

Sistema interamericano de protección
de los derechos humanos
y derecho penal internacional

Grupo Latinoamericano de Estudios
sobre Derecho Penal Internacional

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Georg-August-Universität-Göttingen



Instituto de Ciencias Criminales — Departamento
de Derecho Penal Extranjero e Internacional



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2011 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, OFICINA URUGUAY
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo
Uruguay
Tel.: (#598) 2902 0943/ -3974
Fax: (#598) 2908 6781
e-mail: ius.montevideo@kas.de
www.kas.de

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, OFICINA MÉXICO
Río Guadiana No. 3
Col. Cuauhtémoc
06500, México, D.F.
México
Tel. (#52 55) 5566 45 99
Fax (#52 55) 5566 44 55
kasmex@kas.de

Editor responsable
Christian Steiner

Asistente de edición
Manfred Steffen

Correctores
María Cristina Dutto y Alejandro Coto (español)
Paulo Baptista (portugués)

Paginado, impreso y encuadrernado en **Mastergraf srl**
Gral. Pagola 1823 - Tel. 2203 4760
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito Legal 356.827 - Comisión del Papel
Edición amparada al Dec. 218/96

ISBN 978-9974-8289-0-2

Esta publicación se distribuye exclusivamente sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.
Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| PRÓLOGO..... | 11 |
| GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL | 15 |
| PRESENTACIÓN | 19 |
| GLOSARIO DE SIGLAS..... | 21 |
| EL PRINCIPIO DE COHERENCIA Y EL PRINCIPIO <i>IURA NOVIT CURIA</i> EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA | |
| <i>por César Alfonso.....</i> | 23 |
| TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ¿TRIBUNAL TÍMIDO Y TRIBUNAL AUDAZ? | |
| <i>por Kai Ambos y María Laura Böhm.....</i> | 43 |
| DESPLAZAMIENTO FORZADO, SISTEMA INTERAMERICANO Y DERECHO PENAL INTERNO: HACIA UNA CONFLUENCIA RACIONAL Y CONSISTENTE DE DIVERSOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS | |
| <i>por Alejandro Aponte Cardona.....</i> | 71 |
| LA PRUEBA EN EL CRIMEN DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS | |
| <i>por Dino Carlos Caro Coria.....</i> | 127 |
| DERECHO AL RECURSO DEL IMPUTADO: DOBLE CONFORME Y RECURSO DEL FISCAL | |
| <i>por Alfredo Chirino Sánchez</i> | 173 |

**LOS ELEMENTOS CONTEXTUALES DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD
Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

por Javier Dondé Matute 205

**DERECHOS HUMANOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES.
OBSERVACIONES SOBRE EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 21
DEL ESTATUTO DE ROMA**

por Emanuela Fronza 229

**RELACIONES ENTRE EL “DERECHO A LA VERDAD”
Y EL PROCESO PENAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

por Pablo Galain Palermo..... 249

**ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO INTERNACIONAL,
ESPECIALMENTE EN LO QUE SE REFIERE A LEYES PENALES**

por Ramiro J. García Falconí 283

**LAS APORTACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS
CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

por Alicia Gil Gil 311

**DOS CONCEPTOS IRRECONCILIAZABLES: PELIGROSIDAD
Y LEGALIDAD PENAL**

por José Luis Guzmán Dalbora..... 345

**LAS REPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

por Salvador Herencia Carrasco..... 381

**NE BIS IN IDEM E COISA JULGADA FRAUDULENTA.
A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

*por IBCCrim - Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado,
Maria Thereza Rocha de Assis Moura* 403

**ACERCA DE LA PRETENDIDA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA
DE LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS
HUMANOS PARA LOS TRIBUNALES JUDICIALES NACIONALES**

por Ezequiel Malarino..... 435

**ESTADO DE EXCEPCIÓN. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS.
GARANTÍAS JUDICIALES INDISPENSABLES NO SUSCEPTIBLES
DE SUSPENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

por Jaime E. Martínez Ventura 457

**BREVES NOTAS SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

por Juan Luis Modolell González..... 477

**LA IDEOLOGÍA PENAL DE CIERTOS PRONUNCIAMIENTOS
DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS: ¿GARANTÍAS PARA EL IMPUTADO,
PARA LA VÍCTIMA O PARA EL APARATO REPRESIVO DEL ESTADO?**

por Daniel R. Pastor..... 491

**AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS Y PRINCIPIO
DE COMPLEMENTARIEDAD: ¿DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA?**

por Elizabeth Santalla Vargas..... 517

**SEMINARIO EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL
BRUSELAS, 29 DE NOVIEMBRE AL 2 DE DICIEMBRE DE 2010**

por Salvador Herencia Carrasco..... 543

LOS AUTORES 569

Prólogo

Unas dos décadas después de que la llamada *ola de democratización* atravesara el continente latinoamericano, acompañada de la integración de derechos fundamentales amplios y ambiciosos en las Constituciones de la gran mayoría de los Estados, la defensa de los derechos humanos parece adquirir una nueva dinámica. América Latina se encuentra en una encrucijada: en algunas partes se observa una resignación democrática debido a que grandes sectores de las poblaciones no consideran que se hayan cumplido las promesas plasmadas en las nuevas Constituciones, ni en cuanto a los estándares democráticos ni en relación con los derechos fundamentales.

Curiosamente, eso sí, en ocasiones podría parecer que los ciudadanos decepcionados hicieron uso de sus derechos políticos para votar por un cambio radical a favor de una promoción, a toda costa y a corto plazo, de los derechos sociales y económicos tan anhelados durante décadas de pobreza y desigualdad, incluso si las nuevas vías llegaran a poner en cuestión las libertades condicionantes de la misma democracia: libertad de expresión, libertad de asociación, debido proceso y otras más. Ante tal trueque desesperado de derechos, tendiente a socavar las bases del Estado democrático de derecho, muchos buscan instrumentos para, por fin, darles a los derechos humanos la efectividad raramente alcanzada a pesar de las ideales promesas constitucionales.

Ese afán por el empoderamiento de los derechos humanos, insuficientemente cumplidos como derechos fundamentales (constitucionales), es entendible y plausible, pues se trata de la otra pieza angular del Estado democrático de derecho, que debe tener en el centro de su atención a la persona. En definitiva, el mensaje de los derechos humanos no es otro que *lo que importa es la persona*. El Estado no tiene función ni sentido si

no es para servir a las personas que lo conforman. Únicamente quien siente respetados sus derechos se podrá identificar con su Estado y contribuir a la prosperidad, la paz y el bienestar de la sociedad organizada en forma de Estado.

Esta constatación tan evidente para el verdadero demócrata necesita traducirse en unas verdaderas políticas públicas de derechos humanos, desde la actuación del funcionario público que da la cara al ciudadano en la administración local hasta el magistrado del Supremo Tribunal o los demás integrantes de los poderes constitucionales. Tales políticas públicas orientadas a la persona aún quedan por implementarse en América Latina (y no solamente aquí). Requieren del esfuerzo común de todos los sectores públicos y privados, reivindicado y apoyado activamente por una ciudadanía responsable.

Ante tal escenario no es sorpresa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reciba cada vez más atención, con su jurisprudencia ambiciosa y clara en al menos un sentido: los derechos humanos no son puros sueños o vagos lineamientos de actuación para el Estado. Los derechos humanos son derechos efectivos, y solamente como derechos efectivos podrán cumplir con su función original de generar una ciudadanía responsable que se identifica con la democracia y la conforma. La exigibilidad y efectividad de los derechos humanos es la pieza medular para el Estado democrático de derecho, construido y defendido para el bien de las personas.

En el ejercicio de una defensa efectiva de los derechos de la persona, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no prescinde de creatividad, innovación y una actitud que a veces rasca los límites de la convención (o Convención) y las sensibilidades de los Estados. Es por ello que su labor no solamente merece el aplauso del ciudadano demócrata y libre, sino también una crítica constructiva del académico demócrata. La Corte requiere atención de la ciudadanía y diálogo con ella, con los gobiernos y con las contrapartes judiciales. Cuanto más diálogo crítico constructivo, más prometedoras las posibilidades de que el objetivo del Estado democrático y social de derecho se haga realidad en todo este hermoso continente.

En este sentido, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en cooperación con el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen, tienen la satisfacción de presentar este segundo tomo con reflexiones de destacados juristas latinoamericanos y europeos, provenientes de un área del derecho muy necesitada de aplicación e interpretación conforme a los estándares internacionales de los derechos humanos. Una vez más, el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre

Derecho Penal Internacional logra una convergencia de conceptos de las áreas penal, internacional y de derechos humanos que demuestra su amplio horizonte científico y capacidad de innovación para el bien de la persona humana.

CHRISTIAN STEINER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica,
Fundación Konrad Adenauer

Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional

El Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional fue creado en el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen (República Federal de Alemania). Este grupo, que trabaja conjuntamente desde enero del 2002, cuenta actualmente con miembros de doce países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y otros estudiosos de Alemania, España e Italia.

Su objetivo principal es el análisis, desde una perspectiva de derecho comparado, del proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma, con especial atención en el ámbito latinoamericano. Otros temas de actualidad del derecho penal internacional también son objeto de estudio.

Los miembros se mantienen regularmente en contacto e informan cuatrimestralmente sobre el estado del proceso de implementación del Estatuto de Roma, así como sobre cualquier otro asunto de relevancia para el derecho penal internacional ocurrido en sus respectivos países.

Hasta el momento, el Grupo de Estudios ha finalizado siete investigaciones, publicadas en los siguientes volúmenes:

- *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), Montevideo:

Fundación Konrad Adenauer, 2003. Existe una versión reducida en portugués: *Persecução Penal na América Latina e Espanha*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), San Pablo: IBCCRIM, 2004.

- *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y España*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007; reimpreso en Bogotá: Temis, 2008.
- *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008; reimpreso en Bogotá: Temis, 2008.
- *Justicia de transición en América Latina*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009; reimpreso en Bogotá: Temis, 2010.
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.

En la reunión de Bruselas, desarrollada entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre de 2010, el Grupo discutió los trabajos que constituyen su octava obra, aquí presentada: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II.

