que la muerte del Sr. Arellano no fue debidamente investigada y los responsables no fueron sancionados debido a la adopción de un decreto ley interno que otorgaba amnistía a todas las personas que hubieran cometido delitos entre 1973 y 1978. En vista de ello, la Corte IDH concluyó que el caso se encuadraba en dos hipótesis (entre las enumeradas anteriormente): (i) los tribunales que juzgaron el caso no contaban con la competencia, independencia e imparcialidad necesarias, por tratarse de tribunales militares, y (ii) la aplicación de la ley de amnistía liberó de la justicia a los presuntos responsables y mantuvo impune el

63 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154.

64 Artículo 20. Ne bis in idem. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

65 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 155.

crimen cometido contra la víctima[66](#_bookmark65).

1. Cabe destacar que la aplicación de la cosa juzgada no estuvo guiada exclusivamente por cuestiones de competencia, es decir, por la sentencia en un fuero militar, sino también por la percepción de que la situación de impunidad resultante de la aplicación indebida de hipótesis excluyentes de responsabilidad penal forma parte de los presupuestos para descartar el *ne bis in idem*.
2. Es decir, en estas ocasiones no son aplicables las excusas que existen en las disposiciones internas, como la prescripción, la irretroactividad de la ley penal o cualquier exclusión similar de responsabilidad para eludir o eliminar el deber de investigar y sancionar a los responsables, especialmente de los crímenes de lesa humanidad, que son imprescriptibles y no amnistiables[67](#_bookmark66) .
3. También destaca el caso *La Cantuta vs. Perú* (2006), cuya sentencia determinó la responsabilidad del Estado por las violaciones al derecho a la vida, la integridad personal y la libertad personal contra un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" (La Cantuta), quienes fueron detenidos arbitrariamente en julio de 1992. Dos fueron ejecutados y los ocho restantes desaparecieron. La Corte IDH también declaró la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de los familiares de las víctimas en relación con los procesos de investigación interna que se llevaban a cabo en la jurisdicción penal militar en ese momento.
4. En el caso, la Corte IDH reforzó su entendimiento de que el principio de *ne bis in idem* no se aplica cuando el procedimiento que resulta en la desestimación o absolución de la persona responsable de una violación de los derechos humanos blinda a la persona responsable de la responsabilidad penal o cuando el procedimiento no se lleva a cabo de manera independiente o imparcial, de conformidad con las garantías del debido proceso. El Tribunal ha declarado que una sentencia dictada en estas circunstancias produce "cosa juzgada aparente"[68](#_bookmark67).
5. En esta ocasión, la Corte IDH también subrayó su entendimiento[69](#_bookmark68) de la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, prescripción y establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y la punición de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos irrevocables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos[70](#_bookmark69).
6. El juez Sergio García Ramírez examinó una vez más la figura de la cosa juzgada aparente en su notable voto razonado. En un proceso judicial, como ilustra analógicamente, el debido proceso sería el “cemento” de la sentencia, al igual que un edificio: “si se carece de cimiento la edificación se derrumba y habrá que construir de nuevo sobre base firme”. Es decir, si no hay debido proceso, tampoco hay verdadera sentencia, no hay cosa juzgada, no cabe que opere el principio *ne bis in*

66 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 155.

67 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 151-152.

68 *Cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 153.

69 *Cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

70 *Cfr. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 152-153.

*idem,* por eso se habla de “cosa juzgada aparente”[71](#_bookmark70). Continúa el magistrado:

El Derecho internacional de los derechos humanos en la hora actual, así como el Derecho penal internacional, reprueban la simulación de enjuiciamientos cuyo propósito o resultado se distancia de la justicia y pretende un objetivo contrario al fin para el que han sido dispuestos: injusticia, oculta entre los pliegues de un proceso “a modo”, celebrado bajo el signo del prejuicio y comprometido con la impunidad o el atropello. De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite que subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia penal internacional se rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no pueden o no quieren hacer justicia.

1. En la estela de la historia jurisprudencial sobre el tema, otro ejemplo de la aplicación de este instituto se dio en el *caso Gutiérrez y familia vs. Argentina* (2013). Si bien Argentina reconoció la responsabilidad internacional por el asesinato de Jorge Omar Gutiérrez y firmó un acuerdo reparatorio, la Corte IDH se expidió sobre el esclarecimiento de la muerte del entonces *Subcomisario de la Comisaría Segunda de Avellaneda de la Policía de la Provincia de Buenos Aires,* quien tenía a su cargo la investigación del "*caso de aduana paralela*" en un depósito fiscal acusado de corrupción, contrabando, fraude, tráfico de drogas y asociación ilícita de funcionarios públicos[72](#_bookmark71) .
2. El caso de la muerte del Sr. Gutiérrez, que tuvo lugar el 29 de agosto de 1994, se incluyó en un contexto de investigaciones sobre aduanas paralelas, que implicaban una trama fraudulenta entre miembros de organizaciones privadas y públicas[73](#_bookmark72). El mismo día del asesinato, un equipo policial realizó pruebas forenses en el tren donde se encontraba la víctima cuando recibió el disparo en la nuca. Una vez concluida la investigación, un agente de la policía federal fue acusado del crimen. El 15 de noviembre de 1996 se dictó sentencia absolviendo al acusado por falta de pruebas[74](#_bookmark73). Los recursos contra la decisión también fueron inadmitidos.
3. El proceso interno estuvo marcado por diversas irregularidades debido a la posible influencia de los policías involucrados en el crimen, tanto en el procedimiento de investigación como en el proceso penal. En palabras de la Corte IDH: "*el Tribunal observa que de la prueba presentada en este caso se desprenden una serie de indicios sobre la participación de agentes estatales en el homicidio del señor Gutiérrez, así como en la obstrucción de la investigación*"[75](#_bookmark74). Entre estos indicios se encontraba el desconcierto de los testigos, quienes fueron coaccionados a cambiar sus versiones debido a las amenazas y torturas que sufrieron por parte de policías federales[76](#_bookmark75) . Por ello, la Corte IDH concluyó que la participación de agentes estatales en el crimen también interfirió en la identificación de los autores durante el proceso penal y constituyó un obstáculo para el acceso a la justicia.
4. Durante las fases escrita y oral del *caso Gutiérrez y familia vs. Argentina*

(2013), los representantes de la víctima argumentaron que estos abusos,

71 *Cfr. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162 (Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 11 y 13).

72 *Cfr. Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 42.

73 *Cfr. Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 42.

74 *Cfr. Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 45-48.

75 *Cfr. Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 80.

76 *Cfr. Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 121.

irregularidades y omisiones favorecían el fenómeno de la *cosa juzgada fraudulenta*[*77*](#_bookmark76)*.* Este argumento se basa en tres agravantes que circunscribieron el escenario del crimen, reafirmadas por la Corte IDH[78](#_bookmark77): la primera se relaciona con las actividades funcionales de la víctima, ya que al momento de su muerte se encontraba investigando denuncias de irregularidades en un depósito fiscal (*caso de la aduana paralela*); en segundo lugar, se acusó a agentes estatales de cometer el crimen; por último, existen indicios de obstrucción a la justicia por parte de los agentes encargados de investigar el crimen[79](#_bookmark78).

1. La Corte IDH concluyó que la investigación y el proceso penal por la muerte del señor Gutiérrez no siguieron los estándares internacionales del debido proceso y del deber de investigar diligentemente, especialmente por las violaciones al derecho de acceso a la justicia y la consecuente falta de una investigación seria, imparcial, efectiva y orientada a la determinación de la verdad[80](#_bookmark79). Este entendimiento fue corroborado, por ejemplo, por las presiones y amenazas sufridas por al menos cinco testigos del crimen, por el asesinato del Comisario responsable de la investigación de la muerte de la víctima[81](#_bookmark80) , por la falta de agotamiento de las líneas de investigación, entre otras razones que, en conjunto, fueron decisivas para el fracaso de la elucidación del crimen y para la absolución del Policía Federal acusado[82](#_bookmark81) .
2. En este contexto, la Corte IDH consideró que el proceso se había desarrollado en desacuerdo con *los estándares* internacionales y que se había producido una consecuente violación del artículo 8 de la Convención, lo que le llevó a concluir que en esa ocasión se había impedido la formación de la cosa juzgada, a la que se refiere el artículo 8.4 de la Convención[83](#_bookmark82). Así, en el marco de las reparaciones, ordenó al Estado adoptar las medidas necesarias para individualizar, procesar y sancionar a los responsables de la muerte de la víctima, a fin de esclarecer la verdad sobre lo ocurrido, lo que implicaría la deconstrucción de la cosa juzgada.
3. En el *caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012), la República Dominicana fue declarada internacionalmente responsable por el uso excesivo de la fuerza por parte de agentes militares contra un grupo de inmigrantes haitianos. La violenta actuación de la policía causó siete muertos y varios heridos. Además, la sentencia consideró el contexto de discriminación histórica en la República Dominicana en relación con la migración haitiana como un factor agravante de las violaciones de derechos humanos, ya que estas personas sufren marginación, pobreza y dificultades de regularización migratoria[84](#_bookmark83) .
4. El marco fáctico de las violaciones incluyó la persecución policial debido a la entrada irregular de un camión en territorio dominicano que transportaba a unos 30 haitianos indocumentados el 16 de junio de 2000. Cuatro agentes de policía dispararon contra el vehículo para detenerlo después de que el conductor acelerara

77 *Cfr. Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, nota 240.

78 *Cfr. Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 129.

79 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 129.

80 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 129.

81 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 116.

82 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 103.

83 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 129

84 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 38-40. Ver también: párr. 103-105.

ante la aproximación de la policía a un puesto fronterizo[85](#_bookmark84) . Como consecuencia, el conductor del camión perdió el control del vehículo y volcó. Tras el accidente y los disparos de la policía, murieron siete personas, varios inmigrantes resultaron gravemente heridos y un grupo de supervivientes fue detenido y privado de libertad en un cuartel.

1. Las actuaciones e investigaciones que pretendían esclarecer los hechos fueron llevadas ante la justicia militar y, tras una instrucción marcada por elementos subjetivos y objetivos que contaminaron la imparcialidad del proceso, los acusados fueron absueltos. En opinión de la Corte IDH, "*la intervención del fuero militar en la investigación, juzgamiento y posterior absolución de los acusados contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan e implicó una aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados*"[86](#_bookmark85) .
2. El Tribunal también declaró que “*en casos de graves violaciones a los derechos humanos una sentencia absolutoria que constituya cosa juzgada aparente no puede constituir un obstáculo para la reapertura de la investigación o del proceso*"[87](#_bookmark86). En esta ocasión, la Corte IDH explicó que el principio *ne bis in idem* sólo es legal en los casos en que el archivo del expediente o la absolución del acusado no estén determinados por una decisión impregnada de parcialidad o vicios de investigación[88](#_bookmark87). Además, las garantías procesales deben respetarse a lo largo de todo el proceso penal.
3. La prohibición de doble enjuiciamiento derivada del principio *ne bis in idem* no debe aplicarse a los agentes militares acusados en el *caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana,* ya que el proceso penal ante la Justicia *Militar per se constituyó en* un obstáculo jurídico decisivo para asegurar la impunidad de los autores de los crímenes[89](#_bookmark88). En este caso, la Corte IDH utilizó el concepto de "*cosa juzgada aparente*" para afirmar que “*la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente esclarecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad*"[90](#_bookmark89) .
4. Como medidas de reparación, ordenó la reapertura de las investigaciones y su realización bajo los parámetros de la debida diligencia, señalando que se deben remover los obstáculos para el esclarecimiento de los hechos, a fin de evitar la ocurrencia de decisiones con características de "cosa juzgada aparente", identificadas en los siguientes términos:

[…] en casos de graves violaciones de derechos humanos, como lo son en el presente caso las ejecuciones extrajudiciales (*supra* párrs. 93 a 97), el Estado no podrá aplicar leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem*, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación[91](#_bookmark90).

85 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas.*

Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 42-44

86 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr 248

87 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas.*

Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr 249

88 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas.*

Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr 195.

89 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas.*

Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 197.

90 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. *Fondo, Reparaciones y Costas.*

Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 196.

91 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. *Fondo, reparaciones y costas.*

Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 249 (letra b).

1. La cuestión se abordó de nuevo en la sentencia del *caso Acosta y otros vs. Nicaragua (2017).* Este caso se refiere al asesinato de la pareja de una defensora de los derechos humanos en represalia por sus actividades en defensa de los derechos de los pueblos indígenas en la región Costa Caribe de Nicaragua. La investigación del asesinato del señor García Valle, esposo de la abogada y defensora de derechos humanos, María Luisa Acosta, se cerró un mes después del hecho sin que se hubieran agotado todas las líneas investigativas.
2. El cierre prematuro de la causa penal y la consecuente situación de impunidad, productos de una investigación superficial caracterizada por la violación del debido proceso legal[92](#_bookmark91), llevaran a la Corte IDH a identificar nuevamente la incidencia del fenómeno de la cosa juzgada aparente[93](#_bookmark92). Como reparación estableció la obligación de investigar en los siguientes términos:

[…] En este caso, la Corte constata directamente un acto ilícito deliberadamente dirigido a provocar una apariencia de extinción de la acción penal, o sea que, en definitiva, se trata de una mera apariencia de cosa juzgada. **Una conducta ilícita dolosa nunca puede ser relevada jurídicamente como un acto procesal de extinción de la acción penal**, pues conforme a una interpretación racional y no contradictoria de cualquier orden jurídico, a un eventual ilícito penal no puede reconocérsele el carácter de un obstáculo de derecho a la persecución de otro hecho de igual naturaleza (énfasis nuestro)[94](#_bookmark93).

1. Cabe destacar que, en este caso, las consecuencias de la anulación de la cosa juzgada no se limitaron al reconocimiento de que la acción penal no podía considerarse extinguida. Además de sus efectos típicos, la Corte IDH dictaminó que el Estado no podía incluir el tiempo durante el cual la causa permaneció extinguida en el cómputo del plazo de prescripción de la pretensión de castigo[95](#_bookmark94).
2. La aplicación de la cosa juzgada aparente se ha arraigado tanto en la *práctica de* la Corte IDH que también se ha incorporado en los acuerdos de solución amistosa, como se ha visto en el caso *Escaleras Mejía y otros Vs. Honduras* (2018).
3. En el instrumento firmado entre las partes, el Estado se comprometía a revocar las resoluciones judiciales relativas a la determinación de la responsabilidad por el asesinato de la víctima que hubieran sido salvadas por la concurrencia de la cosa juzgada aparente. En estos términos “*[e]n caso de que a partir del análisis detallado de la prueba se determine que ha ocurrido una cosa juzgada fraudulenta en los términos establecidos por la jurisprudencia interamericana”, Honduras se obliga a “revocar cualquier decisión producto del fraude y proceder a investigar, juzgar y sancionar a la totalidad de los autores […] del homicidio del defensor Carlos Escaleras”*[*96*](#_bookmark95) *.*
4. La jurisprudencia interamericana permite observar la gradual ampliación del ámbito de aplicación de la cosa juzgada aparente por parte de la Corte IDH. Desde los primeros casos, el Tribunal ha buscado desarrollar y perfeccionar las hipótesis que autorizan la desestimación del principio de *ne bis in idem* a la luz de sus entendimientos ya consolidados sobre las garantías de acceso a la justicia, el

92 Según la Corte IDH, “el juez se limitó a escuchar la declaración de los presuntos autores intelectuales, quienes negaron los hechos; a indagar en sus cuentas bancarias y a realizar un registro del domicilio de uno de ellos”. *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 145.

93 *Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*

Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 215.

94 *Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*

Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 216.

95 *Cfr. Caso Acosta y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 216.

96 *Cfr. Caso Escaleras Mejía y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 361, párr. 86.

conocimiento de la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos y la supremacía del debido proceso legal.

1. En parte significativa de los casos examinados, la Corte IDH se enfrentó a decisiones judiciales que absolvían a acusados de graves violaciones a los derechos humanos, ya sea por la aplicación indebida de causales de extinción de la punibilidad, por vicios procesales, o por circunstancias que generaban dudas sobre la parcialidad del juicio, como el trámite en un tribunal penal militar. En todos ellos, la orden de anulación de la cosa juzgada estuvo motivada por la constatación de que los vicios en el desarrollo del proceso o bien no permitieron el esclarecimiento de la verdad o bien, incluso en situaciones en las que se resolvió la autoría del delito, no permitieron la aplicación de la sanción adecuada, como ocurrió en este caso.
2. El análisis del instituto de la cosa juzgada aparente en la jurisdicción internacional de los derechos humanos revela importantes conclusiones. La primera, de carácter terminológico, se refiere al alcance mismo de este concepto. El término "fraudulento" utilizado en algunos precedentes no puede interpretarse de forma limitativa o excesivamente restrictiva. Las hipótesis que autorizan la deconstrucción de la cosa juzgada no están estrictamente vinculadas a situaciones de fraude procesal o a la práctica de actos engañosos para manipular el resultado de la sentencia. El ámbito de aplicación es más amplio, producto de su adecuación a los fines del derecho internacional de los derechos humanos.
3. En este sentido, es posible afirmar que la cosa juzgada aparente puede reconocerse incluso en ausencia de fraude, siempre que graves defectos procesales imposibiliten el acceso a la justicia y la persecución de graves violaciones de los derechos humanos. Esto convierte al fraude en un elemento calificador de uno de los tipos de cosa juzgada aparente y no en una condición general para su reconocimiento.
4. Por esta razón, retomamos la clasificación propuesta al inicio de este tema, ahora avalada por la jurisprudencia de la Corte IDH, para establecer que la cosa juzgada aparente no se confunde con la cosa juzgada fraudulenta. Más bien, la cosa juzgada fraudulenta es uno de los tipos de cosa juzgada aparente, junto con la cosa juzgada aparente *stricto sensu*.
5. La segunda conclusión se refiere a los efectos jurídicos de la cosa juzgada aparente o fraudulenta, a saber: la nulidad de la sentencia cuando se comprueba este fenómeno, es decir, los efectos de la decisión no pueden considerarse válidos. Como destacó la Corte IDH en *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, la* validez del proceso es condición indispensable para la validez de la decisión misma[97](#_bookmark96). Del mismo modo, el TEDH ha aclarado que una vez que se ha establecido la presencia de un "defecto fundamental", como en el caso *Fadin vs. Rusia*, el proceso en sí es inválido.
6. Y, por último, la Corte IDH delimita la lista de ejemplos de casos en los que se puede aplicar el concepto de cosa juzgada aparente, tal y como se ha mencionado en los párrafos anteriores, especialmente en relación con la inadmisibilidad de disposiciones de amnistía, prescripción y establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.
7. Cabe destacar que las situaciones que dan lugar a la deconstrucción de la cosa juzgada son producto de una construcción jurisprudencial gradual y, por lo tanto, no constituyen una lista exhaustiva e inmutable. Por lo tanto, nuevas circunstancias que

97 *Cfr. Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52. párr. 219-221.

sean compatibles con las finalidades de aplicación esbozadas por la Corte IDH también pueden ser incluidas bajo los efectos jurídicos de la cosa juzgada aparente.