La composición del grupo es actualmente la siguiente:

Coordinadores académicos

Prof. Dr. Kai Ambos, juez del Landgericht (Alemania)

Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina)

Coordinadora institucional

Gisela Elsner (Fundación Konrad Adenauer)

Referentes latinoamericanos

Prof. Dr. Alejandro Aponte (Colombia)
Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú)
Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica)
Dr. Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Dr. Ramiro García (Ecuador)
Prof. Dr. José Luis Guzmán (Chile)
Mág. Salvador Herencia (Perú)
Mág. César Alfonso Larangueira (Paraguay)
Lic. Jaime Martínez Ventura (El Salvador)
Prof. Dr. Juan Luis Modollel (Venezuela)
Mág. Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil)
Prof. Dr. Javier Dondé (México)
Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Argentina)
Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil)
Mág. Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia)
Prof. Dr. Marcos Zilli (Brasil)

Referentes internacionales

Prof. Dra. Alicia Gil Gil (España)
Prof. Dra. Emanuela Fronza (Italia)
Dra. María Laura Böhm (Alemania)

Referente de la Corte Penal Internacional

Dr. Alejandro Kiss (Argentina)

En esta obra presentamos los resultados de la segunda parte de la investigación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional referida a la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos y el derecho penal internacional.

El libro se compone de dieciocho trabajos que analizan, principalmente, aspectos generales del sistema interamericano de protección de derechos humanos y la relación entre este sistema o la jurisprudencia de sus órganos de protección y el derecho penal (internacional), tanto sobre temas sustanciales como procesales. Algunos trabajos examinan aspectos del sistema europeo de protección de derechos humanos y la relación entre este sistema, el derecho penal internacional y el sistema interamericano.

Los trabajos individuales que aquí se publican han sido expuestos y discutidos en el seminario internacional *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional (segundo encuentro)*, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, el Programa para el Diálogo Multinacional sobre Políticas de Desarrollo de la Oficina Europea de la misma Fundación (*Europabüro - Multinationanaler Entwicklungsdialog*) y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen de Alemania, y llevado a cabo en la ciudad de Bruselas los días 29 y 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2010. Un resumen del desarrollo de dicho seminario se incluye al final del libro; este resumen también fue publicado en la *Zeitschrift für International Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 2011, <www.zis-online.com>.

Deseamos agradecer en este lugar a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer por la organización y financiación del encuentro desarrollado en la ciudad de Bruselas, por la financiación de la presente publicación y por el constante apoyo que desde el año 2002 presta para la consolidación del Grupo de Estudios. Especialmente agradecemos a su exdirectora, Gisela Elsner, y a Manfredo Steffen por su eficiencia en las cuestiones organizativas. En segundo lugar, al Programa para el Diálogo Multinacional sobre Políticas de Desarrollo de la Oficina Europea de la misma Fundación y a su directora, Andrea Ostenheimer, por la organización y financiación del seminario de discusión desarrollado en la ciudad de Bruselas. En tercer lugar, a Héctor Olásolo por su participación durante el seminario de discusión. Por último, y especialmente, a quienes con sus trabajos hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Alejandro Aponte (Colombia), María Laura Böhm (Argentina/Alemania), Carlos Caro Coria (Perú), Alfredo Chirino (Costa Rica), Marcos Coelho Zilli (Brasil), Javier Dondé (México), Emanuela Fronza (Italia), Pablo Galain Palermo (Uruguay), Ramiro García (Ecuador), Alicia Gil Gil (España), Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Salvador Herencia (Perú), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Juan Luis Modolell (Venezuela), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil) y Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia).

Kai Ambos - Ezequiel Malarino
Göttingen, setiembre del 2011

Glosario de siglas

| | |
|-----------|---|
| ADECON | Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais |
| BGH | Bundesgerichtshof (Corte Federal de Justicia alemana) |
| BVerfG | Bunderverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional alemán) |
| CADH | Convención Americana de Derechos Humanos |
| CDH | Comité de Derechos Humanos de la ONU |
| CEDH | Convención Europea / Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales |
| CICGCLH | Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad |
| CIDFP | Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas |
| CIPSEVM | Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer |
| CIPST | Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura |
| CIPTPDF | Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas |
| CLH | crimen de lesa humanidad |
| CN | Constitución Nacional |
| COANA | Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. |
| Com EDH | Comisión Europea de Derechos Humanos |
| Com IDH | Comisión Interamericana de Derechos Humanos |
| Corte IDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CPI | Corte Penal Internacional |
| CPT | Comissão Pastoral da Terra |
| CSJM | Conselho Superior da Justiça Militar |
| CSJN | Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) |

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

| | |
|------------|---|
| CT-ONU | Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelos, Inhumanos o Degradantes |
| CVDT | Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados |
| DADDH | Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre |
| DDR | desarme, desmovilización y reintegración |
| DIDH | derecho internacional de los derechos humanos |
| DIFE | Divisão de Forças Especiais |
| DIH | derecho internacional humanitario |
| DINCOTE | Divisão Nacional contra o Terrorismo |
| EC | Elementos de los Crímenes |
| ECPI | Estatuto de la Corte Penal Internacional / Estatuto de Roma |
| ICLR | International Criminal Law Review |
| IJTJ | International Journal of Transitional Justice |
| MRTA | Movimiento Revolucionario Túpac Amaru |
| MST | Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra |
| OEA | Organización de los Estados Americanos |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| OPP | Ordenanza Procesal Penal alemana |
| PAC | Patrulha de Autodefesa Civil |
| PACADHDESC | Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Cultural |
| PACE | Police and Criminal Evidence Act |
| PCADHAPM | Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativos a la Abolición de la Pena de Muerte |
| PGN | Procuración General de la Nación (Argentina) |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| PRONAF | Programa Nacional de Agricultura Familiar |
| RPP | Reglas de Procedimiento y Prueba |
| SCJ | Suprema Corte de Justicia (Uruguay) |
| SEDH | sistema europeo de derechos humanos |
| SIDH | sistema interamericano de derechos humanos |
| StPO | Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana) |
| TEDH | Tribunal Europeo / Corte Europea de Derechos Humanos |
| TJ/PR | Tribunal de Justiça do estado do Paraná |
| TPI | Tribunal Penal Internacional |
| TPIR | Tribunal Penal Internacional para Ruanda |
| TPIY | Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia |
| UCN | União de Centro Nacional |
| UNASE | Unidade Nacional Anti-Extorsão e Sequestro |

EL PRINCIPIO DE COHERENCIA Y EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

César Alfonso

RESUMEN. En el ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de distintos institutos de derecho procesal penal. Entre estos cuentan el principio de coherencia y el principio *iura novit curia*. El tribunal interamericano ha interpretado ambos principios a la luz de las garantías contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente en los incisos *b* y *c* del artículo 8.2. El presente trabajo busca precisar los contornos de estos principios y las obligaciones a ellos vinculadas, atendiendo a la perspectiva brindada por el tribunal.

Palabras clave: jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, proceso penal, debido proceso legal.

ZUSAMMENFASSUNG. Bei der Ausübung seiner Gerichtskompetenz greift der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte auf mehrere Figuren des Strafprozessrechts zurück. Dazu gehören das Kohärenzprinzip und der Grundsatz *iura novit curia*. Der Interamerikanische Gerichtshof legt die beiden Grundsätze im Lichte der Garantien der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, insbesondere von Art. 8 (2) Abs. b und c, aus. Der vorliegende Beitrag beabsichtigt, von der Perspektive des Gerichts ausgehend den Geltungsbereich dieser Grundsätze und die mit ihnen verbundenen Verpflichtungen zu präzisieren.

Schlagwörter: Rechtsprechung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Strafprozess, rechtmäßiges Verfahren.

ABSTRACT. In exercise of its contentious jurisdiction, the Inter-American Court of Human Rights has dealt with different concepts of criminal procedural law. Among them are the principle of coherence or correlation between the charges and the judgment, and the *iura novit curia* principle. The Inter-American Court has interpreted both principles in the light of the

guarantees contained in the Inter-American Convention on Human Rights, specifically subsections b and c of Article 8.2. This study aims to delimit those principles and the corresponding obligations, based on the opinions provided by the Court.

Keywords: case law, Inter-American Court of Human Rights, criminal procedure, due process of law.

1 • Introducción

A lo largo del ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹ ha resuelto casos puestos a su conocimiento en los que se ha alegado la violación de derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a favor de personas sometidas a una persecución penal.²

Los Estados miembros de la CADH son libres de determinar el sistema procesal penal que consideren preferible, pero en la conformación y sustanciación de los procesos deben observar las garantías establecidas en la Convención.³ Es función de la Corte IDH determinar esta compatibilidad,⁴ por lo que sus decisiones contienen pautas a considerar para conformar, modificar, interpretar o aplicar el derecho interno.⁵

¹ La Corte IDH es un órgano judicial internacional autónomo creado por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 33 CADH). Posee una competencia consultiva y una competencia contenciosa (véanse los artículos 62, inciso 3, y 64, incisos 1 y 2, CADH).

² Véanse entre otros los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 22 y 25 CADH.

³ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala. Fonda, reparaciones y costas*, sentencia de 20 de junio de 2005, serie C, n.º 126, § 66.

⁴ Corte IDH, caso *Juan Humberto Sánchez*, sentencia de 7 de junio de 2003, § 120; caso *Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, § 189; caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, § 222.

⁵ El reconocimiento del valor de la jurisprudencia de la Corte IDH por los Estados no es uniforme. Puede apreciarse una tendencia a considerarla independientemente de que hayan sido parte en el caso concreto. Puede mencionarse, por ejemplo, la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, a partir del caso *Ekmedjian*, según la cual los poderes constituidos argentinos al momento de interpretar la CADH deben tener necesariamente en cuenta la interpretación y aplicación que sobre esta realiza la Corte IDH al resolver los casos sometidos a su competencia. Esto con independencia de que el Estado argentino haya sido parte en el proceso

La Corte IDH ha ido desarrollando, mediante la resolución de los casos mencionados en el primer párrafo, una jurisprudencia relativa a distintos institutos de derecho proceso penal.⁶

En el presente informe se tematiza una pequeña parte de este desarrollo, a saber, la referente al principio de coherencia y al principio *iura novit curia*.

La Corte IDH, al presente, se ha ocupado centralmente de ambos principios en una sola decisión,⁷ y los ha interpretado a la luz de las garantías judiciales consagradas en el artículo 8.2.*b* y *c* de la CADH.

A partir de las consideraciones vertidas en esta sentencia, de las remisiones en ellas realizadas y del alcance de las disposiciones citadas (expresado en otras decisiones), se busca precisar las obligaciones relacionadas con los mencionados principios, desde la perspectiva del tribunal interamericano.

2. Principio de coherencia

Como se ha adelantado, la Corte IDH ha basado su entendimiento del principio de coherencia teniendo en cuenta el contenido de las garantías judiciales del artículo 8.2.*b* y *c*⁸ de la CADH. El alcance de estas resulta, en consecuencia, relevante para la precisión de los contornos del principio.