1. Como se verá en el siguiente apartado, la situación vislumbrada en el *caso Vega González vs. Chile* encaja perfectamente en las hipótesis de aplicación de la cosa juzgada aparente construidas sobre esta cadena de precedentes.
	1. *La cosa juzgada aparente en el caso de Vega González contra Chile*
2. Como hemos visto, la jurisprudencia de la Corte IDH revela tres condiciones para el establecimiento de la cosa juzgada aparente: a) la verificación de un vicio procesal grave, consista o no en fraude o manipulación; b) un resultado consistente en la impunidad total (absolución o no persecución) o relativa (condena por un delito más leve o aplicación de una sanción menos grave que la adecuada); c) causalidad entre el vicio procesal y el resultado.
3. A partir de estos criterios, en los párrafos que siguen intentaremos demostrar que el *caso Vega González vs. Chile* reúne todos los requisitos convencionales y jurisprudenciales que autorizan la configuración de la cosa juzgada aparente tal como la define y aplica la Corte IDH, por lo que consideramos que la Corte IDH debió reconocerla explícitamente *in casu,* además de afirmar que la cosa juzgada "debe ceder".
4. En cuanto al **primer requisito**, el grave vicio que empaña irremediablemente el proceso penal en la situación analizada radica en la aplicación inconvencional de la figura de la media prescripción a los delitos de lesa humanidad. No se trata de un mero error jurídico o discrepancia interpretativa, sino de la aplicación reiterada de una norma que vulnera principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos.
5. En el caso ha surgido una discusión acerca de las posibles distinciones ontológicas y teleológicas entre la prescripción tradicional y la media prescripción, y cuál sería la naturaleza jurídica de esta última, es decir, una mera causal atenuante o una modalidad atípica de la primera. Como se ve, se trata de una cuestión que aún no ha alcanzado una solución pacífica en el derecho chileno[98](#_bookmark97) -y tampoco corresponde a la Corte IDH dar una respuesta a este dilema-.
6. Es necesario reconocer, sin embargo, que ambas operan bajo el mismo presupuesto: el reconocimiento de que el paso del tiempo tiene un efecto sobre la pena. La prescripción surge del principio de que la pretensión punitiva del Estado, al menos en la mayoría de los casos, no puede pender indefinidamente sobre el acusado y que la actividad sancionatoria por el delito debe ser ejercida en un plazo determinado, liberando al acusado de la carga de la inercia estatal indefinida. Este razonamiento no es ajeno al concepto de media prescripción, ya que su finalidad no es otra que mitigar la pena del delito debido a la lentitud del Poder Público.
7. El efecto jurídico particular de cada instituto es evidentemente distinto (extinción de la punibilidad *versus* reducción de la pena), lo que suscita debate en cuanto a la respectiva calificación jurídica que debe atribuírseles. A pesar de estas salvedades, la lógica que informa la aplicación tanto de la prescripción común como de la media prescripción y, en cierta medida, sus finalidades, se corresponden.
8. Este análisis comparativo conduce inevitablemente al núcleo de la discusión,

98 *Cfr*. Sentencia, p. 239.

que se refiere a la convencionalidad de aplicar la media prescripción a los crímenes contra la humanidad y, en consecuencia, a los fundamentos mismos de la idea de que tales delitos son imprescriptibles. La idea de "imprescriptibilidad" saltó a la palestra del Derecho Internacional cuando, en la década de 1960, la inminente extinción de la pretensión punitiva por crímenes de guerra cometidos por oficiales nazis llevó a la comunidad internacional a darse cuenta de que los tratados y convenciones guardaban silencio al respecto[99](#_bookmark98) .

1. La cuestión fue llevada a las Naciones Unidas por la delegación polaca en 1965[100](#_bookmark99) y, tras tres años de debate, se aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El espíritu que animaba el tratado, según consta en su preámbulo, atribuye una dimensión preventiva y verdaderamente pedagógica a la persecución de tales delitos: "la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales”. Como recuerda Enrique Bacigalupo, el surgimiento de instrumentos como esto “[pone] de manifiesto que la prescripción no es una institución necesaria y que el tiempo no siempre opera favoreciendo el olvido"[101](#_bookmark100).
2. Sin embargo, el régimen de imprescriptibilidad no es sólo consecuencia de la gravedad del crimen contra la humanidad. La extensión indefinida de la pretensión punitiva es producto de las dificultades inherentes a la investigación y enjuiciamiento de los responsables, generalmente agentes estatales. Esta condición no es trivial. Cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, como la desaparición forzada, es común que estas violaciones se produzcan en contextos históricos específicos de ausencia duradera del Estado de Derecho y de supresión general de los derechos y garantías.
3. En situaciones como ésta, los autores materiales e intelectuales del crimen actúan directamente bajo los designios del Estado. Las víctimas desaparecen o son ejecutadas por orden del Estado, no a pesar de él. Esperar, en tales circunstancias, que sus familiares puedan acceder a tiempo a la justicia para identificar a los responsables sería, cuando menos, una expectativa ilusoria. Sólo los vientos de la normalidad democrática permiten que quienes han sufrido la represión del Estado encuentren condiciones favorables y seguras para reclamar sus derechos y buscar la verdad. Sin embargo, como ha demostrado la historia, los regímenes de excepción pueden durar décadas.
4. Esta es la cuestión fundamental que no puede ignorarse en el *caso Vega González y otros vs. Chile*. Muchas de las víctimas desaparecieron en los primeros días posteriores al golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 y sólo pudieron plantearse un acceso efectivo a la justicia a partir de 1990.
5. Si las víctimas se ven obligadas a esperar el transcurso del tiempo por razones ajenas a su voluntad, no puede el tiempo penalizarlas por segunda vez bajo la apariencia de la prescripción. La imposibilidad -de hecho, o de derecho- de obtener tutela judicial en el momento en que se produjeron las violaciones, por la misma razón que legitima el régimen de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, implica también la inevitable prohibición de la media prescripción de

99 MILLER, Robert E. The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity. The American Journal of International Law, Vol. 65, No. 3, 476-501, julio, 1971, p. 480.

100 Naciones Unidas, E/CN.4/885. The question of punishment of war criminals: communication from the Government of Poland. 5 de março de 1965.

101 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal y el Estado de Derecho.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 37.

estos delitos. En el presente voto no se discute si comparten o no la misma esencia jurídica, sino que ambos responden a la misma lógica -que el tiempo afecta a la pena, extinguiéndola o reduciéndola-, lógica que no es aplicable a los delitos cuya persecución, por su propia naturaleza, requiere la suspensión de los efectos del paso del tiempo.

1. Cuando se trata de crímenes de Estado, permitir que se apliquen disposiciones como la prescripción y la media prescripción sería autorizar una macabra inversión del principio elemental de que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza. Los crímenes más brutales cometidos quedarían impunes o serían castigados con penas irrisorias debido única y exclusivamente a la inercia del propio Estado, el Estado en cuyo nombre se llevaron a cabo las violaciones.
2. En este sentido, el perito Mañalich recuerda que, en su propio origen, la media prescripción denota la intención de dejar impunes (absoluta o relativamente) ciertos delitos cometidos en un momento determinado:

Esto vuelve reconocible que el objetivo deliberadamente perseguido a través de la aplicación del híper atenuante establecida en el art. 103 del CP en casos de esta índole ha consistido en no imponer las penas que, de acuerdo con el derecho chileno aplicable, tendría que ser impuesta sobre una persona condenada por un delito que, al revestir el estatus de un crimen de lesa humanidad según el derecho internacional, es tenido por imprescriptible.

De esta manera, la doctrina Dolmetsch apuntaba a favorecer la imposición de penas considerablemente menos severas que aquellas que, por un constreñimiento de proporcionalidad ordinal, tendrían que haber sido impuestas en los casos así resueltos. Y la vía buscada para ello consistió en dar aplicación a una regla - la del art. 103 del CP- que no es aplicable en tales casos.

1. Además, la propia previsión legal de la media prescripción en el derecho chileno revela un vínculo umbilical entre ambas las figuras, al menos a nivel legal, y plantea una cuestión relevante sobre su aplicabilidad a los crímenes de lesa humanidad. El círculo de la reducción de pena a la que se refiere el artículo 103 del Código Penal chileno se basa en la prescripción del delito[102](#_bookmark101). Sin embargo, tratándose de un delito imprescriptible, en teoría ni siquiera existiría un parámetro adecuado para estipular la media de prescripción.
2. Finalmente, cabe recordar que, desde 2012, la aplicación de la media prescripción ha sido repudiada por la propia Corte Suprema de Justicia de Chile, cuyas Salas Penales han rechazado reiteradamente recursos de atenuación de penas basados en la aplicación de este instituto. A juicio del máximo tribunal chileno, en deferencia, expresa a las directrices del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la naturaleza del delito de lesa humanidad impide reconocer la media prescripción, dado que comparte fundamentos estrechamente relacionados con los relativos a la prescripción común[103](#_bookmark102) .
3. Por lo tanto, el primer requisito del *caso Vega González y otros vs. Chile* se refiere a la reducción de la pena por aplicación de la media prescripción, cuya aplicación va en contra de las normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como lo reconoció posteriormente la propia Corte Suprema de Justicia de Chile. Esto significa que no hubo fraude, sino la aplicación indebida de un instituto que dio lugar a condenas desproporcionadamente bajas por graves violaciones de los derechos humanos.

102 Véase: art. 103. Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar **el tiempo de la prescripción** de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya trascurrido la mitad del que se exige, pero habiendo ya trascurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, **para tales prescripciones** (...)

103 Al respecto, véase la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia en la causa Rol n.° 1030/2018, el 4 de octubre de 2019.

1. Llegados a este punto, es importante destacar, a la luz de las premisas expuestas en el tema anterior, que el caso que nos ocupa revela la configuración de cosa juzgada aparente *stricto sensu* y no de cosa juzgada fraudulenta.
2. Hecha esta salvedad, pasamos a examinar el **segundo requisito** de la cosa juzgada aparente: el resultado plasmado en la impunidad de los responsables de las violaciones.
3. En el emblemático precedente del caso, *Barrios Altos vs. Perú*, la Corte IDH resolvió 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”[104](#_bookmark103). La literalidad de la fórmula se refiere a figuras que extinguen la punibilidad e impiden la responsabilización penal del acusado in *totum.* En el caso *Bulacio vs. Argentina*, la redacción fue más amplia: "este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos"[105](#_bookmark104).
4. Un análisis superficial de las circunstancias del caso *Vega González y otros vs. Chile* podría llevar al intérprete a la apresurada conclusión de que los acusados fueron efectivamente condenados y que la lección de los casos *Bulacio* y *Barrios Altos* no sería aplicable, ya que aquí no hubo exclusión de punibilidad, sino sólo la aplicación de una circunstancia atenuante.
5. Sin embargo, el concepto de búsqueda de justicia y lucha contra la impunidad consagrado en los cánones de la jurisprudencia de la Corte es inequívocamente sustancial, trascendiendo la esfera del procedimiento. Debe ser eficaz, no por el fetichismo de punición o espectacularización del derecho penal, sino porque, ante crímenes de tal gravedad y que vulneran los preceptos básicos de la conciencia jurídica universal, el esclarecimiento de los hechos y la imposición de las penas adecuadas son pasos necesarios para garantizar la eficacia útil de los derechos previstos en la Convención y para la verdadera constitución del compromiso de no repetición.
6. La noción de impunidad no es un concepto absoluto y puro, que se puede apartar con la mera existencia de una decisión judicial condenatoria cuando se dan los presupuestos de punibilidad. La simple verbalización de la condena por parte del juez nacional no satisface el deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos, reiterado por la jurisprudencia interamericana desde hace casi cuarenta años, a partir del caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras (1987), especialmente cuando las penas impuestas son desproporcionadas a la gravedad del delito.
7. Este es un fenómeno notable en este caso. Los procesados, ex funcionarios públicos que participaron activamente en la represión estatal, condenados a penas que en general superan los 10 años de presidio, vieron reducidas sus sanciones por la aplicación de la media prescripción. Tomemos, por ejemplo, el caso de Juan Manuel Contreras Sepúlveda, ex director de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y uno de los principales articuladores de los crímenes señalados. Originalmente condenado a 15 años de prisión por el delito de secuestro de Marcelo Salinas Eytel, la pena de Contreras Sepúlveda fue reducida a cinco años por la media prescripción.

104 *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, par. 41.

105 *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, par. 116.

También se le concedió la libertad condicional[106](#_bookmark105).

1. Otro caso ilustrativo fue el del coronel del Ejército Hugo Alfredo Valenzuela, condenado inicialmente a 17 años de prisión por los delitos de secuestro de menor y secuestro de 16 personas[107](#_bookmark106). La Corte Suprema de Justicia redujo su condena a 5 años de prisión, con derecho a libertad condicional.
2. Los dos casos citados son una pequeña muestra de otras decenas que se relatan entre los párrafos 118 y 199 de la Sentencia de este caso y que comparten las mismas características: condenas desproporcionadamente bajas derivadas del reconocimiento indebido de la media prescripción. A este respecto, la Corte IDH subrayó:

La Corte recuerda que la persecución de conductas ilícitas debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario que los Estados eviten medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. Por tanto, la regla de proporcionalidad exige que los Estados impongan penas que contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, la participación y la culpabilidad del acusado.

El sistema chileno de determinación de la pena divide estas según su gravedad, en presidio mayor y menor, siendo que ambas se pueden imponer en sus grados máximo, medio o mínimo, dependiendo de la redacción del tipo penal concreto. La media prescripción específicamente permite la disminución en los grados de la pena, esto causó que en ninguno de los 14 casos resueltos por la Sala Segunda de la Corte Suprema, habiendo sido condenados los responsables por los delitos de homicidio calificado y secuestro calificado, la pena privativa de la libertad impuesta alcanzara el mínimo legal.

1. La situación de impunidad derivada de la excesiva atenuación de las penas y del carácter ilusorio de las condenas por delitos como tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial sitúa este caso junto a otros ya examinados en este voto, en los que la Corte IDH ha reconocido que la falta de adecuado cumplimiento del deber estatal de investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos puede imposibilitar la formación de cosa juzgada.
2. Estas consideraciones demuestran la configuración del **tercer requisito** que autoriza el reconocimiento de la cosa juzgada aparente - la relación de causalidad entre el vicio que afectó el proceso y el déficit punitivo.
3. Como se desprende de la amplia documentación obrante en el expediente y de la detallada descripción de hechos contenida en la Sentencia, es posible concluir que la atenuación de las penas a los niveles constatados no se debió a la identificación de circunstancias atenuantes de carácter subjetivo, es decir, derivada de la conducta del acusado, aunque coincidieran en algunos casos. La causa principal de conformación de este escenario de bajas penas fue el reconocimiento de la media prescripción, expresión de la inercia estatal y de la imposibilidad de las víctimas de violaciones de derechos humanos de buscaren oportunamente la protección jurídica de sus derechos.
4. La combinación de estos tres elementos pone de manifiesto que la única respuesta convencionalmente adecuada en materia de reparaciones consiste en la desconsideración de los límites impuestos por la cosa juzgada, que han sido erosionados por la aplicación inconvencional de la media prescripción, y consecuentemente en la determinación al Estado para que revise las sentencias que han reconocido la ocurrencia de la media prescripción.

106 *Cfr.* Sentencia, párr. 190.

107 *Cfr.* Sentencia, párr. 137.