2.1. Contenido y carácter

La Corte IDH, en oportunidad de resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*,⁹ enunció:

ante la Corte IDH. Véase también el § 20 (página 16) de la sentencia del 13 de julio del 2007 dictada en el recurso de hecho planteado en la causa *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*.

⁶ La Corte IDH se ha ocupado, por ejemplo, del concepto del juez natural, de la independencia e imparcialidad del juzgador, de la posibilidad de designar defensor y recibir su asistencia, de la estructura de la prueba, del recurso contra decisiones condenatorias, del valor conviccional de la confesión, etcétera.

⁷ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 65-80.

⁸ Artículo 8.2 CADH:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

“[...]

“b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

“c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; [...].”

⁹ La Corte IDH determinó, entre otras circunstancias, que el tribunal de sentencia que juzgó al ciudadano guatemalteco Fermín Ramírez modificó la calificación jurídica y también el contenido fáctico de la acusación sin

[...] el llamado principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.^{10 11}

Atendiendo al sentido de este enunciado, puede inferirse, en principio, cuanto sigue:

- El principio contiene una prohibición dirigida al juzgador de juzgar hechos o circunstancias distintas a las contempladas en la acusación.
- La *acusación* es, en el contexto del enunciado, el acto procesal en el que se produce la presentación formal y definitiva de los cargos en contra de una persona (acusación en sentido estricto).
- La *sentencia* es tanto aquella decisión determinante de primera instancia como aquella que es tomada en las instancias ulteriores; es decir, la prohibición se dirige tanto al juez de primera instancia como a aquellos llamados a entender en distintas etapas recursivas.

Esta perspectiva del contenido del principio ha variado (o ha sido complementada) si se considera la alusión que ha realizado la Corte IDH al resolver el caso *Barreto Leiva contra Venezuela*. En esta oportunidad, al explicitar el alcance del artículo 8.2.b CADH, el Tribunal Interamericano refirió:

[...] se garantizará el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al imputado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia [...].¹²

La Corte IDH emplea como sinónimas las expresiones *principio de coherencia* y principio de congruencia, lo que puede inferirse de la utilización indistinta de los términos en la decisión del caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*,¹³ así como de las remisiones que ha realizado en la decisión del caso *Barreto Leiva contra Venezuela*.¹⁴

observar el principio de congruencia; por este motivo llegó a la convicción de que las autoridades judiciales guatemaltecas violaron las garantías contenidas en el artículo 8.2.b y c de la CADH (Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 80, 138).

¹⁰ Ibídem, § 67 (última parte).

¹¹ Esta enunciación coincide con la que puede encontrarse usualmente en manuales de derecho procesal. Véase, por ejemplo, la enunciación contenida en Julio Maier: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1.^a reimp., 1999, p. 568.

¹² Corte IDH, caso *Barreto Leiva contra Venezuela. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, serie C, n.^o 206, § 28.

¹³ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 67 y 74.

¹⁴ Véase en este sentido la nota al pie 37 de la sentencia del caso *Barreto Leiva contra Venezuela* (cit. nota 12).

A partir de esta nueva enunciación puede inferirse que el principio contiene no solo una prohibición de juzgar hechos distintos a los contenidos en la acusación, sino también una prohibición de acusar hechos distintos de aquellos con base en los cuales el inculpado fue procesado o investigado.

El cumplimiento de las exigencias del principio es visto como necesario para la observancia de las obligaciones que surgen de los incisos *b* y *c* del artículo 8 CADH. En este sentido la Corte IDH ha expresado que el principio de coherencia constituye “un corolario indispensable del derecho de defensa”.¹⁵

Se parte de la base de que las disposiciones citadas contienen presupuestos básicos para el ejercicio de una defensa efectiva. Es necesario para esto conocer los hechos que se inculpan y contar con el tiempo y los medios para preparar una argumentación.

Consecuentemente el principio vincula a no apartarse en el marco de las decisiones determinantes del proceso de los hechos inculpados e informados, ya que el imputado solo sobre estos tuvo conocimiento, así como el tiempo y los medios para defenderse.

En cuanto al rol de la acusación en este contexto, la Corte IDH ha expresado que esta cumple el papel de describir la conducta imputada y esa descripción proporciona los datos fácticos que constituyen una referencia indispensable para que el inculpado pueda ejercer una defensa que el juzgador pueda considerar al momento de sentenciar.¹⁶

En el voto razonado, con relación a la sentencia sobre el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, el juez Sergio García Ramírez manifestó, además de la vinculación del principio de coherencia con el derecho de defensa, que este constituye una expresión de la división de poderes y caracteriza al sistema procesal penal acusatorio, por cuanto impide resoluciones judiciales al margen de la acusación formulada por un órgano ajeno e independiente al juzgador.¹⁷

2.2. Variación de los hechos inculpados

La observancia del principio de coherencia se encuentra estrechamente relacionada con el cumplimiento de las obligaciones que surgen de los incisos *b* y *c* del artículo 8 de la CADH.

En la precisión del alcance de estas disposiciones, la Corte IDH ha considerado, como se verá más adelante, la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos

¹⁵ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 68.

¹⁶ Ibídém, § 67.

¹⁷ Este documento se encuentra disponible en la página web de la Corte IDH: <<http://www.CorteIDH.or.cr>>.

Humanos (TEDH)¹⁸ del artículo 6.3.*a* y *b* del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).¹⁹

Estas disposiciones, así como las contenidas en el artículo 14.3.*a* y *b* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),²⁰ coinciden casi plenamente, en cuanto a su texto, con las de la Convención.

El inciso *b* del artículo 8.2 CADH consagra el derecho del inculpado a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada. La disposición hace referencia a la acusación en sentido estricto, es decir, al acto procesal en que “se produce la presentación formal y definitiva de cargos”, e igualmente, se entiende, hace referencia a la imputación o inculpación en la etapa de investigación.²¹ Respecto a esto último, la Corte IDH ha interpretado que el artículo 8.2.*b* CADH “rige incluso antes de que se formule una acusación en sentido estricto”²²

En un estadio procesal anterior a la formulación de una acusación (en sentido estricto), el artículo 8.2.*b* de la CADH requiere, desde la perspectiva de la Corte IDH, que como mínimo el investigado conozca con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen.²³ Para satisfacer la disposición, ya habiéndose formulado acusación, ha entendido el tribunal interamericano:

[Se] debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a

¹⁸ Principalmente en la decisión del caso *Pélissier y Sassi contra Francia*, 25444/94, 1999.

¹⁹ Artículo 6:

“Derecho a un proceso equitativo

”[...]

“3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

“a. A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

“b. A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa”.

²⁰ Artículo 14:

”[...]

“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

“a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

“b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; [...]”.

²¹ Corte IDH, caso *Barreto Leiva contra Venezuela* (cit. nota 12), § 31.

²² Ibídem, § 30.

²³ Ibídem, § 31.

formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos.²⁴

En la etapa de investigación, mediante el resultado de las pesquisas realizadas, es posible que se acremente la existencia de nuevos hechos o circunstancias no previstos en la notificación de los primeros cargos o de aquellos anteriormente realizados.

Ante esta circunstancia, en virtud al artículo 8.2.b CADH existe la obligación de comunicar o, mejor, de completar o modificar la comunicación. Esto es así, pues la Corte IDH ha entendido que el imputado debe poder defenderse desde un primer momento,²⁵ y el ejercicio de una defensa solo se entiende posible si se conocen los hechos atribuidos.

Los nuevos hechos o circunstancias comunicados pasan a formar parte de la imputación, y el principio de congruencia, según la enunciación realizada al resolver el caso *Barreto Leiva contra Venezuela*, requeriría que la acusación versara únicamente sobre la base fáctica que proporciona la nueva imputación. Los hechos en que se funda la acusación deben coincidir entonces con los que fueron motivo de la investigación y que se comunicaron al imputado en esta etapa.

En la resolución del caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, la Corte IDH centró su atención en variaciones de la base fáctica ocurridas en el marco de la sustanciación de un juicio oral.²⁶

Es posible que en este estadio procesal (así como en las etapas recursivas en los sistemas en que pueden volver a discutirse los hechos), al evacuar la prueba se acreden hechos no previstos en la acusación que merezcan ser considerados al momento de juzgar. Ante esta circunstancia, a fin de no afectar las posibilidades de defensa, las variaciones que se han dado deben comunicarse al acusado en virtud del artículo 8.2.b CADH.

El principio de coherencia requeriría que el juzgador no se apartara de estos nuevos hechos comunicados que pasan a integrar la acusación.

2.3. Entidad de la variación de los hechos imputados

Los hechos atribuidos en el marco de una acusación son comúnmente complejos, es decir, están compuestos a su vez de muy diversas circunstancias, por lo que es siempre

²⁴ Ibídem, § 28.

²⁵ Ibídem, § 29.

²⁶ Ibídem, § 75.

es posible que lo expresado en la acusación no se corresponda exactamente con las posteriores constataciones que se realizan en la vista principal. Se afirma incluso que ciertas desviaciones o variaciones de las circunstancias son de esperarse.²⁷

Cabe preguntarse entonces si omitir la comunicación de cada variación del contenido fáctico de la acusación significaría una lesión de los derechos contenidos en los incisos *b* y *c* del artículo 8.2 CADH.

La Corte IDH no ha hecho una distinción al respecto, lo que no significa que habría que responder necesariamente en forma afirmativa el planteamiento.

No tendría mucho sentido, por ejemplo, hablar de una afectación del derecho de defensa si la sentencia versa sobre circunstancias no contempladas en la acusación que son favorables al acusado.

Sería naturalmente un presupuesto, que las nuevas circunstancias sean indiscutiblemente beneficiosas. Este sería el caso, por ejemplo, de circunstancias que realizan los presupuestos de una causa de justificación, que eliminan o reducen la reprochabilidad, constituyen una excusa absolvatoria, etcétera.²⁸

Por el contrario, no podría considerarse favorable si ante nuevas circunstancias se sanciona por un hecho más leve, pero los presupuestos de este no estaban íntegramente incluidos en los presupuestos del hecho originalmente acusado (verbigracia, se acusa por homicidio doloso y se condena por homicidio culposo).²⁹

Además de las modificaciones favorables al acusado, cabe también el planteamiento respecto a aquellas variaciones que puedan calificarse de insignificantes.³⁰

De admitirse que un juzgamiento que versa sobre este tipo de variaciones no lesiona el artículo 8.2.*b* y *c* CADH, la solución de los casos concretos puede plantear ciertos problemas.