1. La reflexión en profundidad sobre la cosa juzgada aparente y sus requisitos muestra que, a pesar de la importancia de la Sentencia del *caso Vega González y otros vs. Chile*, la Corte IDH desaprovechó una importante oportunidad para profundizar los *estándares* en la materia al no reconocer expresamente que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Chile constituían cosa juzgada aparente.
2. En efecto, la jurisprudencia interamericana – como se ha visto – ha desarrollado su propio concepto de cosa juzgada aparente, afinando a lo largo del tiempo sus contornos y criterios de incidencia, que son perfectamente aplicables al supuesto de hecho presentado en el caso *Vega González y otros vs. Chile*. Precisar la incidencia del instituto hubiera alineado el presente caso a los precedentes de la Corte IDH en materia de cosa juzgada aparente, permitiendo al Tribunal refinar su comprensión histórica de la materia, especialmente en materia de crímenes de lesa humanidad.
	1. *El aparente conflicto entre el derecho penal y los derechos humanos*
3. El caso *Vega González vs. Chile* trae nuevamente a colación la discusión sobre la adecuada relación entre el derecho penal y los derechos humanos. La orden de la Corte IDH de que el Estado revise o anule las condenas de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos durante la dictadura chilena, que implicaron la aplicación del instituto inconvencional de la media prescripción, es una medida de reparación que se traducirá en un aumento de las penas impuestas. Por lo tanto, es esencial retomar aquí las razones por las cuales una medida de reparación tan específica es, a pesar de su apariencia paradójica, exigida por el derecho internacional de los derechos humanos, y no lo contradice en modo alguno.
4. Desde *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), la primera sentencia de fondo dictada por la Corte IDH, la jurisprudencia interamericana se ha esforzado por detallar las obligaciones de los Estados de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos como consecuencia del deber de garantía de los Estados consagrado en el artículo 1.1 de la Convención[108](#_bookmark107). Es un lugar común que los Estados incumplen las normas del derecho internacional cuando eluden su responsabilidad de frenar las conductas violatorias de los derechos humanos por los medios jurídicos adecuados.
5. De ahí la necesidad de contar con instrumentos de derecho penal destinados a proteger los derechos y las garantías consagrados en la Convención: la tipificación de conductas, la previsión legal de los procedimientos criminales, las fuerzas policiales y de investigación eficaces y un poder judicial independiente, capaz de perseguir y juzgar imparcialmente a quienes violen los derechos humanos.
6. En ocasiones, los derechos humanos se ven comprometidos no por la ausencia de instituciones o leyes adecuadas para prevenir, investigar y sancionar, sino por la presencia de institutos en el ordenamiento jurídico interno que sirven de freno al debido cumplimiento de los deberes de garantía por parte de los Estados[109](#_bookmark108) . En estos casos, estos institutos y su aplicación deben ser revisados. Es el caso de la norma chilena sobre media prescripción aplicada a violaciones graves de derechos humanos, comentada anteriormente.

108 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

109 Véase AGNU. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Resolução A/RES/60/147 adotada em 21 de março de 2006, Anexo. Estos princípios comprenden, como garantías de no repetición, la “La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan”

1. No obstante, la sospecha de que el control de convencionalidad de este instituto afronta la seguridad jurídica, principio básico del Derecho penal en el Estado de Derecho, plantea cuestiones legítimas sobre en qué momento exactamente el derecho penal deja de ser un guardián de los derechos humanos para convertirse en su verdugo.
2. Este es uno de los muchos casos en los que surge la paradoja de cómo el derecho penal puede ser simultáneamente el "escudo" y la "espada"[110](#_bookmark109) de los derechos humanos. Esta dualidad se ve intensificada por una especie de angustia genealógica, ya que los orígenes de muchos derechos y garantías consolidados hoy en los tratados de derechos humanos -el principio de estricta legalidad, la presunción de inocencia, la prohibición de penas crueles e inhumanas, etc.- surgieron históricamente como una limitación al poder punitivo del Estado sobre los individuos.
3. Sin embargo, el concepto de imperativo de lucha contra la impunidad también forma parte integrante de la historia del Derecho internacional de los derechos humanos. Desde los primeros años de actividad de la ONU, las resoluciones adoptadas por la Asamblea General hacían hincapié en la necesidad de luchar contra la impunidad[111](#_bookmark110) , respaldada en los debates que precedieron a la creación del Tribunal de Nüremberg[112](#_bookmark111) y consolidada en la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Viena (1993).
4. Saber gestionar esta dualidad del derecho penal significa comprender correctamente la noción de "impunidad". En palabras de Luis Greco, no se trata de la "ausencia de castigo" *tout court,* que debe remediarse a toda costa, sino de la "ausencia de castigo donde debe imponerse el castigo"[113](#_bookmark112) . Para la Corte IDH, esto significa, más precisamente, "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana"[114](#_bookmark113). Ahora bien, si la Convención es la medida con la que debe medirse la impunidad, entonces el derecho penal sólo debe movilizarse (i) en casos de estricta necesidad, pues es la *ultima ratio de la* política social[115](#_bookmark114), y (ii) en el marco del debido proceso legal, con todas sus garantías[116](#_bookmark115).
5. Existe una estricta necesidad de utilizar el derecho penal en relación con ciertas conductas que violan los derechos humanos sólo si los medios alternativos son insuficientes para protegerlos. Ello depende, entre otros factores, de la

110 Robert Roth atribuye la expresión al Juez Van den Wyngaert, informando que fue pronunciada en una presentación sobre el ciudadano europeo y la justicia penal en la Unión Europea en 1995. ROTH, Robert. Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal. En: AUER, Andreas; DELLEY, Jean-Daniel; HOTTELIER, Michel; MALINVERNI, Giorgio (Eds.). Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 429-446. Para un análisis más profundo de la cuestión, véase la sección II del voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch en el caso Angulo Losada vs. Bolivia. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones

111 Ver, por exemplo, AGNU. Resolução A/Res/3(I) (Extradition and Punishment of War Criminals) adotada em 13 de fevereiro de 1946; AGNU. Resolução A/RES/95(I) (Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal) adotada em 11 de dezembro de 1946.

112 RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 62 (2006), p. 4.

113 GRECO, Luis. Por qué no hay deberes absolutos de castigar. Revista Católica de Derecho, v. 3 (2007), p. 121.

114 *Cfr. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173.

115 Ver ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 65

116 Ver voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch en el caso *Angulo Losada vs. Bolívia*. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. párrs. 39 y ss.

naturaleza e intensidad de la conducta lesiva, que debe ser suficientemente grave, como las analizadas en *Vega González y otros vs. Chile*. El derecho penal no puede llenar el vacío que deja la impunidad estatal ante conductas que violan un derecho humano a costa de violar los demás derechos humanos.

1. Por lo tanto, es necesario que la imposición de sanción penal vaya acompañada de procedimientos que esclarezcan los hechos y evalúen la responsabilidad de conformidad con las garantías del debido proceso legal. No es la sanción que se impone pura y simplemente la que se opone a la impunidad, sino la sanción que se impone como resultado de un proceso justo, imparcial y respetuoso de los derechos humanos[117](#_bookmark116) .
2. La paradoja del Derecho penal como "escudo" y "espada" de los derechos humanos es, por tanto, meramente aparente. Existe el peligro de abuso del *ius puniendi,* por un lado*,* y el peligro de que los responsables de violaciones graves de los derechos fundamentales queden impunes, por otro; pero no hay una contradicción ineludible en la que haya que optar por el derecho penal o por los derechos humanos. Entre un oprobio y otro, cabe concebir, sin incurrir en el absurdo, el deber estatal de reparar y prevenir las violaciones de los derechos humanos a través del derecho penal cuando ello sea necesario y plenamente compatible con las garantías del debido proceso legal.
3. **CONCLUSIÓN**
4. El caso *Vega González y Otros vs*. *Chile* abrió un importante campo de reflexión sobre la relación entre cosa juzgada y protección de los derechos humanos, incluso desde la perspectiva de la sofisticada jurisprudencia de la Corte IDH, cuyo desarrollo en línea con los precedentes de otros tribunales internacionales resultó en la consolidación del instituto de la cosa juzgada aparente.
5. La aplicación de la norma inconvencional de la media prescripción en el derecho interno chileno, con la consiguiente reducción desproporcionada de la pena aplicada a los crímenes de lesa humanidad, constituyó un caso inequívoco de cosa juzgada aparente en la terminología largamente adoptada por la Corte IDH, cumpliendo los tres requisitos para su reconocimiento: vicio grave del proceso (no necesariamente derivada de fraude), impunidad absoluta o relativa de los agentes responsables de las violaciones de derechos humanos y relación causal entre el vicio y el resultado del proceso.
6. En este contexto, el enfoque adoptado en esta opinión concurrente a la luz de los precedentes de la Corte IDH ha permitido una mejor comprensión de las hipótesis de deconstrucción de la cosa juzgada en el contexto del sistema internacional de protección de los derechos humanos, incluyendo la elucidación del concepto mismo de cosa juzgada aparente, que puede ser, a su vez, subdividido en la cosa juzgada fraudulenta y la cosa juzgada aparente *stricto sensu.*
7. Por otro lado, este caso, al sacar a la luz el problema de la revisión penal en perjuicio del acusado, ha brindado una importante oportunidad para reflexionar sobre la compleja y nada trivial relación entre el derecho penal y los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere al adecuado tratamiento de las sanciones penales como instrumento esencial para la protección de los derechos humanos.

117 Véase el *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrs. 79-82.

1. La inusual reunión, en el mismo caso, de tales circunstancias fácticas y cuestiones jurídicas altamente cuestionables reunidas en un mismo caso no fue aprovechado plenamente por la Corte IDH en su Sentencia. Aunque corroboró la necesidad de revisar las sanciones impuestas por la justicia chilena en las medidas de reparación, la Corte IDH no explicó las razones por las cuales “la cosa juzgada debe ceder” a la luz de la propia jurisprudencia del Tribunal, no reconociendo que la cosa juzgada era aparente.
2. Además de la oportunidad perdida de desarrollar su jurisprudencia en la materia, la sentencia del caso *Vega González y otros vs. Chile* no cumplió cabalmente con los deberes de coherencia e integridad a los que está vinculado el Tribunal, en la medida en que se aparta de la cadena de precedentes de la propia Corte IDH y guarda silencio sobre la incidencia de la cosa juzgada aparente.

Rodrigo Mudrovitsch Eduardo Ferrer Mac-Gregor Vicepresidente Juez

Gabriela Pacheco Arias Secretaria Adjunta

**VOTO CONCORRENTE DOS JUÍZES**

**RODRIGO MUDROVITSCH E EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT CASO VEGA GONZÁLEZ E OUTROS VS. CHILE**

**SENTENÇA DE 12 DE MARÇO DE 2024**

**(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**

1. **INTRODUÇÃO**
2. No caso Vega González y otros vs. Chile, discute-se a responsabilidade internacional do Estado por violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Convenção”) derivadas da aplicação da figura legal da “meia prescrição” ou “prescrição gradual”, prevista no artigo 103 do Código Penal chileno, em relação aos acusados de crimes ocorridos durante o regime militar chileno. Naquele contexto, diversos opositores políticos ao governo foram presos, torturados, desaparecidos e executados extrajudicialmente. Esses crimes tiveram como autores agentes estatais ou mesmo civis que atuaram com a anuência do Estado[1](#_bookmark117).
3. O primeiro crime denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (“CIDH”) consistiu no sequestro e desaparecimento forçado do Sr. Rivera Matus. Conforme os relatos, a vítima foi sequestrada no dia 6 de novembro de 1975 e torturada com aplicação de corrente elétrica até a sua morte. Os restos mortais do Sr. Matus foram encontrados em 13 de março de 2001[2](#_bookmark118).
4. Durante e após o período de transição democrática ocorrido no país a partir de 1990, as investigações sobre os crimes foram retomadas e os quatro acusados da tortura e execução do Sr. Matus foram condenados a penas de cerca de quinze anos em regime fechado, cuja sentença de primeiro grau, proferida em 4 de maio de 2004, foi confirmada pela *Corte de Apelaciones*. Entretanto, após a interposição de recursos de cassação, a Segunda Sala da Corte Suprema de Justiça do Chile anulou as condenações e proferiu sentença substitutiva.
5. Isso porque aplicou o instituto da “meia prescrição” ou “prescrição gradual” com fundamento no artigo 103 do Código Penal, cuja redação é a seguinte:

Código Penal. Artículo 103.

Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya trascurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo.

1. A figura legal da “meia prescrição” ou “prescrição gradual” é, então, aplicada quando “*haber transcurrido la mitad o más de la mitad del tempo asignado para la*

1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso n. 13.054 Arturo Benito Vega González y otros. Informe de mérito. par. 10-11. Doravante, “Informe de Mérito”.

2 *Cfr*. Informe de Mérito (CIDH), párr. 17.

*prescripción de la acción penal o de la pena*”[3](#_bookmark119). Nesse contexto, a pena aplicada pela Corte Suprema de Justiça chilena foi fixada em, no máximo, quatro anos com possibilidade de liberdade condicional para três dos quatro acusados pela execução extrajudicial do Sr. Rivera Matus. Segundo os familiares das vítimas, a aplicação desse instituto legal diminuiu sensivelmente a pena a ser cumprida por cada um dos acusados[4](#_bookmark120).

1. O relato mencionado acima é apenas um da extensa lista de casos em que a Corte Suprema de Justiça do Chile aplicou a “meia prescrição” ou “prescrição gradual” em penas de condenados por crimes ocorridos durante o regime militar. Essas denúncias fazem parte de um universo de 14 peticionamentos reunidos em um único Informe de Mérito realizado pela CIDH e que partilham de características muito semelhantes: indivíduos acusados de cometerem graves violações de direitos humanos como sequestros, torturas, privações de liberdade arbitrárias, desaparecimento forçado e execuções extrajudiciais em relação aos opositores políticos do governo militar foram condenados em primeira e segunda instância. Quando seus processos foram remetidos à Corte Suprema de Justiça, se viram beneficiados pela aplicação da “meia prescrição” ou “prescrição gradual”, que acarretou na redução substancial das penas impostas[5](#_bookmark121).
2. Diante desse cenário, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte IDH” ou “Tribunal”) declarou a aplicação da figura da meia prescrição a crimes de lesa humanidade incompatível com a Convenção, uma vez que resultou em punições desproporcionalmente baixas e incompatíveis com as obrigações de investigar e sancionar tais delitos[6](#_bookmark122). Com base nessas considerações, a Corte IDH ordenou ao Estado chileno, como medida de restituição, que revisasse as sentenças da Corte Suprema de Justiça que reconheceram a incidência do referido instituto[7](#_bookmark123).
3. A posição tomada pela maioria exigiu reconhecer a insubsistência da coisa julgada que revestia os provimentos da Corte Suprema chilena, reforçando o entendimento da Corte IDH a respeito do alcance do direito de acesso à justiça e das correlatas obrigações estatais de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos.
4. Todavia, a despeito de corroborar a jurisprudência acerca da possibilidade de revisão de sentenças transitadas em julgado, a Corte IDH perdeu a oportunidade de afirmar que o caso Vega González y Otros vs. Chile consistiu em inequívoca hipótese de incidência do consolidado instituto interamericano da coisa julgada aparente e, por conseguinte, de aprofundar a compreensão do instituto, sobretudo no que concerne à sua tipologia e aos seus pressupostos.
5. Não se ignora que a jurisprudência da Corte IDH que referenda a revisão da coisa julgada é pacífica e reverbera a preocupação de outros Tribunais internacionais; porém, há desdobramentos teóricos e argumentativos importantes a serem desenvolvidos para elucidação do conceito de coisa julgada aparente, a exemplo da diferenciação em relação à coisa julgada fraudulenta.
6. O reconhecimento expresso da coisa julgada aparente na Sentença permitiria, assim, desenvolver os *standards* para aplicação do instituto no Sistema Interamericano, contribuindo de forma mais assertiva para sua compreensão e consolidação.

3 *Cfr. Caso Vega González y Otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2024. Serie C. No. 519. par. 116. Doravante, “Sentença”

4 *Cfr.* Informe de Mérito (CIDH), párr. 13.

5 *Cfr.* Informe de Mérito (CIDH), párr. 261-262.

6 *Cfr.* Sentença, par. 257.

7 *Cfr.* Sentença, par. 290-291.

1. Diante disso, este voto concorrente buscará justamente aprofundar essas necessárias reflexões acerca dos fundamentos e consequências da desconstituição da coisa julgada operada no presente caso, o que demandará, (i) em um primeiro momento, revisão conceitual do instituto da coisa julgada e de sua relação com a proteção dos direitos humanos; (ii) em seguida, recapitular a jurisprudência da Corte IDH sobre a matéria; (iii) a partir desses pressupostos, examinar a configuração da coisa julgada aparente no caso concreto; e (iv) por fim, discorrer sobre a relação entre direito penal e direitos humanos à luz das circunstâncias com as quais se deparou a Corte IDH no presente caso.
2. **COISA JULGADA E DIREITOS HUMANOS**
	1. *Sistema internacional de proteção de direitos humanos e a superação da coisa julgada*
3. O reconhecimento da inconvencionalidade do instituto da meia prescrição ou prescrição gradual chileno e, consequentemente, da insuficiência das penas aplicadas aos delitos de lesa humanidade ora apreciados, impõe à Corte IDH delicado exercício de reflexão sobre o instituto da coisa julgada e as condições para sua eventual superação.
4. Há complexa relação entre a coisa julgada, em sua dimensão de garantia individual e elemento de estabilização do ordenamento jurídico, e o próprio funcionamento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.
5. Com efeito, o direito internacional (*stricto sensu*) opera precisamente sob o pressuposto do rompimento da coisa julgada, ou seja, os tribunais internacionais funcionam, comumente, determinando a reversão ou supressão de decisões definitivas exaradas pelos Estados nacionais (cf. infra, sobre o princípio da complementariedade)[8](#_bookmark124).
6. Isso significa que Cortes de direitos humanos reiteradamente se veem diante do imperativo de, em atenção ao postulado da reparação integral, superar pronunciamentos definitivos no âmbito interno, ainda que acobertados pela coisa julgada no processo penal e favoráveis aos réus.
7. Essa consequência quase automática, intrínseca ao próprio funcionamento do sistema internacional de justiça, não afasta a necessidade de que as Cortes estabeleçam parâmetros e pressupostos rígidos para o afastamento da coisa julgada. Afinal, trata-se de direito humano digno de proteção equivalente a tantos outros direitos tutelados pelo mesmo sistema de justiça. Basta observar que a Convenção, no art. 8.4, prevê que o “acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.
8. A bem da verdade, a garantia da coisa julgada é expressão e instrumento do próprio princípio do *ne bis in idem*, que remonta ao direito romano[9](#_bookmark125), cujo núcleo é a

8 “Difícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos”. *Cfr. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia.* Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Voto apartado do Juiz Sergio García Ramirez, par. 19

9 MANSDÖRFER, Marcos. *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Berlim: Dunker & Humblot, 2004, p. 54; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. “Double Jeopardy and Ne Bis in Idem in Common Law and Civil Law Jurisdictions”, em: Brown et al (org.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford:

proibição de que o Estado sancione ou processe o cidadão mais de uma vez em razão da prática de um mesmo fato[10](#_bookmark126).