Esto es así ya que el significado de lo que se entiende por *desviación insignificante* o *desviación relevante* es impreciso. En otros términos, el conjunto de requisitos o razones que conforman el criterio de uso de estas expresiones no ofrece siempre suficientes

²⁷ Michael Hegmanns: "Zwischenverfahren und Vorbereitung der Hauptverhandlung", en Michael Hegmanns y Uwe Scheffler: *Handbuch zum Strafverfahren*, Múnich, 2008, p. 545.

²⁸ Julio Maier: *Derecho procesal penal* (cit. nota 11), pp. 575-576.

²⁹ Ibídem.

³⁰ Por ejemplo, el Código Procesal Penal de la República del Paraguay dispone en su artículo 386: "[...] la corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, se podrá realizar durante la audiencia [del juicio oral], sin que sea considerada una ampliación [de la acusación] [...]".

datos para determinar si cabe emplearlas en determinados contextos. Es decir, existen casos en los que la aplicabilidad de la expresión *desviación insignificante*) es dudosa.³¹

También el *hecho* en sentido procesal es vago. La indicación del sujeto, lugar, tiempo, objeto, modo, etcétera, sirven usualmente a su individualización (o juicio de identidad), pero estos a su vez son apreciados con base en criterios normativos como el de la *percepción natural* o el de la *imagen del hecho*, criterios que tampoco son absolutamente precisos.³²

Por ejemplo: si en la acusación se afirma que el autor disparó a una persona X a las 17:30 h y le causó la muerte y luego del debate se llega a la convicción de que el disparo se realizó a las 17.32 h, podría afirmarse (usualmente) que una variación de esta naturaleza es insignificante, que el hecho no ha variado en cuanto a su identidad y que *en esencia* sigue siendo el mismo. En el otro extremo, si la diferencia en la realización del disparo es de dos semanas, claramente no se afirmaría que la variación es insignificante. Ahora bien, definir a partir de cuántos minutos de diferencia la variación dejaría de ser insignificante es ya un planteamiento no tan fácil de responder.

La Corte IDH, como se ha dicho, ha tenido en cuenta la interpretación que el TEDH ha realizado del artículo 6.3.*a* y *b* CEDH. En este contexto el Tribunal Europeo sostiene una “doctrina de observación de conjunto”,³³ es decir, comprueba, atendiendo a todas las circunstancias del caso concreto, si el proceso en su conjunto ha sido justo o equitativo.³⁴

Desde esta perspectiva, un juzgamiento que se aparte levemente de los hechos en principio acusados y comunicados no representaría ya directamente una lesión de la disposición. Sería decisivo que a fin de cuentas la defensa no haya sido impedida en forma relevante por la adopción del nuevo contenido fáctico ni por la necesidad de un tiempo adicional de preparación. Se ha visto como suficiente que el acusado, a partir del curso del juicio o vista principal, haya podido reconocer los términos finales de la acusación.³⁵

La Corte IDH, al resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, ha entendido, a partir de la omisión de la comunicación de ciertas variaciones introducidas en la

³¹ Ricardo Guibourg, Alejandro Ghiglani y Ricardo Guarinoni: *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires: Eudeba, 1995, pp. 42, 48.

³² Uwe Hellmann: *Strafprozessrecht*, pp. 287-289.

³³ Kai Ambos: “Die Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 115, 2003, p. 611.6

³⁴ Jens Meyer-Ladewig: *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden: Nomos, 2011, 3.^a ed., p. 178.

³⁵ Walter Gollwitzer: *Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR Kommentar*, Berlin: De Gruyter Recht, 2005, p. 379.

sentencia condenatoria, que se ha privado al acusado de la certeza sobre la acusación (lesión del inciso *b* del artículo 8.2 CADH) y que esto fue un obstáculo para la preparación adecuada de la defensa (lesión del inciso *c* del mismo artículo).

En primer término, se ha señalado la modificación de los momentos subjetivos del autor, específicamente cuando se pasa la atención de un hecho culposo a uno doloso, y, en segundo término, circunstancias no mencionadas originalmente en la acusación que permitieron agravar la pena.

Respecto a lo mencionado en primer lugar, la Corte IDH expresó que el tribunal de sentencia tuvo por acreditado, a diferencia de lo expresado en la acusación del Ministerio Público, “[...] que la causa de la muerte [...] se debió a asfixia por estrangulamiento [...] y no como consecuencia de la violación de la menor de edad y pudo haber ocurrido que después de fallecida la víctima el señor Fermín Ramírez tuvo acceso carnal con el cadáver, convirtiéndose en una NECROFILIA”, y que consecuentemente este era “autor responsable del delito de ASESINATO³⁶ Y NO DE VIOLACIÓN CALIFICADA [...].”^{37 38}

³⁶ Artículo 132 CPG:

“Asesinato. Comete asesinato quien matare a una persona:

- “1) Con alevosía;
- “2) Por precio, recompensa, promesa, ánimo de lucro;
- “3) Por medio o con ocasión de inundación, incendio, veneno, explosión, desmoronamiento, derrumbe de edificio u otro artificio que pueda ocasionar gran estrago;
- “4) Con premeditación conocida;
- “5) Con ensañamiento;
- “6) Con impulso de perversidad brutal;

“7) Para preparar, facilitar, consumar y ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la inmunidad para sí o para sus copartícipes o por no haber obtenido el resultado que se hubiere propuesto al intentar el otro hecho punible;

“8) Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.

“Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo, se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa”.

³⁷ Artículo 175 CPG:

“Violación calificada. Si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida se impondrá prisión de 30 a 50 años.

“Se le impondrá pena de muerte, si la víctima no hubiere cumplido 10 años de edad”.

Artículo 173 CPG:

“Violación. Comete delito de violación quien yaciere con mujer, en cualquiera de los siguientes casos:

- “1. Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito;
- “2. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir;

“3. En todo caso, si la mujer fuere menor de doce años.

“En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años”.

³⁸ Corte IDH, caso Fermín Ramírez contra Guatemala (cit. nota 3), § 54.14

No coincide la dirección del dolo en ambos supuestos: en el primero, el *animus* es de mantener acceso carnal, del que resulta la muerte del sujeto pasivo; en el segundo, es de matar, en alguna de las formas o a través de alguno de los medios que la ley prevé a título de agravantes. El Tribunal de Sentencia dio por demostrados hechos no contenidos en la acusación: la muerte dolosa producida por “asfixia mediante estrangulamiento” y la posibilidad del acceso carnal posterior a la muerte. No podría entenderse que esto significa un simple cambio en la calificación jurídica del delito, sino implica hechos diferentes de los que constituyen Violación Agravada (artículo 175 del Código Penal). Así, se modificó la base fáctica establecida en la acusación, sin que el señor Fermín Ramírez pudiera ejercer defensa alguna al respecto [...].³⁹

La Corte IDH ha dado a entender, en lo pertinente, que la acusación del Ministerio Público hacía referencia a circunstancias fácticas que realizarían los presupuestos de una coacción sexual dolosa y la causación culposa de la muerte de la víctima, en tanto que en la sentencia fueron acreditadas circunstancias que realizarían los presupuestos de un homicidio doloso calificado y, con respecto a la coacción sexual, que no existía certeza de si los “actos sexuales” se dieron antes o después de la muerte, razón por la que la condena se fundó solamente respecto al homicidio.

La Corte IDH consideró, además, que las circunstancias relativas a la peligrosidad⁴⁰ del acusado que permitieron la agravación de la pena (a la pena de muerte) tampoco fueron expresadas en la acusación originalmente formulada por el Ministerio Público en contra de Fermín Ramírez, pese a lo cual tuvieron trascendencia en la sentencia y significaron igualmente un menoscabo al derecho de defensa y consecuentemente al principio de coherencia.⁴¹

2.4. Momento de la comunicación

La CADH, en el inciso *b* del artículo 8.2, no hace referencia expresa a la oportunidad en que la comunicación de los cargos debe ser realizada. En cambio, el artículo 14.3.*a* del PIDCP y el artículo 6.3.*a* de la CEDH disponen, respectivamente, que el

³⁹ Ibidem, § 76.

⁴⁰ El recurso a la peligrosidad en el Código Penal de Guatemala fue considerado por la Corte IDH como un ejercicio del ius puniendo sobre la base de las características personales del autor y no del hecho cometido, es decir, una sustitución del derecho penal de acto o de hecho por el derecho penal de autor, y como tal violatoria del artículo 9 de la CADH (Corte IDH, caso Fermín Ramírez contra Guatemala (cit. nota 3), § 94 ss., 138, de la sentencia).

⁴¹ Ibidem, § 81.

acusado debe ser informado sin demora de la acusación formulada y que la comunicación de la acusación debe realizarse en el más breve plazo.

La Corte IDH ha manifestado que el derecho de defensa necesariamente debe poder ser ejercido “desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible.⁴²

En la interpretación del artículo 6.3.a CEDH se ha expresado que esto se concreta, por ejemplo, cuando se toma conocimiento de la existencia de la inculpación en el marco del procedimiento, como sería el caso de una aprehensión o un allanamiento para la incautación de evidencias.⁴³ En este orden de ideas, surgiría la obligación de realizar la comunicación a partir del momento del señalamiento mencionado en el párrafo anterior, y, a fin de asegurar el derecho consagrado en el inciso c del artículo 8.2 CADH, esta comunicación debe ser realizada “sin demora” o “en el más breve plazo”, como disponen los documentos internacionales citados.

Con miras a la preparación de una defensa eficiente, es también razonable que, en el caso de una variación de los hechos originariamente atribuidos, la comunicación complementaria deba realizarse sin demora.

La Corte IDH ha expresado que, para que el inciso b del artículo 8.2 CADH cumpla con sus fines, “es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública”.

Desde una perspectiva similar, en la interpretación del artículo 6.2.a CEDH, se ha entendido que la comunicación cumple su finalidad si el inculpado, luego de recibir la información, ha tenido suficiente oportunidad para preparar su defensa.⁴⁴

Atendiendo a este punto de vista, podría argumentarse igualmente que la comunicación de una variación de la base fáctica del proceso es aún oportuna en tanto permita adaptar o modificar la defensa a los cambios operados, de manera que esta pueda ser puesta a consideración antes de una decisión determinante sobre los hechos.

En cuanto a la valoración del tiempo adecuado para la preparación o adaptación de la defensa, en caso de una variación de los hechos, adquieren un rol determinante las circunstancias o características del caso concreto e igualmente el estadio procesal en que este se encuentra.

Con relación a los medios para el ejercicio de la defensa, puede mencionarse el acceso del inculpado a las actuaciones, así como la intervención en el análisis de la prueba.

⁴² Corte IDH, caso Barreto Leiva contra Venezuela (cit. nota 12), § 29

⁴³ Walter Gollwitzer: *Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR Kommentar*, (cit. nota 35), p. 375.

⁴⁴ Ibídem, p. 377.

En el marco de la interpretación del inciso *b* del artículo 6.3 CEDH, se ha expresado, por ejemplo, que en caso de personas privadas de su libertad deben garantizarse las condiciones que permitan leer y redactar concentradamente; la posibilidad de consultar libremente con el defensor en forma oral o escrita, salvados los requerimientos de seguridad o las reglas del instituto de reclusión.⁴⁵ La conversación con el defensor debe tener lugar en forma confidencial, es decir, en principio no debe ser vigilada.⁴⁶

Al resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, la Corte, en consonancia con lo regulado en el derecho interno de este país,⁴⁷ expresó que “la necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación”.⁴⁸

2.5. Forma de la comunicación

La Convención no establece una forma específica en que debe realizarse la comunicación de la acusación al inculpado.

Tampoco el artículo 14.3.*a* ni el artículo 6.3.*a* CEDH requieren una forma específica al respecto. Se ha interpretado que, según el sentido de estas disposiciones, debe tratarse de una comunicación oficial al inculpado o a su defensor.⁴⁹

La Corte IDH, por su parte, ha señalado que la información referida a la acusación “debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos”.⁵⁰

La comunicación debe ser oficial y directamente realizada, es decir, no bastaría para cumplir con la Convención que el inculpado haya tomado conocimiento a través de los medios de comunicación de información que le permita deducir los cargos. El inculpado tiene derecho a conocer concretamente los términos de la inculpación, a fin

⁴⁵ TEDH, caso *Mayzit contra Rusia*, 63378/00, 2005, § 81.

⁴⁶ TEDH, caso *Ócalan contra Turquía*, 46221/99, 2003.

⁴⁷ Artículo 373 CPPG:

“En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.

“Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación”.

⁴⁸ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 74.

⁴⁹ Walter Gollwitzer: *Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR Kommentar*, (cit. nota 35), p. 379.

⁵⁰ Corte IDH, caso *Barreto Leiva contra Venezuela* (cit. nota 12), § 28.

de evitar la incertidumbre y el margen de error que las conjeturas pueden determinar.⁵¹ Tampoco sería suficiente en principio la mera posibilidad de tener acceso a las actuaciones.⁵²

Una comunicación relativa a una variación de la base fáctica debería reunir igualmente los estándares mencionados.

Además de estos presupuestos debe atenderse a lo que concretamente dispone el derecho interno. Al resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, la Corte IDH tuvo en consideración las figuras de la acusación alternativa⁵³ o la ampliación de la acusación,⁵⁴ previstas en el Código Procesal de Guatemala, a los efectos de promover la modificación del objeto del proceso.⁵⁵

3 • *Iura novit curia*

El principio *iura novit curia* expresa, en el ámbito del proceso penal, que el tribunal llamado a juzgar no se encuentra vinculado a la calificación jurídica propuesta en la acusación, o, en otros términos, que el tribunal puede calificar estos hechos de una manera distinta.⁵⁶

⁵¹ Ibídem, § 47.

⁵² TEDH, caso *Mattoccia contra Italia*, 23969/94, 2000, § 65.

⁵³ Artículo 333 CPPG:

"El Ministerio Público, para el caso de que en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que fundan su calificación jurídica principal, podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta".

⁵⁴ Artículo 373 CPPG:

"Ampliación de la acusación. Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modifique la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integrare la continuación delictiva.

"En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.

"Los hechos o circunstancias sobre los cuales versa la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación".

⁵⁵ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 74, 71.

⁵⁶ Julio Maier: *Derecho procesal penal* (cit. nota 11), p. 569.

La Corte IDH ha reconocido esta facultad de los tribunales, pero ha expresado que ella “debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho defensa”.⁵⁷

3.1. Armonía con el principio de coherencia

La Corte IDH ha afirmado que el órgano juzgador puede modificar la calificación jurídica del hecho propuesta en la acusación, sin afectar el derecho de defensa, siempre que mantenga sin variación la base fáctica.⁵⁸

Al resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, reprobó, en este orden de ideas, el actuar del tribunal de sentencia guatemalteco; afirmó que este “[...] no se limitó a cambiar la calificación, sino modificó la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia”.⁵⁹

El tribunal interamericano ha pretendido señalar de esta manera que un cambio de calificación no debe encubrir o esconder una modificación del contenido fáctico de la imputación.

3.2. Cambio de calificación y derecho de defensa

La Corte IDH ha expresado, además, que para llevar a cabo una nueva calificación es necesario observar las garantías procesales previstas en la ley.⁶⁰ Atendiendo al sentido de la afirmación, el tribunal, hizo referencia a las disposiciones del derecho interno.

Esta remisión no significa, sin embargo, que la facultad de los tribunales deba interpretarse únicamente con base en lo regulado en la ley procesal nacional, sino que debe atenderse también a las disposiciones de la Convención, específicamente las contenidas en los incisos *b* y *c* del artículo 8.2 CADH.

A partir de estas disposiciones, como se verá en detalle, surge también, ante un posible cambio de la calificación jurídica, la obligación de una comunicación y de conceder un tiempo y medios adecuados para la adaptación de la defensa.

⁵⁷ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 74.

⁵⁸ Ibídem, § 67.

⁵⁹ Ibídem, § 75.

⁶⁰ Ibídem, § 67.

Existen ordenamientos jurídicos nacionales que requieren que los tribunales adviertan al inculpado sobre la posible modificación de la calificación contenida en la acusación y que prevén los mecanismos para la correspondiente preparación.⁶¹

Es también posible, sin embargo, que el derecho interno permita a los tribunales modificar la calificación sin más trámite.⁶² En estos casos habría que interpretar esta facultad observando además las garantías establecidas en el artículo 8.2.*b* y *c* CADH.⁶³

3.3. Comunicación del cambio de calificación

La Corte IDH ha interpretado, como se ha visto, que comunicar previa y detalladamente la acusación, de conformidad con el artículo 8.2.*b* CADH, significa informar al interesado, además de las acciones u omisiones que se le imputan, las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a los hechos.⁶⁴

La comunicación sobre la caracterización legal o calificación jurídica de los hechos atribuidos es vista así también como un presupuesto para que el inculpado se encuentre en condiciones de preparar eficientemente su defensa.

Ante un posible cambio de la calificación, en primera instancia o en las ulteriores, surge consecuentemente la obligación de comunicar al inculpado esta posibilidad, a fin de no limitar sus posibilidades de defensa. Al comunicar la posibilidad de modificación se ha entendido que se debe informar cuál podría ser la nueva calificación legal.⁶⁵

La Corte IDH cita en la sentencia del caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* la decisión del TEDH en el caso *Pélissier y Sassi contra Francia*.

En el caso puesto a conocimiento del Tribunal Europeo, los afectados, François Pélissier y Philippe Sassi, ciudadanos franceses, fueron acusados por la comisión del

⁶¹ Artículo 374 CPPG:

"Advertencia de oficio y suspensión del debate. El Presidente del Tribunal advertirá a las partes sobre la modificación posible de la calificación jurídica, quienes podrán ejercer el derecho consignado en el artículo anterior".

Véase el artículo 373 CPPG (cit. nota 54).

⁶² Este parece ser el caso del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, si se considera el texto del artículo 401:

"401. Sentencia y acusación. En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad".

⁶³ En este sentido Alberto Bovino: *Principio de congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana*, <<http://www.pensamientopenal.com.ar/49humanos.pdf>> (1.8.2010).

⁶⁴ Corte IDH, caso *Barreto Leiva contra Venezuela* (cit. nota 12), § 28.

⁶⁵ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 73.

delito de quiebra fraudulenta y en primera instancia absueltos. En la instancia de apelación, el tribunal (Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence) realizó una valoración diferente del grado de participación y condenó a los afectados por complicidad en el hecho punible señalado.⁶⁶

El Tribunal Europeo entendió que los derechos de los afectados a ser informados detalladamente de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra ellos, así como de disponer del tiempo y las oportunidades necesarias para preparar su defensa, fueron afectados, y consecuentemente fue lesionado el artículo 6.3.*a* y *b* CEDH, que prescribe requerimientos para un proceso equitativo.⁶⁷ Para justificar esta afirmación el TEDH realizó las siguientes consideraciones:

El artículo 6.3 *a*) CEDH expresa en forma clara la necesidad de tener especial diligencia al momento de comunicar al acusado la acusación. La acusación juega en el proceso penal un rol determinante: En el momento de su comunicación se pone formalmente a conocimiento del imputado los fundamentos fácticos y jurídicos de los cargos formulados en su contra [...]. El artículo 6.3 *a*) CEDH otorga al acusado el derecho no solo a ser informado de la causa de la acusación, es decir de los actos que supuestamente ha cometido y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación legal dada a esos actos. Esta información debe ser detallada, tal como correctamente sostuvo la Comisión.

El alcance de esta disposición debe ser determinada, en particular, a la luz del derecho más general a un juicio justo, garantizado por el artículo 6.1 de la CEDH [...]. La Corte considera que, en cuestiones penales, el precepto concerniente a una información completa y detallada de los cargos formulados contra el imputado y, consecuentemente, a la calificación legal que el Tribunal pueda adoptar al respecto, constituye un presupuesto esencial para asegurar que los procedimientos sean justos.⁶⁸

Ante la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence, en momento alguno los acusados fueron impuestos por las autoridades sobre un eventual juzgamiento en relación con una complicidad en la quiebra. El Tribunal Europeo ha establecido que las peticiones adicionales del acusador particular fueron presentadas antes de la vista oral, aunque no se acreditó que hubieran sido entregadas efectivamente a los acusados o a su abogado, ni transmitidas posteriormente. Los afectados admitieron que el representante de la acusación particular expresó al pasar la posibilidad de valorar el contenido fáctico como complicidad en la quiebra, pero quedó establecido que ni el tribunal de apelación ni el

⁶⁶ TEDH, caso *Pélissier y Sassi contra Francia* (cit. nota 18).

⁶⁷ Ibídem, § 63.