1. O princípio do *ne bis in idem* encontra previsão em algumas constituições, como na proibição da *double jeopardy* da Quinta Emenda da Constituição norte- americana[11](#_bookmark127), na Constituição portuguesa (Art. 29, Nr. 5[12](#_bookmark128)) e na Constituição alemã (Art. 103 III Grundgesetz). Em suma, o *ne bis in idem* ostenta status de direito fundamental[13](#_bookmark129), embora nem sempre seja considerado absoluto[14](#_bookmark130).
2. Como se vê, o *ne bis in idem* veda não apenas a dupla ou múltipla punição pelos mesmos fatos, mas também já a plúrima persecução[15](#_bookmark131). O princípio possui, portanto, uma vertente material, que se manifesta especialmente nas regras do concurso aparente de normas e do concurso (formal) de crimes[16](#_bookmark132), e uma vertente processual[17](#_bookmark133), especialmente relevante neste voto.
3. O instrumento jurídico que impede que o sujeito venha a ser processado mais de uma vez com base na mesma infração é oferecido pelo instituto da coisa julgada. Findo o processo de forma definitiva (seja com condenação, seja com absolvição), tendo sido esgotadas as possibilidades de recurso, a decisão faz coisa julgada, que impede a rediscussão da causa no mesmo e em outro processo (desde que este tenha como objeto o mesmo fato processual do procedimento anterior).
4. Além de promover segurança jurídica, a coisa julgada protege o sujeito de se ver repetidamente exposto a um processo penal, que por si só já corporifica uma grave intervenção em sua esfera de liberdade, além de trazer consigo os mais diversos e gravosos inconvenientes (por exemplo, manejo de medidas intrusivas, como busca domiciliar, quebra de sigilos telefônico e fiscal etc) e de representar o latente perigo de condenação e imposição de uma pena[18](#_bookmark134).
5. Portanto, a desconstituição da coisa julgada de direito interno pela Corte IDH, embora inerente ao sistema interamericano de proteção de direitos humanos, não é

Oxford University Press, 2019, p. 463; Sobre as raízes históricas e o desenvolvimento do análogo princípio do “double jeopardy” na commom law, ver THOMAS, George. *Double Jeopardy: The History, the Law*, New York: New York University Press, 1998, p. 46 e ss.

10 STUCKENBERG, Ne bis in idem...cit., p. 458.

11 “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”

12 “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.”

13 VAN BOCKEL, Bas. “The Interpretation and Application of the Ne Bis In Idem Principle in the EU Area of Freedom, Security and Justice”, em: Iglesias Sánchez/González Pascual (org.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 354.

14 VERVAELE, John. “Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, n. 4, 2013, p. 211, 213 e s. Por outro lado, é importante ressaltar que o Tribunal Constitucional alemão declarou, em decisão recente (cf. infra par. 29), que a proibição de múltipla persecução, ancorada no art. 103 Nr. 3 da Grundgesetz, tem caráter absoluto, ou seja, não é passível de relativização e ponderação. Esse dispositivo constitucional, segundo o Tribunal, confere ao princípio da segurança jurídica preferência frente ao princípio da justiça material (BVerfG , Sentença do Segundo Senado, de 31 de outubro 2023 - 2 BvR 900/22, Nm. 75-76)

15 VAN BOCKEL, The Interpretation and Application of the Ne Bis In Idem Principle...cit., p. 357.

16 VOGLER, Theo. “Funktion und Grenze der Gesetzeinheit”, em: Kaufmann et al. (org.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, Munique: C.H Beck, 1979, p. 721; JAKOBS, Günther. *Strafrecht - Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre - Lehrbuch*, 2ª ed., Berlim: De Gruyter, 1993, p. 866; PUPPE, Ingeborg, em: *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2017, § 52 Nm. 2.

17 MAÑALICH, “El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio“, *Política Criminal*, Vol. 9, n. 18, 2014 p. 543, 547.

18 A respeito, extensamente GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*, Duncker & Humblot: Berlim, 2015, p. 369 e ss., 777, passim.

trivial e expõe complexa colisão entre direitos, o que impõe a construção de uma solução sólida e equilibrada.

1. E é justamente essa relação que pretendemos aprofundar e explicitar nesta seção do voto concorrente, especialmente sob o ângulo da consolidada jurisprudência da Corte IDH a respeito dos institutos da coisa julgada aparente e fraudulenta.
2. Antes de analisar os precedentes da Corte IDH de superação da coisa julgada, convém recordar, como premissa necessária e inafastável do debate, que a relativização ou dissolução da coisa julgada não é um corpo estranho no direito processual penal, como evidenciam institutos provenientes do âmbito estatal interno como a revisão criminal.
3. A revisão criminal vive sob a tensão entre, de um lado, o princípio da segurança jurídica, assegurado pelo instituto da coisa julgada, e, de outro, os princípios da justiça e da verdade[19](#_bookmark135). A dissolução da coisa julgada por via da revisão criminal pode ocorrer tanto a favor quanto contra o réu. A revisão favorável ao réu é amplamente reconhecida na grande parte dos países e compreende um feixe amplo de hipóteses.
4. Já a revisão operada contra o réu é mais controvertida e sequer é reconhecida em alguns países, observando requisitos mais rígidos e estreitos[20](#_bookmark136). Essa assimetria justifica-se na medida em que, além do valor coletivo da segurança jurídica, na revisão criminal *contra reo* está em jogo o interesse individual do imputado que já se submetera a um processo criminal e fora inocentado (ou recebera uma pena mais branda)[21](#_bookmark137).
5. As razões para a revisão criminal podem ser intrínsecas ou substantivas, ligadas à correção material da decisão, como o surgimento de novas provas antes desconhecidas do juízo (a chamada revisão *propter nova*), e razões extrínsecas ou processuais, ligadas à higidez do processo, como a hipótese de corrupção do magistrado, falsificação de documentos utilizados como prova, coação de testemunhas etc.
6. Como mencionado, a revisão criminal contra o réu tende a admitir menos razões aptas a encetá-la, embora se perceba, também no direito interno, movimentos e iniciativas que visam ampliar o instituto com base no argumento do direito das vítimas e do combate à impunidade[22](#_bookmark138). Por exemplo, após décadas de discussão, finalmente o legislador alemão, em 2021, aprovou a inserção de mais uma hipótese de revisão criminal contra o réu com base na descoberta de novas evidências (propter nova) em crimes graves, como o de homicídio qualificado, o chamado Mord, previsto no § 211 do Código Penal alemão (§ 362 Nr. 5 Strafprozessordnung)[23](#_bookmark139). No entanto, logo em seguida, o Tribunal Constitucional Alemão declarou a inovação normativa inconstitucional, por violação da cláusula do ne bis in idem contida no Art.

19 GRÜNEWALD, Anette. “Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten”,

*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW*), n. 120, 2008, p. 544, 547.

20 Com diversas referências e detalhes históricos BOHN, André. *Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise*, Berlim: Duncker & Humblot, 2016, p. 26 e ss.

21 Nesse sentido GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*, Duncker & Humblot: Berlim, 2015, p. 863.

22 ZILLI, Marcos/MONTECONRADO, Fabíola/MOURA, Maria Thereza de Assis. “Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, em: Elsner/Ambos/Malarino (coord.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 2, Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 404, 407.

23 A respeito, destacando a importância do novo dispositivo para o direito das vítimas, HÖRNLE, Tatjana. Die subjektiven Rechte von Angehörigen von Mordopfern – und ihre Relevanz für die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO, *Goltdammer´s Archiv (GA)*, 4/2022, p. 184 e ss.

103 III da Grundgesetz (Constituição)[24](#_bookmark140), confirmando a natureza controvertida do instituto, mas também a atualidade do tema. É nítida a necessidade de que também a Corte IDH se debruce sobre a questão.

1. Nada obstante a justificada reticência no âmbito estatal interno em relação ao cabimento da revisão criminal contra o réu, é seguro reconhecer que as razões para superação da coisa julgada devem se orientar pelos fundamentos e requisitos de sua formação[25](#_bookmark141). Em outras palavras, se um requisito da coisa julgada se mostra, retrospectivamente, inexistente, será eventualmente possível dissolvê-la.
2. E um dos pilares da coisa julgada é a justiça processual, a higidez do procedimento que conduziu à decisão definitiva. Assim, não é coincidência que defeitos graves ocorridos no decorrer do processo (falsificação de provas, corrompimento de peritos, membros do ministério público, magistrados, parcialidade etc) constituem, via de regra, razões tanto para a revisão criminal a favor do réu quanto contra o réu[26](#_bookmark142). Esses defeitos maculam qualquer decisão de mérito.
3. No âmbito internacional, a atuação dos tribunais (como o Tribunal Penal Internacional – TPI), como mencionado, importa em exceção (justificada) ao *ne bis in idem*, na medida em que pressupõe a superação da coisa julgada formada no direito interno. Esse pressuposto traduz-se no chamado princípio da complementaridade[27](#_bookmark143), plasmado nas regras do Art. 20, Nr. 3 c/c art. 17 Nrs. 1 e 2 do Estatuto de Roma[28](#_bookmark144). O Art. 20 Nr. 3 determina que:

O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por actos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objectivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as

24 BVerfG , Sentença do Segundo Senado, de 31 de outubro 2023 - 2 BvR 900/22, Nm. 75 e ss.; sobre essa decisão, que tampouco agradou a todos, GÄRDITZ, Strafanklageverbrauch im Wiederaufnahmeverfahren bei propter nova - Verfassungsrechtsprechung im Schatten historischen Strafprozessrechts, *Juristenzeitung (JZ)*, 1/2024, p. 96 e ss.; GRÜNEWALD, Systemwidrige Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen, *Juristenzeitung (JZ)*, 1/2024, p. 101 e ss.

25 Com ulteriores referências GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*, Duncker & Humblot: Berlim, 2015, p. 865.

26 Uma panorama sobre a realidade europeia em BVerfG , Sentença do Segundo Senado, de 31 de outubro 2023 - 2 BvR 900/22, Nm. 21. Cf. também, GRECO, Strafprozesstheorie...cit, p. 978.

27 CARTER, Linda. “The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8, 2010, p. 167: “Complementarity is a principle which represents the idea that states, rather than the International Criminal Court (ICC), will have priority in proceeding with cases within their jurisdiction.”; COFFEY, Ger. “Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings - Interpreting Ne Bis in Idem in Conjunction wity the Principle of Complementarity*”, New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 1–2, 2013, p. 59, 64: “Complementarity is the corner stone for the operation of European and international criminal justice and coordinates the functional relationship between domestic courts, international courts and tribunals, and EU level bodies such as Eurojust.”

28 Sobre a relação entre princípio da complementaridade e ne bis in idem: CARTER, Linda. “The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8, 2010, p. 167 , 177.“The provisions regarding shielding a person from responsibility and concerning the lack of independence or impartiality and lacking an intent to bring the person to justice are almost identical to the language of the two exceptions to ne bis in idem in Article

20. This is not without purpose and logic. [...] While there is a difference because ne bis in idem concerns only completed proceedings while the "unwilling" standard covers investigations and prosecutions, the reason for the ICC to assume the case despite a state investigation, prosecution, or completed proceedings is logically the same - when the state process is not functioning properly.” Em sentido próximo COFFEY, Ger. “Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings - Interpreting Ne Bis in Idem in Conjunction wity the Principle of Complementarity*”, New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 1–2, 2013,

p. 59, 62, 64: “Analyses of the jurisprudence emanating from international courts and tribunals leads to the conclusion that ne bis in idem can only be fully understood, and applied, in conjunction with the principle of complementarity. [...] The principle of ne bis in idem is a corollary of the complementarity principle, which prevents an EU or international court or tribunal from asserting jurisdiction when a competent national criminal justice system has already tried the defendant”.

garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça.

1. Ademais, dentre as hipóteses de admissibilidade das ações perante o TPI insculpidas no Art. 17 do Estatuto de Roma consta a “ausência de vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento”. Por sua vez, a ausência de “vontade de agir num determinado caso” será verificada pelo Tribunal de acordo com a existência das seguintes circunstâncias:
	1. O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5.º;
	2. Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;
	3. O processo não ter sido ou não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar a ser conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça. (Art. 17 Nr. 2).
2. Veja-se que os requisitos que permitem o (re)processamento de um caso sob o TPI ligam-se a razões de índole processual que legitimam a quebra da coisa da coisa julgada e a relativização do *ne bis in idem*, também (e sobretudo) na hipótese de prévia absolvição ou condenação a penas baixas na justiça doméstica[29](#_bookmark145).
3. Os mencionados critérios de natureza processual utilizados para determinar a quebra da coisa julgada e a relativização do *ne bis in idem* são semelhantes no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos. O art. 4.2 do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais dispõe sobre as hipóteses que excepcionam ao “direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez”[30](#_bookmark146), a saber, quando “factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento”.
4. A jurisprudência do TEDH concretiza esses critérios e suas hipóteses de aplicação. Em relação ao critério processual, o TEDH afirma que apenas uma “séria violação de uma regra procedimental a prejudicar severamente a integridade do procedimento anterior” pode servir de base para a reabertura do processo em detrimento do acusado, no caso em que este tenha sido previamente absolvido ou punido por uma infração menos grave do que determina a lei aplicável[31](#_bookmark147). Além disso, as razões que justifiquem a reabertura do processo devem ser tais a ponto de modificar a conclusão do caso[32](#_bookmark148).
5. No caso *Mihalache vs. Romênia* (2019), o TEDH afirmou que as duas exceções à aplicação do princípio *ne bis in idem* previstas no artigo 4.2 do Protocolo nº 7 à Convenção Europeia são alternativas, não cumulativas: a existência de vício fundamental em processo penal concluído justifica, mesmo na ausência de fatos

29 HELLER, Kevin Jon. “The shadow of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process”, *Criminal Law Forum*, vol. 17, 2006, p. 255, 268: “the Court can re-try a defendant previously convicted or acquitted in a national proceeding only if that proceeding was not independent or impartial and its lack of independence or impartiality made the defendant more difficult to convict.”

30 Definido no art. 4. Nr. 1: “Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.”

31 TEDH Mihalache v. Romênia (Application no. 54012/10), 08/07/2019, Nm. 133.

32 TEDH Mihalache v. Romênia (Application no. 54012/10), 08/07/2019, Nm. 133; Sabalic v. Croatia (Application no. 50231/13), 14/04/2021, Nm. 99.

novos descobertos, a possibilidade de sua reabertura[33](#_bookmark149). O Tribunal enfatizou igualmente que, pela importância que tem a certeza jurídica no âmbito penal para assegurar os direitos humanos do réu, essas duas hipóteses devem ser interpretadas de modo estrito[34](#_bookmark150). Apesar disso, a existência de vício fundamental – a ser aferida caso a caso – pode ser, no entendimento do TEDH[35](#_bookmark151), declarada também em prejuízo do réu.

1. Em linha semelhante àquela vislumbrada na jurisprudência interamericana, procedimentos investigativos e ações penais que, por deficiências em sua condução, mostraram-se infrutíferas e resultaram em situação injustificada de impunidade também têm sido vistas pelo Tribunal Europeu como causas que ensejariam a dupla persecução. Assim, o TEDH classificou como “vício fundamental”, no caso *Fadin vs. Rússia* (2006), a não execução por parte de tribunal inferior de medidas investigativas que haviam sido ordenadas pela Suprema Corte nacional no curso do processo, sendo permissível, portanto, sua reabertura sob tal justificativa[36](#_bookmark152).
2. Mais interessante para os fatos analisados é o recente caso *Sabalić vs. Croácia* (2021), em que se examinaram os vícios existentes em processo penal que investigou e puniu de modo insuficiente pessoa responsável por agredir fisicamente a vítima por motivos de ódio, a saber, homofobia. Na ocasião, o réu havia sido condenado, de maneira definitiva, a pagar multa correspondente a 40 euros pela contravenção de perturbação da paz e da ordem públicas. Os fatos foram levados ao Ministério Público, que arquivou o caso sob a alegação de que reabrir novos procedimentos sobre a mesma infração culminaria em violação do princípio *ne bis in idem*.
3. Acionado, o TEDH julgou que “tanto a falha em investigar o motivo de ódio por trás do ataque violento quanto a falha em levar em consideração tal motivo ao determinar a punição pelo ataque constituíram ‘defeitos fundamentais’ nos procedimentos”, uma vez que as autoridades nacionais “não ofereceram ao requerente a reparação adequada, por exemplo, encerrando ou anulando o conjunto de procedimentos injustificados e apagando seus efeitos, ou reexaminando o caso”, falhando, portanto, em cumprir com “seu dever de combater a impunidade para crimes de ódio em conformidade com os padrões da Convenção”[37](#_bookmark153). Em outras palavras, a sentença do TEDH enxergou “vício fundamental” na falha em investigar e punir devidamente o agressor por seus atos – ainda que este último já houvesse sido sancionado – uma vez que a conduta das autoridades durante o processo foi “contrária ao seu dever de combater a impunidade dos crimes de ódio, que são particularmente destrutivos para os direitos humanos fundamentais”[38](#_bookmark154).
4. No caso *Marguš vs. Croácia* (2014), o TEDH já havia se deparado com diversos questionamentos acerca da possibilidade de afastar o princípio do *ne bis in idem* em prejuízo do réu ao analisar o caso de um ex-comandante militar croata responsável pelo cometimento de crimes de guerra contra a população civil em 1991. Ele alegava, perante o Tribunal, que os delitos que se lhe imputavam em sede de processo penal já haviam sido analisados e julgados anteriormente, quando de procedimentos acerca dos mesmos delitos,concluídos em 1997 em virtude da aplicação de lei geral de anistia no país.