⁶⁸ Ibídem, § 51-52.

representante del Ministerio Público en el curso del debate expresaron esa posibilidad ni abordaron el argumento de la acusación particular.⁶⁹

En atención a estas circunstancias, el Tribunal Europeo entendió que no se había demostrado que los acusados hubieran tenido conocimiento de la posibilidad de una nueva valoración de los hechos como complicidad en la quiebra por el tribunal de apelaciones. Atendiendo a “la necesidad de tener especial diligencia al momento de comunicar al acusado la acusación”, y en vista del rol determinante que juega la acusación en el proceso penal, el Tribunal Europeo fue del parecer de que ninguno de los argumentos del Estado, en conjunto o por separado, convencían sobre la observancia de las disposiciones del artículo 6.3.a CEDH.⁷⁰

El Tribunal Europeo, en algunos casos, ha entendido conciliable con el artículo 6.3.a CEDH la modificación de la valoración jurídica de la conducta del acusado sin una comunicación previa. Para esta determinación tiene como relevante que el acusado haya contado con suficiente oportunidad de defenderse ante la nueva valoración. Esto se ha afirmado, por ejemplo, cuando existe la posibilidad de que el juzgamiento, que modifica la calificación pueda ser revisado nueva e íntegramente por otro tribunal.⁷¹

Una calificación jurídica diferente de la conducta acusada, realizada en una instancia superior, consistente en la adopción de una circunstancia agravante, ha sido considerada conciliable con el artículo 6.3.a CEDH cuando el acusado pudo preverla.⁷²

Tampoco se ha considerado lesionada la disposición citada en un caso en que la calificación contenida en la acusación hacía referencia a determinada circunstancia agravante y luego el tribunal sentenció considerando otra circunstancia agravante.⁷³

3.4. Tiempo y medios adecuados

En lo atinente a la interpretación del derecho contenido en el artículo 8.2.c CADH, la Corte IDH ha hecho igualmente útiles las reflexiones del TEDH en el caso citado en el punto anterior.⁷⁴ El Tribunal Europeo expresó en este sentido:

⁶⁹ Ibídem, § 55.

⁷⁰ Ibídem, § 56.

⁷¹ TEDH, caso *Dallos contra Hungría*, 29082/95, 2002, § 47; TEDH, caso *Sipavicius contra Lituania*, 49093/99, 2002, párrs. 30.

⁷² TEDH, caso *De Salvador Torres contra España*, 21525/93, 1996, § 32 ss.; véase también TEDH, caso *Drassich contra Italia*, 25575/04, 2007, § 37 ss.

⁷³ TEDH, caso *Gea Catalán contra España*, 19160/91, 1995, § 29.

⁷⁴ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 69 y 77.

[...] que los sub-párrafos a) y b) del artículo 6.3 CEDH están conectados y que el derecho a ser informado sobre la naturaleza y la causa de la acusación debe ser considerado a la luz del derecho del imputado de preparar su defensa.⁷⁵

En cuanto a esto último, se ha mencionado que la Corte de Apelaciones francesa debió haber provisto a los acusados de la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa de una manera práctica y, en particular, oportuna.⁷⁶

Para lograr este fin, se ha puesto como ejemplo, pudo haberse aplazado la audiencia para recibir posteriormente la argumentación de los acusados o, alternativamente, habérseles requerido que presentaran observaciones escritas mientras la Corte de Apelaciones deliberaba.⁷⁷

4. Conclusión

La Corte IDH ha considerado que el principio de coherencia constituye un corolario indispensable del derecho de defensa, una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, y que los Estados tienen que observarlo en cumplimiento de las obligaciones que surgen de los incisos *b* y *c* del artículo 8.2 CADH.

El principio contiene una prohibición de sentenciar hechos distintos a los contenidos en la acusación e igualmente de acusar sobre hechos distintos a los que fueron objeto de la investigación.

Ante la variación del objeto del proceso revelada por el resultado de las pesquisas, en la sustanciación de la vista principal o en las etapas ulteriores, surge a partir del inciso *b* del artículo 8.2 CADH la obligación de una nueva comunicación sin demora (o cuando menos oportuna), y a partir del inciso *c* la de conceder el tiempo y los medios adecuados para la adaptación de la defensa.

Las variaciones del objeto del proceso ocurridas en el debate y con la posibilidad de trascender a la sentencia justifican, en conexión con lo mencionado en el párrafo anterior, la suspensión del debate y un nuevo interrogatorio del acusado.

⁷⁵ TEDH, caso *Pélissier y Sassi contra Francia* (cit. nota 18), § 54.

⁷⁶ Ibídem, § 62.

⁷⁷ Ibídem.

Entre estas variaciones se han concretado aquellas referidas a los momentos subjetivos del autor, específicamente cuando surgen circunstancias que pasan la atención de un hecho culposo a un hecho doloso, y aquellas referidas a variaciones de circunstancias que permiten agravar la pena.

Por otra parte, la Corte IDH ha reconocido el principio *iura novit curia*, es decir, la facultad del juez de recurrir a una calificación jurídica distinta a la de la acusación.

Entiende, sin embargo, que esta facultad se encuentra condicionada al respeto del principio de coherencia y al respeto del derecho de defensa.

Con lo primero se hace referencia a que el cambio de calificación no debe esconder una modificación de la base fáctica de la acusación; con lo segundo, a que la facultad se halla condicionada a que se comunique al acusado la posible modificación y se le otorguen el tiempo y los medios adecuados para la correspondiente preparación.

En este último sentido, han sido consideradas la posibilidad de suspender el debate y la posibilidad de presentar argumentaciones por escrito.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

¿TRIBUNAL TÍMIDO Y TRIBUNAL AUDAZ?

Kai Ambos y María Laura Böhm

RESUMEN. El texto analiza la jurisprudencia del TEDH para determinar la línea interpretativa que este ha venido definiendo en sus sentencias relativas a violaciones de derechos humanos en el marco de investigaciones del ámbito penal. El análisis se realiza contrastando parcialmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo con la de su par latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se revisa y refuta la tesis que afirma que el primero se comporta en forma tímidamente al momento de juzgar a los Estados, mientras que la última lo hace en forma audaz. En el artículo se explican la tesis mencionada (1) y el alcance y el método interpretativo expresamente aplicado por el TEDH en sus fallos (2), y se examina la interpretación dada por el TEDH a derechos fundamentales (sustantivos y procesales respectivamente) en el marco de procesos penales (3 y 4). Se concluye que el TEDH ha ampliado paulatinamente con sus fallos el ámbito de protección reconocido a la Convención Europea de Derechos Humanos, lo que pone en cuestión el mote de *tímido* que le han atribuido algunos autores (5).

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, jurisprudencia, protección de los derechos fundamentales, proceso penal, Europa.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag befasst sich mit der Rechtsprechung des EGMR und versucht herauszufinden, welche Interpretationslinie dieser in seinen Urteilen zu Menschenrechtsverletzungen im Rahmen seiner strafrechtlichen Untersuchungen entwickelt hat. Die Analyse erfolgt auf der Grundlage einer teilweisen Gegenüberstellung der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs und der seines lateinamerikanischen Pendants, des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Dabei wird die These, ersterer trete bei der Beurteilung von Staaten zurückhaltend auf, während das Verhalten des letzteren gewagt sei, überprüft und widerlegt. Im Artikel wird die genannte These (1) sowie der vom EGMR gewählte Geltungsbereich und die ausdrücklich genannte

Auslegungsmethode erläutert (2) und die Grundrechte-Auslegung des EGMR (in materieller und prozessrechtlicher Hinsicht) untersucht (3 und 4). Der Beitrag kommt zu dem Schluss, dass der EGMR mit seinen Entscheidungen allmählich den der Europäischen Menschenrechtskonvention zugestandenen Schutzbereich erweitert hat, weshalb die ihm von einigen Autoren unterstellte Zurückhaltung bezweifelt werden muss (5).

Schlagwörter: Internationales Recht der Menschenrechte, Rechtsprechung, Grundrechtsschutz, Strafprozess, Europa.

ABSTRACT. The case law of the ECHR is analysed to determine the line of interpretation which the Court has provided in its decisions on human rights violations in the context of criminal investigations. A partial comparison is made between the decisions of the European Court and those of its Latin American peer, the Inter-American Court of Human Rights. The article reviews and refutes the thesis that the first of these courts is timid when it comes to passing judgment on the States, while the second is bold. This study provides explanations for (1) the abovementioned thesis, (2) the scope and the interpretative method clearly applied by the ECHR in its rulings, and an examination of the ECHR's interpretation of fundamental rights (both substantive and procedural) in the context of criminal proceedings (3 and 4). It concludes (5) that through its decisions the ECHR has gradually extended the scope of protection under the European Convention on Human Rights, so that its labelling as timid by some authors may be contested.

Keywords: international human rights law, case law, protection of fundamental rights, criminal procedure, Europe.

1 • Introducción

El texto de una convención puede ser interpretado en forma restrictiva o en forma extensiva. En el primer caso se tratará de un apego fiel y detallado a la letra de la ley y de la voluntad de los Estados firmantes puesta de manifiesto al momento y de acuerdo a las circunstancias propias de la época en que se llevaron a cabo las correspondientes tratativas; en el segundo caso, se recurrirá al fin de la norma y se intentará adaptar la letra del texto a la situación concreta y a los tiempos actuales, es decir, se hará una interpretación dinámica del texto convencional. Mientras que en el primer caso puede resaltarse como positivo que el principio de legalidad se verá más fuertemente respetado —incluso aunque esto sea en

desmedro de una solución “satisfactoria” al caso concreto—, en el segundo caso, es decir, cuando se realice una interpretación más bien dinámica del texto, el aspecto positivo residirá en que siempre o casi siempre se encontrará una solución a la controversia concreta que deba resolverse— aunque esto vaya en desmedro de la literalidad del texto—.¹ Respecto de las convenciones de derechos humanos, que son interpretadas en última instancia por los respectivos tribunales de derechos humanos, los que definirán la línea interpretativa serán tanto estos tribunales como los Estados partes al implementar e interpretar en el ámbito nacional los derechos establecidos en dichas convenciones.

2. Tribunal tímido y tribunal audaz

Según una tesis formulada por Armin von Bogdandy² respecto de la tarea e interpretación desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), este sería un tribunal audaz, mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sería un tribunal tímido. La Corte IDH sería audaz porque sus decisiones tienen un efecto directo, porque la Corte anula normas nacionales (por ejemplo, amnistías), decide casos importantes (políticamente delicados) y es una institución reciente (no consolidada). Von Bogdandy tiene razón en cuanto a su análisis de la pretensión jurisdiccional de la Corte. De hecho, la Corte, en resumidas cuentas, se ha convertido en una cuarta instancia (una *Superrevisionsinstanz*) que interpreta la Convención como una Constitución de los Estados Americanos (“control de convencionalidad”) de la cual se derivan obligaciones con efecto directo y sobre todo muy concretas de los Estados miembros. Si bien la Corte acepta que está vinculada por la

¹ Cf. por todos sobre las reglas de interpretación de convenciones Richard K. Gardiner: *Treaty interpretation*, Oxford: OUP, 2008, pp. 141 ss., sobre el desarrollo histórico de las reglas de interpretación véanse pp. 51 ss. Debe tenerse presente que las pautas orientadoras para la interpretación de los tratados están dadas fundamentalmente por la Convención de Viena de 1969 (artículo 31), de la cual se desprenden como niveles de interpretación la letra de la convención, su objeto y fin, el contexto, los acuerdos ulteriores entre las partes, las prácticas ulteriores relativas a la aplicación del tratado, y en forma complementaria todo otro medio, incluidos los trabajos preparatorios, a fin de confirmar interpretaciones hechas a partir de lo dispuesto en el artículo 31 o para esclarecerlas en caso de ambigüedad o contradicción. Véase al respecto Anne Peters: *Einführung in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, München: Beck, 2003, pp. 17 ss.; cf. sobre la aplicación de la Convención de Viena en la interpretación de los tratados de derechos humanos el estudio de María Angélica Benavides Casals: *Die Auslegungsmethoden bei Menschenrechtsverträgen: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2010, pp. 26 ss., 69 ss.

² Ponencia del día 5 de octubre en el Simposio Humboldt, *Internacionalización del derecho constitucional - Constitucionalización del derecho internacional*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 4 al 6 de octubre del 2010.

Convención, a menudo llega a exceder los parámetros de una interpretación admisible tal como está prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³ —y tal vez en tal exceso resida la baja cuota de cumplimiento de sus sentencias—.⁴ Ya ha habido voces que advierten acerca de sus tendencias antidemocráticas (por ejemplo, al imponer en sus sentencias la obligación de sancionar una nueva ley, independientemente de la voluntad parlamentaria democráticamente legítima en el ámbito nacional)⁵ y antiliberales (por ejemplo, al interpretar la Convención contra el imputado y así en contra de principios liberales como los de legalidad e *in dubio pro reo*).⁶ No obstante estas críticas, entendemos que la calificación realizada por Von Bogdandy no se sostiene plenamente.

Antes de adentrarnos en el análisis del TEDH, es conveniente contextualizar esta comparación ofreciendo algunas reflexiones sobre la Corte IDH. La afirmación de que

³ Véanse los argumentos y ejemplos brindados en Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y protección internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 25 ss.

⁴ Según manifestaciones de la jueza Medina Quiroga en marzo del 2009, solo el 12 % de las sentencias de la Corte IDH fueron plenamente cumplidas por los Estados en todos sus puntos. El ámbito donde mayor incumplimiento se advierte es el relacionado con las sentencias a "investigar, procesar y eventualmente condenar a culpables de violaciones muy graves de derechos humanos" (cf. <<http://www.ultimahora.com/notas/208940-S%C3%B3lo-12%20-de-sentencias-de-la-Corte-Interamericana-son-cumplidas>>). Por su parte, sobre la cuota de cumplimiento de las sentencias del TEDH se ha dicho que el porcentaje es del 97 % (según un reporte del Consejo de Europa de 2006), aunque, como el mismo autor que cita este informe críticamente señala, no es claro qué criterio se ha tomado para definir qué reacción estatal puede considerarse como cumplimiento de una sentencia ni para elaborar tal cifra, sin duda difícil de aceptar (cf. Robert Esser: "Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte", en Heiko Ahlbrecht et al. (comp.): *Internationales Strafrecht in der Praxis*, Heidelberg: Müller, 2008, pp. 1 ss., aquí p. 90). Teniendo en cuenta el número de sentencias que anualmente dicta el Tribunal (en el 2010 fueron 14991), dicho porcentaje resulta ciertamente aún más dudoso (cf. el *Council of Europe Annual Report 2010 - European Court of Human Rights*, enero 2011, disponible en <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F2735259-F638-4E83-82DF-AAC7E934A1D6/0/AnnualReport2010.pdf>>). Sobre las dificultades y la sobrecarga sufrida por el TEDH véase Georg Ress: "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Grenzen seiner Judikatur", en Meinhard Hilf, Jörn Axel Kämmerer y Doris König (comps.): *Höchste Gerichte an ihren Grenzen*, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, pp. 55-85; este autor advierte sobre el imposible procesamiento de las entre 4000 y 5000 denuncias mensuales ingresadas al TEDH, de las cuales quedan alrededor de 1000 sin atención, lo que suma alrededor de 12.000 anuales (que se acumulan a los entre 70.000 y 80.000 casos no cerrados existentes ya en el año 2007 [p. 74]). Para un detallado informe estadístico de los procesos llevados por el TEDH entre 1955 y 2006 (diferenciados según país, derecho afectado, decisión de mérito) véase el Apéndice ("Overwiev of the Activity of the European Court of Human Rights") en Helen Keller y Alec Stone Sweet (comps.): *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2008, pp. 713-842.

⁵ Adviértase que este tipo de sentencias se encontraría entre aquellas que con menos frecuencia son plenamente cumplidas por los Estados (cf. *supra* nota 4). Véase como caso de contraste un análisis sobre la positiva influencia del TEDH sobre los principios del Estado de Derecho sostenidos por los Estados europeos así como por la Unión Europea a escala regional, principios que se ven influidos y fortalecidos por la jurisprudencia del Tribunal, en John Callewaert: "Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union", en Peter-Christian Müller-Graff y Dieter H. Scheuing (comp.): *Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2008, pp. 177-186.

⁶ Cf. Malarino (*cit. nota* 3), pp. 25 ss.

se trata de un tribunal audaz presupondría que la Corte ha tenido que ir más allá de lo que ella esperaba, *en contra* de las voluntades de los Estados partes, y esto no ha sucedido en América Latina. En 1988, cuando la Corte estableció el deber estatal de investigar y castigar a quienes violaran los derechos humanos en la sentencia central en el caso *Velásquez Rodríguez*,⁷ los procesos de transición de las dictaduras a las democracias en el Cono Sur y en Centroamérica ya habían comenzado.⁸ En este período se recuperó y reforzó el movimiento de derechos humanos y con ello el reclamo de justicia y castigo⁹ a los responsables de las violaciones graves de estos derechos cometidas durante las dictaduras de las décadas anteriores.¹⁰ La Corte —si bien con ciertas excepciones, como las de Perú¹¹ y Venezuela,¹² en que precisamente se trataba de situaciones actuales— fue

⁷ *Velásquez-Rodríguez contra Honduras*, Corte IDH, fallo 29.7.1988, § 162 ss., 166, 174.

⁸ Véase sobre este período el trabajo fundamental de Javier Chinchón Alvarez: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Madrid: Universidad Complutense, 2007, *passim*.

⁹ Desde la mencionada sentencia *Velásquez-Rodríguez contra Honduras* (cit. nota 7), luego nuevamente por ejemplo en el conocido caso *Almonacid Arellano et al. contra Chile* (fallo 26.9.2006, serie C, n.º 154, § 110) y hasta la reciente sentencia *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil* (fallo 24.11.2010, serie C, n.º 219, § 140): “La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. [...] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación [...].” En el mismo sentido, más recientemente el *Human Rights Committee* (HRC), en su *general comment* 31, identificando “obligaciones positivas” en el artículo 2 (1) PIDCP y exigiendo “medidas adecuadas o [...] la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado” por violaciones al PIDCP cometidas por órganos estatales, así como por “particulares o entidades privadas” (§ 8); en cuanto al artículo 2 (3) PIDCP, el HRC exige “recursos [...] eficaces”, “mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos” para dar efecto a la “obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez” (§ 15); además, los “Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia”, especialmente en casos de graves violaciones como tortura, asesinato arbitrario y desaparición forzada (§ 18).

¹⁰ Este movimiento recibió apoyo de varios gobiernos del viejo sistema occidental y de organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, y sobre todo se ensambló con la refundación del movimiento internacional para una justicia penal internacional, que se reinició con la caída del muro de Berlín y el fin de la vieja confrontación de bloques. Cf. Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2006, § 6, nm. 25. En detalle sobre la importancia de la caída de la cortina de hierro (y del muro en Alemania, el proceso llamado *die Wende*) para el DPI véase Frank Neubacher: *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 372 ss.

¹¹ Con motivo de la intervención de la Corte en contra de la persecución sufrida por jueces del Tribunal Constitucional peruano a partir de 1992, en 1999 el gobierno de Fujimori decidió en forma intempestiva no someterse a la Corte y retirar su consentimiento a la competencia contenciosa de esta mediante la resolución legislativa n.o 27152, del 8 de julio de 1999, la cual fue declarada inadmisible por la Corte IDH en su sentencia *Tribunal Constitucional contra Perú*, del 24 de septiembre de 1999. En el 2007 también el presidente Alan García se mostró reticente frente a la sentencia de la Corte en el caso de la *Matanza del penal Castro* (cf. *El Comercio*, Lima, 10.1.2007, <http://elcomercio.pe/ediciononline/html/2007-01-10/onEcPolitica0648819.html>; véase también

¹² Debido al informe “Democracia y derechos humanos en Venezuela”, aprobado por la Comisión Interamericana (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009) y dado a conocer en febrero de 2010, donde se identifica la restricción por el gobierno venezolano del pleno goce de los derechos humanos —fundamentalmente aquellos relacionados con la libertad de expresión—, el presidente venezolano Hugo Chávez amenazó con denun-

considerada aliada de los nuevos gobiernos democráticos latinoamericanos frente al juzgamiento de los hechos del pasado. Por un lado, los representantes estatales no discutieron, en general, sobre los requisitos de admisibilidad (por ejemplo, sobre el agotamiento de los recursos internos); por otro, en más de una oportunidad se solicitó a la Corte tomar ciertas decisiones en favor de la política de derechos humanos nacional. En otras palabras, la Corte y los nuevos gobiernos, en principio, persiguieron la misma política pro derechos humanos, lo cual sin duda resta *audacia* a la actividad de la Corte.

En una suerte de trabajo comparativo, el presente estudio analiza cuál es la forma interpretativa de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) que sigue el TEDH. ¿Es la jurisprudencia del TEDH *tímida* cuando se trata de proteger los derechos humanos de los habitantes de Europa, fundamentalmente de aquellos involucrados en causas penales, ya sea como víctimas o como ofensores? El análisis se centrará específicamente en el grado de intervención e involucramiento de las sentencias del TEDH respecto de los procedimientos penales internos de los Estados partes, el respeto de los derechos del imputado y de las decisiones de política criminales adoptadas a nivel interno.