33 TEDH. *Mihalache vs. Romênia* (2019), no. 54012/10, 8 July 2019, par. 130.

34 TEDH. *Mihalache vs. Romênia* (2019), par. 128.

35 O TEDH segue, nesse ponto, o Relatório Explicativo ao Protocolo nº 7, par. 30: “A case may, however, be reopened in accordance with the law of the State concerned if there is evidence of new or newly discovered facts, or if it appears that there has been a fundamental defect in the proceedings, which could affect the outcome of the case *either in favour of the person or to his detriment*.” Disponível em: < https://rm.coe.int/16800c96fd>. Acesso em: 6 abr. 2024.

36 TEDH. *Fadin vs. Rússia* (2006), no. 58079/00, 27 July 2006, par. 32.

37 *Sabalić vs. Croatia* (2021), par. 114.

38 *Sabalić vs. Croatia* (2021), par. 115.

1. O TEDH constatou que, na verdade, duas situações levaram à sua impunidade no curso do processo anterior: parte das acusações foram retiradas pelo próprio promotor, ao passo que as outras tiveram o seu processamento encerrado por decisão que aplicava a lei de anistia promulgada. Quanto aos primeiros, o TEDH afirmou que não se poderia falar em “absolvição ou condenação por sentença definitiva”, conforme requer o artigo 4º, inciso 1, do Protocolo nº 7. Quanto aos segundos, a sentença considerou que anistias como a desse caso, relativas a graves violações de direitos humanos fundamentais, são incompatíveis com o dever dos Estados de processar e punir delitos de tal gravidade, concluindo que “o artigo 4º do Protocolo nº 7 não é aplicável às circunstâncias do presente caso”[39](#_bookmark155).
2. Na tentativa de detalhar a *rationale* da inaplicabilidade do *ne bis in idem*, diversos juízes do TEDH, em seus votos apartados, se debruçaram sobre a questão. Em voto concorrente, os Juízes Ziemele, Berro-Lefèvre e Karakaş chamaram a atenção para o fato de que a redação do artigo 4º, inciso I, do Protocolo nº 7 dispõe que é “*em conformidade com a lei e o processo penal [do] Estado*” que “ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva”. Isso é dizer, segundo os juízes, que “a noção de ‘*em conformidade com a lei e o processo penal*’ deve ser interpretada de maneira consistente com as disposições do direito internacional”[40](#_bookmark156).
3. Nesse ponto, o referido voto enfatiza a importância do uso do conceito de “coisa julgada aparente ou fraudulenta” mobilizado pela Corte IDH em casos de tentativas de blindagem do acusado, de processos penais que não foram conduzidos de maneira independente e imparcial ou nos quais não havia verdadeira intenção de responsabilização penal[41](#_bookmark157).
4. Com base nessas premissas, os juízes concluem que, “dada a importância de combater qualquer percepção de impunidade por graves violações de direitos humanos ou por crimes de guerra, [teria sido preferível] dizer que o princípio do *ne bis in idem* contido no artigo 4º do Protocolo nº 7 não deveria operar como uma barreira para levar indivíduos à justiça em casos em que esses indivíduos receberam anistia que os blinde da responsabilidade”[42](#_bookmark158). Em tais circunstâncias, o princípio de que ninguém pode ser investigado ou condenado duas vezes pela mesma infração não pode ser legitimamente tido como um obstáculo *de jure* para que seja feito um reexame do processo penal em questão, em plena conformidade com os direitos humanos e em atenção ao dever do Estado de investigar os responsáveis e reparar as vítimas de violações de direitos humanos.
5. Do aludido entendimento do TEDH decorre a possibilidade de um vício procedimental grave romper a coisa julgada e permitir a reabertura do processo, não apenas na hipótese de absolvição ou de completa impunidade, mas também em caso de condenação por crime ou com sanção menos grave do que a ordem jurídica correspondente demandaria à luz do substrato fático concreto. Ou seja, é possível

39 *Marguš vs. Croatia* (2014), par. 141.

40 Joint Concurring Opinion of Judges Ziemele, Berro-Lefèvre and Karakaş, par. 6.

41 Passagens da jurisprudência interamericana sobre coisa julgada fraudulenta ou aparente são também citadas na sentença do TEDH, *Marguš v. Croatia* (2014), par. 61.

42 TEDH. *Marguš vs. Croacia* (2014). Voto concorrente dos juízes Ziemele, Berro-Lefèvre y Karakaş, par. 6. Tradução própria. No original: “given the importance of combating any perception of impunity for grave breaches of human rights or for war crimes, we would have preferred to say that the *ne bis in idem* principle contained in Article 4 of Protocol No. 7 should not operate as a barrier to bringing individuals to justice where those individuals have been granted amnesty shielding them from responsibility”

afastar também a coisa julgada de sentenças condenatórias[43](#_bookmark159) na presença de grave vício processual cuja ausência redundaria em resultado sensivelmente diverso.

* 1. *A jurisprudência da Corte IDH sobre coisa julgada aparente*
1. Nesse contexto, o instituto da coisa julgada aparente – também denominada fraudulenta em determinados precedentes -, desenvolvido pela Corte IDH, compartilha das premissas centrais supramencionadas relativas aos pressupostos necessários para rompimento da coisa julgada, especialmente no que diz respeito aos pressupostos ligados à higidez do processo. Ou seja, não se trata de um excepcionalismo da Corte IDH - tampouco exclusividade dos crimes de lesa humanidade. Decorre, antes, da própria estrutura do instituto da coisa julgada, conforme se reconhece nas hipóteses de revisão criminal previstas nacional e internacionalmente.
2. Configura-se a coisa julgada aparente quando o processo que conduziu a uma decisão final de condenação ou absolvição apresenta vício tão grave a ponto de se constatar que, em realidade, inexistiu verdadeiro processo ou que este foi “nulo”[44](#_bookmark160). São casos em que o sujeito do processo foi formalmente julgado, mas não foi verdadeiramente (materialmente) processado ou perseguido[45](#_bookmark161). A decisão decorrente de tal processo maculado seria uma pseudo-sentença, uma sentença apenas aparente[46](#_bookmark162).
3. Os defeitos processuais que retiram da decisão definitiva o selo da real coisa julgada podem decorrer tanto de ações de obstrução do acusado, contra ou em conluio com agentes estatais (falsificação de documentos probatórios, coação de testemunhas, corrupção de peritos, magistrados etc) quanto de ações ou omissões de exclusiva responsabilidade estatal[47](#_bookmark163), especialmente quando se percebe uma certa intencionalidade do Estado em não levar a cabo o processo ou a investigação devidamente.
4. Essa intencionalidade de não conduzir o procedimento até o fim ou até a uma condenação e imposição de pena correspondente à culpabilidade do acusado pode se manifestar, por exemplo, pela aplicação deliberada ou dolosamente errônea de causas de extinção ou atenuação da responsabilidade, como perdão judicial, anistia e prescrição. São hipóteses que configurariam, em tese, o delito de “violação ou torsão do Direito” – uma espécie de “prevaricação judicial” –, previsto, por exemplo, no Código Penal alemão (Rechtsbeugung, § 339 StGB), que incrimina a conduta do magistrado ou membro do Ministério Público que, na condução ou decisão de uma questão jurídica, “viole ou vergue” o Direito ou as regras legais em favor ou desfavor

43 Manãlich denomina essa hipótese de “impunidade relativa”, cf. MAÑALICH, Juan Pablo. “Cosa juzgada fraudulenta en el caso ‘Quemados’”, *Polít. Crim*. Vol. 16, n. 31, 2021, p. 456, 472 e ss, 474-475: ““Este será el caso, precisamente, cuando la impunidad implicada en el desenlace del proceso sea relativa, esto es, cuando el imputado se haya visto favorecido por una sentencia condenatoria que, generada fraudulentamente, haya dado lugar a una reacción punitiva que, en comparación con aquella que le habría correspondido em conformidad con el derecho aplicable, aparezca como tendencialmente irrisoria.”

44 PÉREZ BARBARÁ, Gabriel. “Revisión de la cosa juzgada corrupta ´contra reo´”. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, Fevereiro*, 2021, p. 7.

45 MORGENSTERN, Federico. *Cosa juzgada fraudulenta, un ensayo sobre la cosa juzgada*. Buenos Aires: B de F, 2015, p. 3, passim. Cf. também Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentença de 12 de setembro de 2005. Serie C No. 132. Voto Apartado do Juiz García Ramírez: “error en el que incurre quien la emite, sin que se añada otro motivo de injusticia; o bien, ilegalidad o ilegitimidad con las que actúa el juzgador, sea en actos del enjuiciamiento (violaciones procesales que destruyen el debido proceso), sea en la presentación (falseada) de los hechos conducentes a la sentencia. En ambos casos se arribará a una sentencia que no sirve a la justicia y sólo en apariencia --formalmente-- atiende a la seguridad jurídica.”

46 MAÑALICH, Juan Pablo. “Cosa juzgada fraudulenta en el caso ‘Quemados’”, Polít. Crim. Vol. 16, n. 31, 2021, p. 456, 476.

47 *Cfr.* Decisão da Corte Suprema de Justicia de la Nación argentine no caso Mazzeo, de 13 de julho de 2007, M. 2333. XLII. y otros Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. De casación e inconstitucionalidade, p. 26.

de uma das partes; essa incriminação guarda especial relevância no âmbito de regimes autoritários, como o regime nacional-socialista ou governo da extinta Alemanha Oriental[48](#_bookmark164).

1. É preciso ressaltar, todavia, que para a caracterização da coisa julgada aparente não é necessária a constatação de uma fraude em sentido estrito. Basta que se verifique que o procedimento carreado pelo Estado importe em uma espécie de simulação, um arremedo de processo (penal)[49](#_bookmark165).
2. Por essa razão, reputamos necessária, com apoio na jurisprudência da Corte IDH, a distinção entre a coisa julgada aparente em sentido estrito e a coisa julgada fraudulenta. Com efeito, sob a designação ampla de coisa julgada aparente, é possível identificar a coisa julgada fraudulenta, quando decorrente do conluio, de fraude ou da atuação dolosa dos agentes do sistema de justiça interno, e a coisa julgada aparente em sentido estrito, verificada quando, embora não haja propriamente fraude dos agentes estatais, a sentença padece de vícios graves de inconvencionalidade.
3. A sistematização dos casos encontrados permite inferir que a Corte IDH tem reconhecido a formação da coisa julgada aparente em diversos cenários, tais como decisões emitidas em casos de incompetência de Tribunais Militares; sentenças marcadas pela imparcialidade do(s) julgador(es) ou ofensa ao devido processo legal; aplicação de dispositivos inconvencionais, como a lei de anistia; estabelecimento de prescrição de crimes imprescritíveis, e realização de atos deliberadamente ilícitos para favorecer a impunidade dos acusados.
4. A introdução do conceito de coisa julgada aparente na jurisprudência da Corte IDH encontra-se imbricada com a obrigação estatal de investigar e sancionar os responsáveis por graves violações de direitos humanos. Nesse sentido, é consolidado o entendimento da Corte IDH no sentido de que eventuais obstáculos de direito interno que obstruam a investigação e a sanção dos autores de ofensas aos direitos humanos são incompatíveis com o regime convencional interamericano[50](#_bookmark166), seja por meio de leis de anistias, dispositivos de prescrição ou da aplicação de excludentes de responsabilidade[51](#_bookmark167).
5. Ao estabelecer a medida de reparação acerca da obrigação de investigar os fatos que deram origem as violações, e identificar, julgar e sancionar os responsáveis pelos crimes no *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (2004), a Corte IDH reconheceu a formação da “*cosa juzgada fraudulenta*” nos seguintes termos: “*resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad*”.[52](#_bookmark168)
6. Já no *Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006),*[53](#_bookmark169) além de reforçar a utilização

48 QUASTEN, Dirk*. Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR*, Berlim: Duncker & Humblot, 2003.

49 Nesse sentido MORGENSTERN, Federico. *Cosa juzgada fraudulenta, un ensayo sobre la cosa juzgada*. Buenos Aires: B de F, 2015, p. 14.

50 *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 150. Em sentido semelhante, *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, par. 116; *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, par. 106; *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, par. 41.

51 *Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, par. 41; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 263.

52 *Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131.

53 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154.

do conceito de “*cosa juzgada fraudulenta*”, também empregou o termo “*cosa juzgada aparente*” como sinônimo. Na oportunidade, a Corte IDH acrescentou uma nova hipótese àquelas de aplicação da referida figura, a saber: “*si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones*”[54](#_bookmark170). Nesse caso, a Corte IDH solicitou que a lei de anistia chilena fosse afastada para que os autores do crime de execução extrajudicial do Sr. Almonacid Arellano fossem investigados e sancionados.

1. Historicamente, é importante reconstruir o caminho percorrido pela Corte IDH para consolidar a aplicação da coisa julgada aparente. Ao longo dos anos, o Tribunal reconheceu a incidência desse fenômeno em ocasiões variadas. Como consequência, determinou aos Estados que (i) tornassem sem efeitos as sentenças transitadas em julgado que, virtude de graves violações a direitos humanos, mostravam-se incompatíveis com a Convenção, e (ii) adotassem as medidas de direito interno necessárias para instaurar novo processo para apurar os fatos.
2. A primeira abordagem sobre o tema foi realizada no caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999). A sentença tratou de quatro indivíduos de nacionalidade chilena que foram detidos no âmbito de operação conduzida pela Direção Nacional contra o Terrorismo. O contexto das detenções foi um conflito existente no Peru desde o início dos anos 80, no âmbito do estado de emergência e de suspensão de garantias então em vigor no Departamento de Lima e na Província Constitucional de Callao.
3. As vítimas foram julgadas na jurisdição penal militar e condenadas por um tribunal “*sin rostro*”, no âmbito de procedimento sumário sem que os interessados pudessem interpor “*acciones de garantia*”. Dessa maneira, em virtude da violação de diversas garantias judiciais, incluindo o princípio do juiz natural e o direito à publicidade do processo, bem como o princípio da legalidade, a Corte IDH declarou a invalidade do processo interno contra as vítimas e ordenou que o Estado peruano lhes garantisse um novo julgamento à luz do princípio do devido processo legal.
4. Para alcançar tal conclusão, a Corte IDH traçou uma interessante diferenciação: a primeira hipótese diz respeito aos casos em que um tribunal aplica incorretamente a lei, aprecia erroneamente a prova e/ou deixa de fundamentar adequadamente uma sentença, mas a decisão configura-se como válida e pode tornar-se definitiva, embora seja injusta ou incorreta; a segunda hipótese, por sua vez, trata de casos como *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999) – em que a decisão proferida contêm defeitos graves que lhe retiram a validade, pois lhe falta o suporte mínimo: um processo conduzido em conformidade com a lei. Neste último caso, a invalidade da sentença origina-se na própria invalidade do processo, exigindo que seja proferida nova sentença que satisfaça as garantias da Convenção, isto é, nas palavras da Corte IDH: “*la validez del processo es condición de la validez de la sentencia*”[55](#_bookmark171).
5. Anos depois, a Corte IDH foi novamente instada a analisar a possível aplicação do instituto da coisa julgada aparente no caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (2004). O Sr. Carpio Nicolle, conhecido jornalista e político, fundador do jornal El Gráfico e do partido político *Unión del Centro Nacional* (UCN), após publicar opiniões críticas sobre autogolpe de Estado conduzido pelo então Presidente da República, foi interceptado por 15 homens armados, que dispararam contra ele à queima-roupa e causaram ferimentos graves que levaram à sua morte.

54 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154.

55 *Cfr. Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52. párr. 219-221.

1. Naquela oportunidade, os representantes das vítimas pediram a reabertura da investigação criminal pelo órgão judicial interno em relação ao único acusado que foi condenado (e depois absolvido), mesmo após o trânsito em julgado da sentença. Na sentença, a Corte IDH determinou, como medida de reparação, que o Estado removesse todos os obstáculos de fato e de direito que provocaram a impunidade dos responsáveis ao longo de mais de uma década, além de conceder garantias suficientes de segurança aos envolvidos, incluindo testemunhas, autoridades judiciais e familiares das vítimas.
2. Nesse caso, a possibilidade de desconstituição da coisa julgada justificou-se pela obstrução sistemática da administração da justiça e do processo equitativo, a qual impediu a identificação, o julgamento e a punição dos responsáveis e ainda favoreceu a repetição crônica de violações de direitos humanos.
3. Os principais fundamentos da Corte IDH na sentença foram os seguintes: **(i)** a violação do dever de investigar, julgar e punir os responsáveis, em virtude do direito de toda pessoa à verdade, incluindo os familiares de vítimas de graves violações dos direitos humanos, o que torna inadmissíveis disposições relativas à prescrição, anistia e demais excludentes de responsabilidade que visem a impedir a investigação e a punição dos responsáveis por violações graves de direitos humanos, como torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados[56](#_bookmark172); e **(ii)** a existência de graves vícios nos processos tramitados perante os tribunais, nos quais regras do devido processo legal não são respeitadas ou os juízes não atuam com independência e imparcialidade, descumprindo os preceitos da Convenção[57](#_bookmark173).
4. O caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (2004) é paradigmático por ter sido o primeiro caso no qual a Corte IDH reconheceu a desconstituição da coisa julgada em relação à decisão interna que afetou a persecução penal de terceiros que não participaram do processo perante a Corte, mais especificamente em seu prejuízo, a fim de resguardar a obrigação estatal de investigar, julgar e punir os responsáveis por violações dos direitos humanos.
5. O desenvolvimento jurisprudencial sobre a temática foi aprofundado pela Corte IDH ao proferir a sentença do caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia* (2005), que também traz importantes parâmetros para análise da incidência da coisa julgada aparente. O caso refere-se a atos de tortura praticados contra o Sr. Gutiérrez quando foi detido pelo Comandante de uma unidade da *Unidad Nacional Antiextorsión y Secuestro de la Policía Nacional*.
6. O Sr. Gutiérrez foi levado ao sótão das instalações da unidade, onde foi algemado e então submetido a queimaduras, golpes e ferimentos. Foi ainda induzido a prestar declarações sobre os fatos que levaram à sua detenção (sob coação) e, por isso, foi acusado pelo crime de extorsão. Destaca-se que não foi realizada qualquer investigação diligente, quer na jurisdição penal militar, quer nos tribunais ordinários, a respeito do ocorrido. Em consequência das queixas apresentadas, o Sr. Gutiérrez e sua família passaram a ser alvos de ameaças e assédio e, por isso, tiveram que se exilar nos Estados Unidos da América, onde residem atualmente (o Sr. Gutiérrez e seu filho).
7. A Corte IDH reconheceu o dever do Estado de investigar, julgar e punir os

56 *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 150 y 235; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. *Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 262; *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 84.

57 *Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117., párr. 125-135.

autores da prisão e de torturas contra o Sr. Gutiérrez, devendo se abster de recorrer a figuras de anistia, indulto, prescrição e/ou excludentes de responsabilidade para impedir a persecução penal ou suprimir efeitos de uma sentença condenatória.[58](#_bookmark174) A sentença relembrou o entendimento da Corte IDH de desconstituição da coisa julgada em casos de não observância de regras do devido processo legal e de incompatibilidade com a Convenção, reconhecendo que decisões judiciais decorrentes de atos ilícitos internacionais definitivamente não transitam em julgado[59](#_bookmark175).

1. Em seu voto concorrente, o saudoso Juiz Sergio García Ramírez elucidou que a adequada valoração do referido instituto exige, antes de tudo, reflexão de natureza semântica. É dizer, o termo “coisa julgada fraudulenta” teria sua tônica nas noções de enganosidade e conspiração (*maquinación*) por parte das autoridades judicantes.
2. Ocorre que semelhante concepção, na opinião do ilustre magistrado, não seria necessariamente aplicável a todos os casos que se quer abarcar em virtude de uma realidade heterogênea, sobretudo quando transposta ao domínio do direito internacional dos direitos humanos. Sob essas premissas, o Juiz Sergio García Ramírez destacou a relevância do instituto da “coisa julgada aparente” e a necessidade de se repensar a ideia de “santidade” da coisa julgada. Em suas palavras, “[d]ifícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos” [60](#_bookmark176).
3. Já àquela época o juiz Sergio García Ramirez brilhantemente identificou os rumos da jurisprudência interamericana no sentido de declarar a invalidade de decisões gravadas pelo trânsito em julgado em razão de graves violações à Convenção, percurso esse confirmado hoje pelo caso *Vega González*[*61*](#_bookmark177). Nessas situações, aduziu o magistrado, prevalece a ideia de que o processo viciado não é um processo verdadeiro e a sentença (aparente) nele proferida não é uma sentença verdadeira, formando coisa julgada também aparente. Por isso, a ação penal subsequente sobre os mesmos fatos e contra as mesmas pessoas não configuraria um segundo julgamento e, portanto, o princípio *ne bis in idem* não seria violado[62](#_bookmark178).
4. Como já dito, o desenvolvimento jurisprudencial sobre a coisa julgada aparente também recebeu contribuições na sentença do caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006). Os fatos ocorreram no contexto do regime militar que derrubou o governo do então Presidente em 1973. A repressão generalizada dirigida a pessoas consideradas pelo regime como opositoras durou até o fim do governo militar. O Sr. Almonacid Arellano, à época, era professor primário e membro do Partido Comunista. Em 16 de setembro de 1973, ele foi morto na porta de sua casa e na presença da família. Além do processo relativo ao assassinato da vítima tramitar perante a Justiça Penal Militar, a causa foi arquivada em virtude do Decreto-Lei nº 2.191, adotado em 1978, que concedeu anistia aos indivíduos que haviam cometido crimes durante a vigência do Estado de Sítio (entre 1973 e 1978), resultando na

58 *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 206; Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 108; Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 172.

59 *Cfr. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 98.

60 *Cfr*. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132 (Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 17-22).

61 *Cfr*. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132 (Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 21).

62 *Cfr*. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132 (Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 17-22).

impunidade dos autores do delito.

1. Naquela ocasião, a Corte IDH aportou relevantes avanços em relação ao tema ao esclarecer os critérios não cumulativos para a aplicação da coisa julgada aparente quando (i) a atuação do tribunal que arquivou ou absolveu o responsável por violação aos direitos humanos ou ao Direito Internacional obedeceu o propósito de eximir o acusado de sua responsabilidade penal; (ii) o procedimento não foi instruído independente ou imparcialmente de acordo com as devidas garantias processais, ou
	1. não há real intenção de submeter o responsável à ação da justiça. Dessa forma, a sentença proferida em uma ou mais dessas circunstâncias produzirá coisa julgada aparente[63](#_bookmark179).
2. A tentativa de estabelecer fórmula objetiva para proceder à desconstituição do trânsito em julgado levou a Corte IDH a buscar tais hipóteses no direito penal internacional, extraindo-as do art. 20.3 do Estatuto de Roma[64](#_bookmark180). Essas regras devem ser lidas a partir das especificidades do direito internacional dos direitos humanos e em complementariedade aos *standards* já firmados na jurisprudência da Corte.
3. Além disso, a Corte IDH esclareceu que, caso apareçam novos fatos ou provas que viabilizem a identificação dos responsáveis pelas violações de direitos humanos e, mais ainda, por crimes de lesa humanidade, isto é, notadamente considerados como imprescritíveis, as investigações podem ser reabertas, inclusive se existir uma sentença absolutória com qualidade de coisa julgada, ou seja, em prejuízo do réu no processo interno, visto que as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e o espírito da Convenção afastam a proteção do *ne bis in idem*[65](#_bookmark181).
4. O contexto do caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006) também merece destaque, pois a morte do Sr. Arellano não foi adequadamente investigada nem os autores do fato foram punidos em virtude da adoção de um decreto-lei interno que concedia anistia para todas as pessoas que haviam praticados crimes entre 1973 e 1978. Diante disso, a Corte IDH concluiu que o caso se encaixava em duas hipóteses (entre as elencadas acima): (i) os tribunais que julgaram o processo não possuíam a competência, independência e imparcialidade necessárias, por se tratar de jurisdição militar, e (ii) a aplicação da lei de anistia livrou os supostos responsáveis da ação da justiça e manteve impune o crime cometido contra a vítima[66](#_bookmark182).
5. Nota-se que a aplicação do instituto da coisa julgada não foi orientada exclusivamente por questões de competência, isto é, pelo julgamento em foro militar, mas também pela percepção de que a situação de impunidade decorrente da aplicação indevida de hipóteses de exclusão de responsabilidade penal integra os pressupostos de afastamento do *ne bis in idem*.
6. Em outras palavras, nessas ocasiões, as escusas existentes em dispositivos internos não são aplicáveis, como, por exemplo, a prescrição, a irretroatividade da lei penal ou qualquer excludente similar de responsabilidade para se eximir ou afastar

63 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154.

64 Artigo 20. Ne bis in idem (...)

1. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6o, 7o ou 8o, a menos que o processo nesse outro tribunal:
	1. Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
	2. Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo eqüitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

65 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 155.

66 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 155.

o dever de investigar e punir os responsáveis, especialmente por crimes lesa humanidade, que são imprescritíveis e não anistiáveis[67](#_bookmark183).

1. Merece destaque também o caso *La Cantuta vs. Perú* (2006), cuja sentença determina que o Estado foi responsável por violações ao direito à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal contra um professor e nove estudantes da Universidade Nacional de Educação "Enrique Guzmán y Valle” (La Cantuta), os quais foram arbitrariamente detidos em julho de 1992. Dois foram executados e os oito restantes desapareceram. A Corte IDH declarou igualmente a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial em detrimento dos familiares das vítimas quanto aos processos internos de investigação que tramitaram na jurisdição penal militar à época.
2. No caso, a Corte IDH reforçou seu entendimento de que o princípio *ne bis in idem* não é aplicável quando o procedimento que acarreta extinção da causa ou absolvição do responsável por uma violação dos direitos humanos resguarde o responsável da responsabilidade penal ou quando o procedimento não seja instruído de forma independente ou imparcial, em conformidade com as devidas garantias processuais. O Tribunal afirmou que uma sentença prolatada nessas circunstâncias produz “coisa julgada aparente”[68](#_bookmark184).
3. Nessa oportunidade, a Corte IDH ressaltou também seu entendimento[69](#_bookmark185) sobre a inadmissibilidade das disposições de anistia, de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como a tortura, as execuções extrajudiciais e os desaparecimentos forçados, todos eles proibidos por contrariar direitos irrevogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos[70](#_bookmark186).
4. O juiz Sergio García Ramirez novamente se debruçou sobre o exame da figura da coisa julgada aparente em seu notável voto concorrente. Em um processo judicial, tal como nos ilustra analogicamente, o devido processo seria o “cimento” da sentença, tal qual um edifício: “si se carece de cimiento la edificación se derrumba y habrá que construir de nuevo sobre base firme”. Isto é, se não há devido processo, tampouco há verdadeira sentença, nem coisa julgada, nem espaço para a atuação do princípio *ne bis in idem*, por isso se fala em “coisa julgada aparente”[71](#_bookmark187). Prossegue

o magistrado:

El Derecho internacional de los derechos humanos en la hora actual, así como el Derecho penal internacional, reprueban la simulación de enjuiciamientos cuyo propósito o resultado se distancia de la justicia y pretende un objetivo contrario al fin para el que han sido dispuestos: injusticia, oculta entre los pliegues de un proceso “a modo”, celebrado bajo el signo del prejuicio y comprometido con la impunidad o el atropello. De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite que subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia penal internacional se rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no pueden o no quieren hacer justicia.

67 *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 151-152.

68 *Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 153.

69 *Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

70 *Cfr. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 152-153.

71 *Cfr. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162 (Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 11 e 13).

1. Na esteira do histórico jurisprudencial sobre o tema, outro exemplo de aplicação do referido instituto residiu no *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina* (2013). Embora a Argentina tenha reconhecido a responsabilidade internacional pelo assassinato do Sr. Jorge Omar Gutiérrez e firmado acordo sobre as reparações, a Corte IDH emitiu uma sentença acerca dos esclarecimentos da morte do então *Subcomisario de la Comisaría Segunda de Avellaneda de la Policía de la Provincia de Buenos Aires,* que era responsável pela investigação do “*caso de la aduana paralela*” em um depósito fiscal acusado de corrupção, contrabando, fraude, tráfico de drogas e associação ilícita de funcionários públicos[72](#_bookmark188).
2. O caso da morte do Sr. Gutiérrez, ocorrido em 29 de agosto de 1994, foi incluído em um contexto de investigações sobre aduanas paralelas, que envolviam um esquema fraudulento entre membros de organizações privadas e públicas[73](#_bookmark189). No mesmo dia do crime, uma equipe policial realizou perícias no trem onde a vítima estava quando foi baleada com um tiro na nuca. Após a conclusão das diligências investigativas, um agente da Polícia Federal foi acusado pelo crime. A sentença acerca do ocorrido foi emitida em 15 de novembro de 1996, a qual absolveu o acusado em razão da falta de provas[74](#_bookmark190). Os recursos interpostos contra a decisão também foram indeferidos.
3. O processo no âmbito interno foi marcado por diversas irregularidades em razão da possível influência dos policiais envolvidos no crime tanto no procedimento investigativo quanto no processo penal. Nas palavras da Corte IDH: “*el Tribunal observa que de la prueba presentada en este caso se desprenden una serie de indicios sobre la participación de agentes estatales en el homicidio del señor Gutiérrez, así como en la obstrucción de la investigación*”[75](#_bookmark191). Entre essas questões, encontrava-se o constrangimento em relação às testemunhas, que foram coagidas a mudar os seus relatos em razão das ameaças e torturas que sofreram por parte de policiais federais[76](#_bookmark192). Portanto, a Corte IDH concluiu que a participação dos agentes estatais no crime também interferiu na identificação dos autores do delito durante o processo penal e configuraram obstáculos ao acesso à justiça.
4. Durante a fase escrita e oral do *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina* (2013), os representantes da vítima argumentaram que tais abusos, irregularidades e omissões favoreceram a conformação do fenômeno da *coisa julgada fraudulenta*[77](#_bookmark193)*.* Esse argumento encontra fundamento em três agravantes que circunscreveram o cenário do crime, reafirmados pela Corte IDH[78](#_bookmark194): o primeiro diz respeito às atividades funcionais da vítima, uma vez que, no momento da morte, ela estava investigando denúncias de irregularidades em um depósito fiscal (*caso de la aduana paralela*); em segundo lugar, agentes estatais foram acusados da autoria do crime; por último, existem evidências de obstrução da justiça por parte dos agentes responsáveis por investigar o crime.[79](#_bookmark195)

72 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 42.

73 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 42.

74 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 45-48.

75 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 80.

76 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 121.

77 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, nota de rodapé 240.

78 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 129.

79 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 129.

1. A Corte IDH concluiu que a investigação e o processo penal acerca da morte do Sr. Gutiérrez não seguiram os parâmetros internacionais do devido processo legal e do dever de apuração diligente, sobretudo diante das violações ao direito de acesso à justiça e da correlata ausência de investigação séria, imparcial, efetiva e orientada para a determinação da verdade[80](#_bookmark196). O entendimento foi corroborado, por exemplo, pela constatação da pressão e das ameaças sofridas por ao menos cinco testemunhas do crime, pelo assassinato do Comisario responsável pela investigação da morte da vítima[81](#_bookmark197), pela falta de esgotamento das linhas investigativas, dentre outros motivos que, em conjunto, foram determinantes para o fracasso da apuração do crime e para a absolvição do Policial Federal acusado[82](#_bookmark198).
2. Diante desse cenário, a Corte IDH atestou a condução dos processos em descompasso com os *standards* internacionais e a consequente violação ao art. 8 da Convenção, levando-a a concluir que naquela ocasião impediram a formação da coisa julgada a que se refere o art. 8.4 da Convenção[83](#_bookmark199). Dessa forma, em sede de reparações, determinou ao Estado que adotasse as medidas necessárias para individualizar, julgar e sancionar os responsáveis pela morte da vítima com a finalidade de esclarecer a verdade sobre o ocorrido, o que implicaria a desconstituição da coisa julgada.
3. Já no *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012), o Estado da República Dominicana foi responsabilizado internacionalmente pelo uso excessivo da força por parte de agentes militares contra um grupo de imigrantes haitianos. A ação violenta dos policiais ocasionou sete mortes e deixou diversas pessoas feridas. Ademais, a sentença considerou o contexto de discriminação histórica existente na República Dominicana em relação à migração haitiana como agravante das violações de direitos humanos, uma vez que tais pessoas sofrem com a marginalização, a pobreza e com dificuldades relativas à regularização migratória[84](#_bookmark200).
4. O marco fático das violações incluiu a perseguição policial em razão do ingresso irregular de um caminhão no território dominicano, que transportava cerca de 30 haitianos indocumentados em 16 de junho de 2000. Quatro policiais atiraram no veículo com o intuito de pará-lo após o motorista ter acelerado em razão da abordagem policial em um posto fronteiriço[85](#_bookmark201). Como consequência do ocorrido, o responsável pelo caminhão perdeu o controle do veículo e o capotou. Após o acidente e os disparos efetuados pelos policiais, sete pessoas morreram, diversos imigrantes ficaram gravemente feridos e um grupo de sobreviventes foi detido e privado de liberdade em um quartel.
5. Os processos e investigações que visaram apurar os eventos foram instaurados perante a justiça militar e, após uma instrução marcada por elementos subjetivos e objetivos que contaminaram a imparcialidade do feito, os acusados foram absolvidos. No entendimento da Corte IDH, “*la intervención del fuero militar en la investigación, juzgamiento y posterior absolución de los acusados contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan e implicó una aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los*

80 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 129.

81 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 116.

82 *Cfr. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 103.

83 Cfr. *Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 129.

84 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 38-40. Ver também: párr. 103-105.

85 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 42-44.

*actos involucrados*”[86](#_bookmark202).

1. O Tribunal ainda afirmou que “*en casos de graves violaciones a los derechos humanos una sentencia absolutoria que constituya cosa juzgada aparente no puede constituir un obstáculo para la reapertura de la investigación o del proceso*”[87](#_bookmark203). Nessa oportunidade, a Corte IDH explicou que o princípio *ne bis in idem* é revestido de legalidade apenas nas hipóteses em que o arquivamento dos autos ou a absolvição do acusado não é definido por uma decisão permeada por parcialidade ou falhas investigativas[88](#_bookmark204). Além disso, é necessário que o devido processo legal tenha sido respeitado durante todo o processo penal.
2. A vedação à dupla persecução derivada do princípio do *ne bis in idem* não deveria ser aplicada aos agentes militares acusados no *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, pois a tramitação do processo penal perante a Justiça Militar *per se* configurou obstáculo legal determinante para assegurar a impunidade dos autores dos crimes[89](#_bookmark205). No referido caso, a Corte IDH utilizou o conceito de “*cosa juzgada aparente*” para afirmar que “*la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente esclarecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad*”[90](#_bookmark206).
3. Como medidas de reparação, ordenou a reabertura das investigações e sua condução segundo os parâmetros de devida diligência, pontuando que os obstáculos em relação à elucidação dos fatos deveriam removidos a fim de evitar a ocorrência de decisões com características de “coisa julgada aparente”, identificadas nos seguintes termos:

[…] en casos de graves violaciones de derechos humanos, como lo son en el presente caso las ejecuciones extrajudiciales (supra párrs. 93 a 97), el Estado no podrá aplicar leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem*, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación[91](#_bookmark207).

1. O tema foi novamente enfrentado na sentença do *caso Acosta y otros Vs. Nicaragua (2017).* Esse caso diz respeito ao homicídio do companheiro de uma defensora de direitos humanos em represália às atividades de defesa dos direitos dos povos indígenas da região da Costa Caribe da Nicarágua. A investigação acerca do homicídio do Sr. García Valle, esposo da advogada e defensora de direitos humanos, Sra. Maria Luisa Acosta, foi arquivada após um mês do ocorrido sem que todas as linhas investigativas fossem esgotadas.
2. O arquivamento prematuro do processo penal e a consequente situação de impunidade, produtos de instrução superficial e marcada pelo atropelo ao devido

86 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 248.

87 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 249.

88 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 195.

89 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 197.

90 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 196.

90 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 196.

91 *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 249 (letra b).

processo legal[92](#_bookmark208), levaram a Corte IDH a uma vez mais identificar a incidência do fenômeno da coisa julgada aparente[93](#_bookmark209). Como reparação estabeleceu a obrigação de investigar nos seguintes termos:

[…] En este caso, la Corte constata directamente un acto ilícito deliberadamente dirigido a provocar una apariencia de extinción de la acción penal, o sea que, en definitiva, se trata de una mera apariencia de cosa juzgada. **Una conducta ilícita dolosa nunca puede ser relevada jurídicamente como un acto procesal de extinción de la acción penal**, pues conforme a una interpretación racional y no contradictoria de cualquier orden jurídico, a un eventual ilícito penal no puede reconocérsele el carácter de un obstáculo de derecho a la persecución de otro hecho de igual naturaleza (grifo nosso)[94](#_bookmark210).

1. Merece atenção o fato de que, no referido caso, as consequências da desconstituição da coisa julgada não se esgotaram no reconhecimento de que a ação penal não poderia ser considerada extinta. Para além de seus efeitos típicos, a Corte IDH asseverou que o Estado não poderia computar o tempo ao longo do qual a ação permaneceu extinta no cálculo da prescrição da pretensão punitiva[95](#_bookmark211).
2. A aplicação da figura da coisa julgada aparente arraigou-se na *práxis* da Corte IDH de tal sorte que tem sido incorporada também âmbito dos acordos de solução amistosa, como observado no caso *Escaleras Mejía y otros Vs. Honduras* (2018).
3. No instrumento firmado entre as partes, o Estado se comprometeu a revogar quaisquer decisões judiciais relativas à apuração das responsabilidades pelo assassinato da vítima que tenham sido gravadas pela ocorrência da coisa julgada aparente. Nesses termos: “*[e]n caso de que a partir del análisis detallado de la prueba se determine que ha ocurrido una cosa juzgada fraudulenta en los términos establecidos por la jurisprudencia interamericana”, Honduras se obliga a “revocar cualquier decisión producto del fraude y proceder a investigar, juzgar y sancionar a la totalidad de los autores […] del homicidio del defensor Carlos Escaleras”*[*96*](#_bookmark212)*.*
4. O percurso pela jurisprudência interamericana permite observar a gradual ampliação do escopo de aplicação da figura da coisa julgada aparente por parte da Corte IDH. Desde os primeiros casos, o Tribunal buscou desenvolver e aperfeiçoar as hipóteses que autorizam o afastamento do princípio do *ne bis in idem* à luz de seus já consolidados entendimentos a respeito das garantias de acesso à justiça, conhecimento da verdade sobre violações de direitos humanos e da supremacia do devido processo legal.
5. Em parte significativa dos casos examinados, a Corte IDH se deparou com decisões judiciais que absolveram réus acusados de graves violações de direitos humanos, seja pela aplicação indevida de causas de extinção da punibilidade, seja por vícios processuais, seja por circunstâncias que suscitavam dúvidas quanto à parcialidade do juízo, como a tramitação em foro penal militar. Em todos eles, a ordem de desconstituição da coisa julgada foi motivada pela constatação de que as máculas no curso do processo ou não permitiram esclarecer a verdade ou, mesmo nas situações em que a autoria do delito foi resolvida, não permitiram aplicar a

92 Segundo a Corte IDH, “el juez se limitó a escuchar la declaración de los presuntos autores intelectuales, quienes negaron los hechos; a indagar en sus cuentas bancarias y a realizar un registro del domicilio de uno de ellos”. *Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 145.

93 *Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 215.

94 *Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 216.

95 *Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 216.

96 *Cfr. Caso Escaleras Mejía y otros Vs. Honduras.* Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 361, párr. 86.

sanção cabível – tal como se verificou no presente caso.

1. A análise do instituto da coisa julgada aparente na jurisdição internacional dos direitos humanos revela conclusões importantes. A primeira, de ordem terminológica, remete ao próprio alcance da referida figura. O qualificativo “fraudulenta” utilizado em determinados precedentes não pode ser interpretado de forma limitadora ou excessivamente restritiva. As hipóteses que autorizam a desconstituição da coisa julgada não estão estritamente vinculadas a situações de fraude processual ou à prática de atos enganosos para manipular o resultado do julgamento. O escopo de aplicação é mais amplo, produto de sua adequação aos propósitos do direito internacional dos direitos humanos.
2. Nesse sentido, é possível afirmar que a coisa julgada aparente pode restar configurada mesmo na ausência de fraude, desde que vícios processuais graves inviabilizem o acesso à justiça e a persecução de graves violações a direitos humanos. Essa constatação torna a fraude elemento qualificador de um dos tipos de coisa julgada aparente e não condição geral para o seu reconhecimento.
3. Por esse motivo, retomamos a classificação proposta no início deste tópico, agora referendada pelo percurso da jurisprudência da Corte IDH, para estabelecer que a coisa julgada aparente não se confunde com coisa julgada fraudulenta. Antes, a coisa julgada fraudulenta é uma das espécies de coisa julgada aparente, junto à coisa julgada aparente *stricto sensu*.
4. A segunda conclusão trata dos efeitos jurídicos quando há ocorrência da coisa julgada aparente ou fraudulenta, a saber: a nulidade da sentença, quando restar comprovada a incidência desse fenômeno, ou seja, os efeitos da decisão não podem ser considerados como válidos. Como a Corte IDH ressaltou em *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú,* a validade do processo é uma condição indispensável para a própria validade da decisão[97](#_bookmark213). De forma semelhante, o TEDH esclareceu que averiguada a presença de “vício fundamental”, como no caso *Fadin vs. Rússia*, há invalidade do próprio processo.
5. E, por fim, a Corte IDH delimita o rol exemplificativo das hipóteses de aplicação do conceito de coisa julgada aparente, conforme mencionado nos parágrafos anteriores, sobretudo relacionados à inadmissibilidade das disposições de anistia, de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos.
6. Convém salientar que as situações que ensejam a desconstituição da coisa julgada são produto de paulatina construção jurisprudencial e, portanto, não constituem lista exaustiva e imutável. Portanto, novas circunstâncias que se mostrem compatíveis com os propósitos de aplicação traçados pela Corte IDH também podem ser incluídas sob os efeitos jurídicos da coisa julgada aparente.
7. Como será visto na próxima seção, a situação vislumbrada no caso Vega González vs. Chile enquadra-se perfeitamente nas hipóteses de aplicação da coisa julgada aparente construídas nessa cadeia de precedentes.
8. *A coisa julgada aparente no caso Vega González vs. Chile*
9. Como visto, a jurisprudência da Corte IDH revela três pressupostos para configuração da coisa julgada aparente: a) a verificação de vício grave no processo,

97 Cfr. *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52. párr. 219-221.

consubstanciado ou não em fraude ou manipulação; b) resultado consistente em impunidade total (absolvição ou não-persecução) ou impunidade relativa (condenação por crime mais brando ou aplicação de sanção menos grave que a adequada); c) causalidade entre o vício processual e o resultado.

1. A partir de tais critérios, nos parágrafos abaixo buscaremos demonstrar que o caso Vega González vs. Chile reúne todos os pressupostos convencionais e jurisprudenciais que autorizam a configuração da coisa julgada aparente tal como definida e aplicada pela Corte IDH, razão pela qual entendemos que a Corte IDH a deveria ter reconhecido explicitamente *in casu*, para além de afirmar que a coisa julgada “deveria ceder”.
2. Em relação ao **primeiro requisito**, o vício grave que macula de forma irremediável o processo penal na situação analisada reside na aplicação inconvencional da figura da meia prescrição aos crimes de lesa humanidade. Não se trata de mero erro jurídico ou discordância interpretativa, e sim da incidência reiterada de figura que atenta contra princípios basilares do direito internacional dos direitos humanos.
3. Suscitou-se, nos autos, a discussão sobre eventuais distinções ontológicas e teleológicas entre a prescrição tradicional e a meia prescrição, e sobre qual seria a natureza jurídica dessa última, *i.e.*, mera causa atenuante ou modalidade atípica da primeira. Trata-se, como visto, de questão que ainda não logrou solução pacífica no direito chileno[98](#_bookmark214) - e tampouco é função da Corte IDH oferecer resposta a esse dilema.
4. É necessário reconhecer, porém, que ambas operam sob um mesmo pressuposto: o reconhecimento de que o transcurso do tempo produz efeitos sobre a pena. A prescrição nasce do princípio de que a pretensão punitiva do Estado, ao menos na maioria dos casos, não pode pairar indefinitivamente sobre o acusado e que a punição do delito deve ser exercida em um dado lapso temporal, desincumbindo o réu do ônus da inércia estatal indefinido. Esse racional não é estranho à figura da meia prescrição, uma vez que sua finalidade não é outra que mitigar a punição do crime *em razão* da morosidade do Poder Público.
5. O efeito jurídico particular a cada instituto é evidentemente distinto (extinção da punibilidade *versus* redução da pena), o que enseja o debate quanto à respectiva qualificação jurídica que lhes deve ser atribuída. A despeito dessas ressalvas, a lógica que informa a aplicação tanto da prescrição comum quanto da meia prescrição e, em certa medida, suas finalidades, são correspondentes.
6. Essa análise comparativa conduz inevitavelmente ao cerne da discussão, concernente à convencionalidade de se aplicar a meia prescrição a crimes de lesa humanidade e, consequentemente, aos próprios fundamentos da ideia de que tais delitos não seriam alcançados pela prescrição. A ideia de “imprescritibilidade” veio à tona no direito internacional quando, nos anos 60, a iminente extinção temporal da pretensão punitiva relativa aos crimes de guerra cometidos pelos oficiais nazistas levou a comunidade internacional a se dar conta de que os tratados e convenções eram omissos quanto ao tema[99](#_bookmark215).
7. A questão foi levada às Nações Unidas pela delegação polonesa em 1965[100](#_bookmark216) e, após 3 anos de debate, foi aprovada a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos

98 *Cfr*. Sentença, párr. 239.

99 MILLER, Robert E. The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity. The American Journal of International Law, Vol. 65, No. 3, 476-501, Jul., 1971, p. 480.

100 Nações Unidas, E/CN.4/885. The question of punishment of war criminals: communication from the Government of Poland. 5 de março de 1965.

Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade. O espírito que animou o tratado, tal qual gravado em seu preâmbulo, atribui dimensão preventiva e verdadeiramente pedagógica à persecução de tais delitos: “la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales”. Como recorda Bacigalupo, o advento de instrumentos como esse “[pone] de manifiesto que la prescripción no es uma institución necesaria y que el tiempo no siempre opera favoreciendo el olvido”[101](#_bookmark217).

1. Contudo, o regime de imprescritibilidade não é somente consequência da gravidade do crime contra a humanidade. A prolongação indefinida da pretensão punitiva é produto das dificuldades inerentes à investigação e à persecução penal dos responsáveis, geralmente agentes estatais. Essa condição não é trivial. Quando se está diante de crimes de lesa humanidade, como o desaparecimento forçado, é comum que tais violações sejam produzidas em contextos históricos específicos de inexistência duradoura do Estado de Direito e de supressão geral de direitos e garantias.
2. Em situações como essa, os autores materiais e intelectuais do crime agem diretamente sob os desígnios do Estado. As vítimas desaparecem ou são executadas por ordens do Estado, e não apesar dele. Esperar, em tais circunstâncias, que seus familiares possam acessar tempestivamente o sistema de justiça para identificar os responsáveis seria expectativa, no mínimo, ilusória. Apenas os ventos da normalidade democrática permitem que aqueles que sofreram com a repressão estatal reencontrem as condições propícias e seguras para reivindicar seus direitos e buscar a verdade. Como a história o mostra, contudo, regimes de exceção podem se arrastar por décadas.
3. É essa a questão de fundo que não pode ser colocada de lado no caso Vega González y otros vs. Chile. Muitas das vítimas desapareceram nos primeiros dias que sucederam ao Golpe de Estado de 11 de setembro de 1973 e só puderam cogitar o acesso efetivo à justiça a partir de 1990.
4. Se as vítimas são forçadas a aguardar o transcurso do tempo por razões alheias à sua vontade, não pode o tempo penalizá-las uma segunda vez sob as vestes da prescrição. A impossibilidade – de fato ou de direito – de obter proteção judicial no momento em que as violações ocorreram, pela mesma razão que legitima o regime de imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade, também implica o inevitável afastamento da meia prescrição em relação aos referidos delitos. Aqui não se discute se elas partilham ou não da mesma essência jurídica, e sim que ambas respondem a uma mesma lógica – a de que o tempo afeta a pena, extinguindo-a ou reduzindo-a – lógica essa que não é cabível a crimes cuja persecução, pela própria natureza que os reveste, exige a suspensão dos efeitos do passar do tempo.
5. Quando se trata de crimes de Estado, permitir que disposições como a prescrição e a meia prescrição sejam aplicadas seria autorizar inversão macabra do princípio elementar de que ninguém pode se valer da própria torpeza. Os crimes mais brutais praticados resultariam impunes ou gravados por penas irrisórias em virtude única e exclusivamente da inércia do próprio Estado, aquele em nome do qual as violações foram levadas a cabo.
6. A esse respeito, o Perito Mañalich recorda que, em sua própria origem, a meia prescrição denota a intenção de deixar impunes (absoluta ou relativamente) determinados crimes praticados em determinada época:

101 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal y el Estado de Derecho.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 37.

Esto vuelve reconocible que el objetivo deliberadamente perseguido a través de la aplicación de la híperatenuante establecida en el art. 103 del CP en casos de esta índole ha consistido en no imponer las penas que, de acuerdo con el derecho chileno aplicable, tendría que ser impuesta sobre una persona condenada por un delito que, al revestir el estatus de un crimen de lesa humanidad según el derecho internacional, es tenido por imprescriptible.

De esta manera, la doctrina Dolmetsch apuntaba a favorecer la imposición de penas considerablemente menos severas que aquellas que, por un constreñimiento de proporcionalidad ordinal, tendrían que haber sido impuestas en los casos así resueltos. Y la vía buscada para ello consistió en dar aplicación a una regla - la del art. 103 del CP- que no es aplicable en tales casos.

1. Ademais, a própria previsão legal da meia prescrição no direito chileno revela vínculo umbilical entre ambas as figuras, ao menos no plano legal, e suscita questão relevante sobre sua aplicabilidade a crimes de lesa humanidade. O cálculo da redução de pena a que se refere o artigo 103 do Código Penal do Chile tem como referencial o prazo prescricional do delito[102](#_bookmark218). Ocorre que, quando se está diante de um delito imprescritível, em tese, não haveria sequer parâmetro adequado para a estipulação da meia prescrição.
2. Por fim, é necessário recordar que, desde 2012, a aplicação da meia prescrição tem sido repudiada pela própria Corte Suprema de Justiça do Chile, cujas Salas Penais têm rejeitado reiteradamente os recursos que pugnaram pela atenuação de penas com base na incidência do referido instituto. No entendimento manifestado pelo mais alto tribunal chileno, em deferência expressa às diretrizes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a natureza de crime de lesa humanidade impede o reconhecimento da meia prescrição, tendo em vista que compartilha de fundamentos intimamente relacionados com aqueles relativos à prescrição comum[103](#_bookmark219).
3. Portanto, o primeiro requisito em Vega González y otros vs. Chile concerne à redução da pena em virtude da incidência da meia prescrição, cuja aplicação contraria as normas do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, como reconhecido posteriormente pela própria Corte Suprema de Justiça do Chile. Isso significa que não houve fraude, mas, sim, a aplicação flagrantemente equivocada de instituto que resultou em penas desproporcionalmente baixas para violações graves de direitos humanos.
4. Neste ponto, é importante ressaltar, à luz das premissas lançadas no tópico anterior, que o caso dos autos revela a configuração da coisa julgada aparente *stricto sensu* e não da coisa julgada fraudulenta.
5. Feita essa ressalva, passamos ao exame do **segundo requisito** da coisa julgada aparente: o resultado consubstanciado na impunidade dos responsáveis pelas violações.
6. No precedente icônico do caso *Barrios Altos vs. Peru*, a Corte IDH assentou 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”[104](#_bookmark220). A literalidade da fórmula diz respeito a figuras que extinguem a

102 Vide: art. 103. Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar **el tiempo de la prescripción** de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya trascurrido la mitad del que se exige, pero habiendo ya trascurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, **para tales prescripciones** (...)

103 A esse respeito, vide sentença proferida pela Segunda Sala da Corte Suprema de Justiça na Causa Rol nº 1030/2018, em 4 de outubro de 2019.

104 *Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, par. 41.

punibilidade e impedem *in totum* a responsabilização penal do acusado. No caso *Bulacio vs. Argentina*, a dicção foi mais abrangente: “este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”[105](#_bookmark221).

1. A análise superficial das circunstâncias do caso Vega González vs. Chile poderia levar o intérprete à precipitada conclusão de que os acusados foram, de fato, condenados e que a lição dos casos *Bulacio* e *Barrios Altos* não seria cabível, uma vez que aqui não haveria exclusão de punibilidade, mas tão somente a aplicação de uma circunstância atenuante de pena.
2. Ocorre que a concepção de busca pela justiça e de combate à impunidade abrigada nos cânones da jurisprudência da Corte IDH é inequivocamente substancial, transcendendo a esfera procedimental. Ela deve ser efetiva, não por qualquer fetiche punitivista ou por espetacularização do direito penal, mas porque, diante de crimes revestidos de tamanha gravidade e que atentam aos preceitos básicos da consciência jurídica universal, o esclarecimento dos fatos e a imposição de penas adequadas constituem etapas necessárias para garantir o efeito útil dos direitos previstos na Convenção e para a verdadeira constituição do compromisso de não repetição.
3. A noção de impunidade não é um conceito absoluto e puro, que deve ser afastado com a simples existência de uma decisão judicial condenando o réu quando presentes os pressupostos de punibilidade. A mera verbalização, pelo juiz nacional, do provimento condenatório não satisfaz o dever de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos, que é reiterado na jurisprudência interamericana há quase quarenta anos desde o caso Velázquez Rodriguez vs. Honduras (1987), sobretudo quando as penas atribuídas não guardam proporcionalidade em relação à gravidade do crime.
4. Trata-se de fenômeno perceptível no presente caso. Os réus, ex-agentes públicos que participaram ativamente repressão estatal, condenados a penas que geralmente ultrapassavam os 10 anos de prisão, viram suas sanções apequenarem- se após a incidência da meia prescrição. Veja-se, por exemplo, o caso de Juan Manuel Contreras Sepúlveda, ex-Diretor da Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) e um dos articuladores dos crimes identificados. Condenado originalmente a 15 anos de prisão pelo crime de sequestro qualificado de Marcelo Salinas Eytel, Contreras Sepúlveda teve sua pena reduzida para 5 anos de reclusão após a incidência da meia prescrição. Não fosse o bastante, foi agraciado pelo benefício da liberdade condicional[106](#_bookmark222).
5. Outro caso ilustrativo foi o do Coronel do Exército Hugo Aldredo Valenzuela, condenado inicialmente a 17 anos de prisão pelos delitos de subtração de menor e de sequestro qualificado de 16 pessoas[107](#_bookmark223). A aplicação da meia prescrição pela Corte Suprema de Justiça implicou a redução de sua pena para 5 anos de reclusão, com direito à liberdade condicional.
6. Os dois casos citados acima são uma pequena amostra dentre dezenas de outros que são narrados entre os parágrafos 118 a 199 da Sentença do presente caso e que partilham das mesmas características: estipulação de penas desproporcionalmente baixas decorrentes do reconhecimento indevido da meia prescrição. A esse respeito, destacou a Corte IDH:

105 *Cfr. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, par. 116.

106 Sentença, par. 190.

107 Sentença, par. 137.

La Corte recuerda que la persecución de conductas ilícitas debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario que los Estados eviten medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. Por tanto, la regla de proporcionalidad exige que los Estados impongan penas que contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, la participación y la culpabilidad del acusado.

El sistema chileno de determinación de la pena divide estas según su gravedad, en presidio mayor y menor, siendo que ambas se pueden imponer en sus grados máximo, medio o mínimo, dependiendo de la redacción del tipo penal concreto. La media prescripción específicamente permite la disminución en los grados de la pena, esto causó que en ninguno de los 14 casos resueltos por la Sala Segunda de la Corte Suprema, habiendo sido condenados los responsables por los delitos de homicidio calificado y secuestro calificado, la pena privativa de la libertad impuesta alcanzara el mínimo legal.

1. A situação de impunidade decorrente da atenuação excessiva de penas e do caráter ilusório das condenações por crimes como tortura, desaparecimento forçado e execução extrajudicial coloca o presente caso ao lado de outros já examinados no presente voto, nos quais a Corte IDH reconheceu que a inobservância adequada do dever de investigar, processar e punir responsáveis por violações de direitos humanos pode inviabilizar a formação da coisa julgada.
2. Essas considerações demonstram a configuração do **terceiro requisito** que autoriza o reconhecimento da coisa julgada aparente - a relação causal entre o vício que maculou o processo e o déficit punitivo.
3. Como visto, da farta documentação que integra os autos do presente caso e do detalhado relatório que consta de sua Sentença, é possível concluir que a mitigação das penas aos patamares verificados não teve como fator determinante identificação de circunstâncias eventuais atenuantes de natureza subjetiva, isto é, decorrentes da conduta do réu, ainda que tenham coincidido em alguns casos. A causa principal para a conformação desse cenário foi o reconhecimento da meia prescrição, expressão da inércia do Estado e da impossibilidade de as vítimas de violações de direitos humanos recorrerem tempestivamente à tutela jurídica de seus direitos.
4. A concorrência desses três elementos demonstra que a única resposta convencionalmente adequada em sede de reparações reside na desconsideração dos limites impostos pela coisa julgada, corroídos pela aplicação inconvencional da meia prescrição, e na consequente determinação ao Estado que revise as sentenças que reconheceram a ocorrência da meia prescrição.
5. A reflexão aprofundada sobre a coisa julgada aparente e seus requisitos evidencia que, apesar da importância da Sentença no caso Vega González y Otros vs. Chile, a Corte IDH perdeu importante oportunidade de aprofundar os *standards* sobre o tema ao deixar de reconhecer expressamente que as sentenças da Corte Suprema de Justiça do Chile configuraram coisa julgada aparente.
6. Com efeito, a jurisprudência interamericana – como se viu – desenvolveu conceito próprio de coisa julgada aparente, aperfeiçoando ao longo do tempo seus contornos e critérios de incidência, que são perfeitamente aplicáveis à situação fática apresentada no caso Vega González y Otros vs. Chile. A explicitação da incidência do instituto teria colocado o presente caso em linha com os precedentes do Tribunal sobre coisa julgada aparente, permitindo à Corte IDH refinar sua compreensão histórica em torno da matéria, especialmente no que tange a crimes de lesa humanidade.
7. *O conflito aparente entre o direito penal e os direitos humanos*
8. O caso *Vega González vs. Chile* traz mais uma vez à tona a discussão sobre a adequada relação entre o direito penal e os direitos humanos. A determinação, por parte da Corte IDH, de que o Estado revise ou anule as condenações dos responsáveis por graves violações de direitos humanos durante o período ditatorial chileno que tenham envolvido a aplicação do instituto inconvencional da meia-prescrição é medida de reparação que importará em recrudescência das penas cominadas. É indispensável, portanto, retomar aqui as razões pelas quais tal medida de reparação específica é, apesar dos ares de paradoxo, exigida pelos rumos do direito internacional dos direitos humanos, e não os contradiz de nenhum modo.
9. Desde *Velásquez Rodriguez vs. Honduras* (1988), primeira sentença de mérito proferida pela Corte IDH, a jurisprudência interamericana se esforça em detalhar as obrigações dos Estados de prevenir, investigar e punir violações de direitos humanos como derivações do dever de garantia dos Estados insculpido no art. 1.1 da Convenção[108](#_bookmark224). É pacífica a ideia de que os Estados falham em cumprir com as normas de direito internacional quando se eximem de sua responsabilidade de coibir condutas que violam os direitos humanos por vias adequadas.
10. Daí a necessidade de instrumentos do direito penal afeitos à proteção dos direitos e garantias consagrados pela Convenção: tipificação de condutas, previsão legal de procedimentos criminais, forças policiais e investigativas eficazes e Poder Judiciário independente, capaz de processar e julgar imparcialmente aqueles que atentam contra os direitos humanos.
11. Por vezes, os direitos humanos são prejudicados não pela ausência de instituições ou leis adequadas para prevenir, investigar e punir, mas pela presença de institutos no ordenamento jurídico interno que servem de constrangimento ao devido cumprimento dos deveres de garantia por parte dos Estados[109](#_bookmark225). Nesses casos, deve-se revisar tais institutos e sua aplicação. É o caso da norma chilena sobre meia- prescrição aplicada a graves violações de direitos humanos, discutida acima.
12. Nada obstante, a suspeita de que o controle de convencionalidade desse instituto afronta a certeza jurídica, princípio basilar do direito penal em um Estado de Direito, levanta questões legítimas sobre exatamente em que ponto o direito penal deixa de ser um guardião dos direitos humanos para se tornar seu algoz.
13. Essa é uma das muitas instâncias em que emerge o paradoxo de como pode o direito penal ser, simultaneamente, o “escudo” e a “espada”[110](#_bookmark226) dos direitos humanos. Essa dualidade é intensificada por uma espécie de angústia genealógica, uma vez que as origens de muitos direitos e garantias hoje consolidadas nos tratados de direitos humanos – princípio da legalidade estrita, presunção de inocência, vedação de penas cruéis e desumanas etc. – surgem historicamente como uma limitação ao poder punitivo estatal perante os indivíduos.

108 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo.* Sentença de 29 de julho de 1988. Série C No. 4, par. 166.

109 Ver AGNU. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Resolução A/RES/60/147 adotada em 21 de março de 2006, Anexo. Tais principios elencam, dentre as medidas reparatórias de não repetição, a “revisão e alteração de leis que favoreçam ou permitam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos”

110 Robert Roth atribui a expressão à Juíza Van den Wyngaert, relatando que teria sido proferida em uma apresentação sobre o cidadão europeu e a justiça criminal na União Europeia em 1995. *Cfr*. ROTH, Robert. Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal. In: AUER, Andreas; DELLEY, Jean-Daniel; HOTTELIER, Michel; MALINVERNI, Giorgio (Eds.). Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 429-446. Para uma discussão mais aprofundada da questão, ver seção II do voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch no caso *Angulo Losada vs. Bolívia*. Sentença de 18 de novembro de 2022. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações.

1. Entretanto, é também parte integrante da história do direito internacional dos direitos humanos a concepção de um imperativo de combate à impunidade. Desde os primeiros anos de atuação da ONU, resoluções adotadas pela Assembleia Geral enfatizavam a necessidade de combate à impunidade[111](#_bookmark227), respaldado nos debates que precederam a criação do Tribunal de Nuremberg[112](#_bookmark228) e consolidado na Declaração e no Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993).
2. Saber gerir essa dualidade do direito penal passa por compreender adequadamente a noção de “impunidade”. Trata-se, nas palavras de Luis Greco, não da “ausência de pena” *tout court*, e que deve ser suprida a qualquer custo, mas da “ausência de pena lá onde a pena deve ser imposta”[113](#_bookmark229). Para a Corte IDH, isso significa, mais precisamente, “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”[114](#_bookmark230). Ora, se a Convenção é a medida pela qual se deve aferir a impunidade, então o direito penal deve ser mobilizado apenas (i) em casos de estrita necessidade, sendo ele a *ultima ratio* da política social[115](#_bookmark231), e (ii) dentro dos quadrantes do devido processo legal, com todas as suas garantias[116](#_bookmark232).
3. Verifica-se a estrita necessidade do uso do direito penal relativamente a certas condutas violadoras de direitos humanos somente se meios alternativos forem insuficientes para protegê-los. Isso depende, dentre outros fatores, da natureza e da intensidade da conduta lesiva, que deve ser suficientemente grave, tais como as que foram analisadas no caso *Vega González y Otros vs. Chile*. Depois, o direito penal não pode completar a lacuna deixada pela impunidade estatal frente a condutas violadoras de um direito humano ao custo de violar os demais direitos humanos.
4. É necessário, por isso, que a imposição de sanção penal seja acompanhada de procedimentos que elucidem os fatos e avaliem responsabilidades de acordo com as garantias do devido processo legal. Não é a punição de fato, pura e simplesmente, que se opõe à impunidade, mas a pena que é imposta como resultado de um processo justo, imparcial e conforme os direitos humanos[117](#_bookmark233).
5. O paradoxo do direito penal como “escudo” e “espada” dos direitos humanos é, portanto, meramente aparente. Há, sim, o perigo do abuso do *jus puniendi*, de um lado, e o perigo de serem deixados impunes os responsáveis por graves violações de direitos fundamentais, de outro; não há, porém, uma inescapável contradição em que se deve escolher ou bem o direito penal, ou bem os direitos humanos. Entre um opróbrio e outro, há espaço para conceber, sem incorrer em absurdo, o dever estatal de reparar e prevenir violações de direitos humanos por meio do direito penal quando este for necessário e integralmente compatível com as garantias do devido processo legal.

111 Ver, por exemplo, AGNU. Resolução A/Res/3(I) (Extradition and Punishment of War Criminals) adotada em 13 de fevereiro de 1946; AGNU. Resolução A/RES/95(I) (Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal) adotada em 11 de dezembro de 1946.

112 RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 62 (2006), p. 4.

113 GRECO, Luis. Por que inexistem deveres absolutos de punir. Católica Law Review, v. 3 (2007), p. 121.

114 *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C No. 37, par. 173.

115 Ver ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

116 Ver voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch no caso *Angulo Losada vs. Bolívia*. Sentença de 18 de novembro de 2022. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. par. 39 et seq.

117 Ver *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C No. 119, par. 79-82.

1. **CONCLUSÃO**
2. O caso *Vega González y Otros vs*. *Chile* abriu campo importante para reflexões acerca da relação entre coisa julgada e proteção de direitos humanos, inclusive na perspectiva da sofisticada jurisprudência da Corte IDH, cujo desenvolvimento alinhado aos precedentes de outros Tribunais Internacionais resultou na consolidação do instituto da coisa julgada aparente.
3. A aplicação da regra de meia prescrição do direito interno chileno, com a consequente redução desproporcional da pena aplicada a crimes de lesa humanidade, consistiu em inequívoca hipótese de coisa julgada aparente, na terminologia há muito adotada pela Corte IDH, reunindo os três requisitos para o seu reconhecimento: vício grave no processo (não necessariamente decorrente de fraude), impunidade absoluta ou relativa de agentes responsáveis por violações a direitos humanos e relação de causalidade entre o vício e o resultado do processo.
4. Nesse contexto, a abordagem conduzida neste voto concorrente à luz dos precedentes da Corte IDH permitiu a melhor compreensão das hipóteses de desconstituição da coisa julgada no âmbito do sistema internacional de proteção de direitos humanos, inclusive para elucidação do próprio conceito de coisa julgada aparente, que pode ser, por sua vez, subdividido em coisa julgada fraudulenta e coisa julgada aparente *stricto sensu*.
5. Por outro lado, o presente caso, ao trazer à tona o problema da revisão criminal em prejuízo do réu, constituiu oportunidade relevante para reflexão em torno da complexa e nada trivial relação entre o direito penal e os direitos humanos, especialmente no que concerne ao manejo adequado da sanção penal como instrumento de tutela imprescindível dos direitos humanos
6. A invulgar reunião, no mesmo caso, de tais circunstâncias fáticas e questões jurídicas de alta indagação não foi integralmente aproveitada pela Corte IDH na Sentença. Embora tenha corroborado nas medidas de reparação a necessidade de revisão das penas aplicadas pelo Poder Judiciário chileno, a Corte IDH não explicitou as razões pelas quais “a coisa julgada deve ceder” à luz da jurisprudência do próprio Tribunal, deixando de reconhecer a configuração da coisa julgada aparente.
7. Para além da oportunidade perdida de desenvolver sua jurisprudência sobre o tema, a Sentença no caso *Vega González y Otros vs. Chile* não observou integralmente os deveres de coerência e integridade aos quais está adstrito o Tribunal, na medida em que destoa da cadeia de precedentes da própria Corte IDH e silencia quanto à incidência da coisa julgada aparente.

Rodrigo Mudrovitsch Eduardo Ferrer Mac-Gregor Vice-Presidente Juiz

Gabriela Pacheco Arias Secretaria Adjunta