3. Alcance de los fallos del TEDH y los principios de interpretación de la CEDH

La relación y el rango de la CEDH con los distintos órdenes nacionales depende precisamente de la legislación interna de estos; no puede establecerse una pauta única al respecto.¹³ El alcance de las sentencias del TEDH, por su parte, es a la vez limitado y extenso.

ciar la Convención y retirarse de ella (cf. http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/124706/Nacional/Venezuela-abandonar%C3%A1-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos).

¹³ Mientras en algunos Estados a la Convención se le ha reconocido rango constitucional (Austria, Suiza), en muchos otros cuenta con rango suprallegal (España, Francia), y en unos pocos meramente legal (Alemania); es decir, en este último caso la Constitución nacional sigue teniendo prevalencia frente a la CEDH. Véase Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2.^a ed., 2008, § 10, nn. 7 ss.; Kai Ambos y Alexander Heinze: “La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las violaciones del derecho a la personalidad mediante informaciones periodísticas escritas y gráficas y sus efectos sobre la Ley alemana”, en Javier Boix Reig (comp.): *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid: IUSTEL, 2010, p. 536. Para un estudio comparativo detallado en cuanto a la implementación de la CEDH y de las sentencias del TEDH en los países europeos véase el trabajo colectivo dirigido por Helen Keller y Alec Stone Sweet (cit. nota 4), que reúne informes nacionales exhaustivos y ofrece un panorama general del estado de implementación del ordenamiento europeo sobre derechos humanos (pp. 3 ss. y *passim*).

Es *limitado* porque no se trata de fallos que impongan condenas de obligado cumplimiento, sino más bien de la constatación de situaciones de hecho (“El Estado X ha violado el artículo Y de la CEDH”). Las sentencias, por lo tanto, no tienen efecto casatorio; es decir, se trata de sentencias que no pueden proteger en forma directa e inmediata el derecho subjetivo lesionado (con excepción de los casos de denuncia admisible y fundada en que se dispone una “indemnización justa” —artículo 41 CEDH—, a falta de la posibilidad de una indemnización total de acuerdo con el ordenamiento legal del Estado en cuestión).¹⁴ El alcance del fallo, además, se limita a las partes en litigio (*inter partes*, artículo 46 CEDH).¹⁵ Sin embargo, puede decirse que el alcance de las sentencias del Tribunal es *extenso* en algunos países europeos ya que, al tratarse de sentencias “definitivas” (artículos 42 y 44 CEDH), y dado que los Estados partes están obligados a obedecer el fallo, en distintos ordenamientos nacionales y en la jurisprudencia de los tribunales superiores de los países se concede a los fallos del TEDH una importancia sustancial al dictar sentencias en el ámbito judicial interno, e incluso al discutir transformaciones en el ámbito parlamentario.¹⁶

Dada la incuestionable importancia que se reconoce a la CEDH y teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal resulta orientadora en Europa (e incluso en otros ámbitos territoriales y jurisdiccionales), en la práctica las sentencias de la CEDH tienen un efecto *erga-omnes-intra partes*.¹⁷ Este es, por ejemplo, el caso de Alemania. Según el Tribunal Constitucional, el efecto vinculante de un fallo del TEDH se extiende a todos los órganos estatales en Alemania y los obliga a cesar en la infracción de la Convención, siempre que la decisión de tal cese se encuentre entre las facultades de ese órgano y que no signifique una violación a la vinculación al derecho y la ley establecidos en el artículo 20 III de la Constitución Federal.¹⁸ De esta manera, si bien la CEDH tiene rango infraconstitucional, se le llega a conceder *de facto* prevalencia frente a la Constitución —a través de esta exigencia de que la Constitución sea interpretada acorde con la Convención¹⁹ y siempre que la Convención implique una mayor protección de los derechos fundamentales.²⁰

¹⁴ Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12, con más referencias.

¹⁵ Crít. Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12, con más referencias.

¹⁶ Sobre el rol conferido a la CEDH en general en el derecho europeo véase Peter Szczechalla: *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002, pp. 507 ss.

¹⁷ Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12, con más referencias.

¹⁸ Cf. Helmut Satzger: “Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht - Grundlagen und wichtige Einzelprobleme”, en *Jura* 2009, pp. 759-768, p. 760.

¹⁹ Véase especialmente el caso Görgülü, BVerfGE 111, 307; también BVerfG NJW 2004, 3407 (3410); BVerfGE 74, 358 (370).

²⁰ Cf. Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 9, con más referencias.

De todos modos esto no impide que haya muchas veces discordancia entre la interpretación que cada tribunal (el Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos) pueda dar a los derechos fundamentales, en cuanto a la prevalencia de unos sobre otros en casos concretos. Véase el siguiente ejemplo: En el caso relativo a la medida de internamiento preventivo impuesta con ulterioridad al dictado de la sentencia (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), y cuya aplicación se hizo efectiva incluso sobre quienes ya se encontraban condenados cuando se sancionó la introducción de la medida en el artículo 66.b del *Strafgesetzbuch* (StGB, Código Penal alemán), el Tribunal Constitucional alemán consideró en dos sentencias muy cercanas una de otra que tal medida y su aplicación retroactiva no violaban la garantía de irretroactividad de la ley penal (artículo 7 CEDH), ya que esta última es aplicable al derecho penal y la imposición de penas, y no a la decisión respecto de medidas de seguridad, que no son “pena”. Del mismo modo consideró que tal imposición no violaba el derecho a la libertad (o, en realidad, la garantía de que la restricción de la libertad se base en un procedimiento adecuado) por cuanto la imposición de la medida consiste en una limitación de la libertad necesaria y por tanto constitucionalmente legítima dado que es impuesta en protección del derecho a la seguridad del resto de la población y decidida con base en la peligrosidad puesta de manifiesto al cometerse un hecho delictivo.²¹ El TEDH decidió sobre el caso y entendió que tanto la prohibición de irretroactividad como el derecho a la libertad habían sido violados por Alemania al sancionarse e imponerse la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*: el internamiento preventivo es una sanción penal —equiparable a una pena en la realidad—, y la prolongación de la restricción de la libertad decidida con posterioridad al dictado de la sentencia resulta imprevisible y por tanto violatoria del derecho a la libertad.²²

La sentencia del TEDH ha generado en Alemania no pocos inconvenientes: Si no se remueve la normativa que habilita la imposición del internamiento preventivo impuesto con ulterioridad a la sentencia, se estaría desconociendo la autoridad del TEDH y Alemania estaría políticamente en falta frente a los Estados partes; si se realiza la correspondiente reforma legislativa, esto implicaría en el ámbito nacional una violación de

²¹ Cf. BVerfGE 109, 133 (fallo 5.2.2004); BVerfGE 109, 190 (fallo 10.2.2004).

²² El TEDH encontró violados los artículos 5 (1)(a) (restricción de la libertad solo en virtud de una decisión de tribunal competente) y el artículo 7 (en su principio de irretroactividad) en *M. v. Germany*, n.º 19359/04, fallo 17.12.2009; confirmado por la Gran Cámara el 5 de mayo de 2010. Cf. sobre esta equiparación y sus consecuencias Robert Esser, Karsten Gaede y Michael Tsambikakis: “Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010 - Teil I”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2011, pp. 78-82, pp. 79 s.; Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 3.ª ed., 2011, § 10, nm. 44, 48, 88.

la obligación de protección (*Schutpflicht*) del Estado respecto de sus habitantes.²³ Esta situación se ha definido recientemente en el sentido marcado por el TEDH, mediante la sanción de una nueva ley restrictiva de la medida de seguridad en cuestión.²⁴ De esta manera, la sentencia europea ha delimitado el ámbito de actuación estatal y fortalecido el significado de los derechos humanos a la libertad y a la aplicación del principio de legalidad en su manifestación como prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Aun sin tener efecto casatorio, esta sentencia claramente ha modelado la legislación nacional. Este caso, por otra parte, revela la diferencia interpretativa de ambos órdenes: mientras que en el ámbito nacional la protección del derecho “colectivo” a la seguridad ha tenido prevalencia, en el ámbito del TEDH fueron protegidos más ampliamente los derechos individuales.

Igual situación se ha dado en Alemania en el caso *Caroline*, en que el Tribunal Constitucional entendió que la toma y publicación de fotografías de Carolina de Mónaco en situaciones cotidianas no representaba una violación a su esfera privada, dado que como figura pública debe aceptar que se informe públicamente sobre ella.²⁵ El TEDH, por el contrario, entendió que Alemania había violado su derecho a la intimidad (artículo 8 CEDH) dado que la toma de fotografías y su publicación no son de interés público cuando solo reflejan escenas cotidianas que no tienen un fin informativo o de interés general, aun cuando se trate de personas de interés público.²⁶ Nuevamente, el derecho individual tuvo en el ámbito europeo mayor relevancia que en el nacional, donde se dio prevalencia al derecho a la libertad de prensa y el interés de entretenimiento. Tanto la doctrina como la jurisprudencia posteriores al fallo del TEDH han sido divergentes, sin poder establecer una única línea interpretativa.²⁷

²³ Henning Radtke: “Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? Innerstaatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17.12.2009”, en *NStZ*, 2010, 537, p. 537; Radtke realiza un detallado análisis del fallo del TEDH y su efecto en el ámbito nacional. Véanse también —con especial énfasis en los efectos de los fallos del TEDH en Alemania— los comentarios de Christoph Grabenwarter: “Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland”, en *Juristen Zeitung*, 18, 2010, pp. 857-869; Grischa Merkel: “Incompatible Contrasts? - Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, 11(9), 2010, pp. 1046-1066; Jörg Kinzig: “Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland”, en *NSTZ*, 2010, 233-239.

²⁴ Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. 12. 2010 (BGBl. I S. 2300) [ley sobre la nueva regulación del derecho del internamiento preventivo y sobre regulaciones complementarias, del 22.12.2010].

²⁵ BVerfG, sentencia del 15 de diciembre de 1999

²⁶ Von Hannover v. Germany, TEDH n.º 59320/00, 2004-VI, fallo 24.6.2004.

²⁷ Cf. en detalle sobre el caso, Ambos y Heinze (cit. nota 13), pp. 542 ss., con más referencias.

Interesante es de todos modos que el Tribunal Constitucional continúa poniendo el interés de entretenimiento y la libertad de prensa por encima del derecho a la privacidad de las personas de interés público.²⁸ Así, compartir la interpretación dada por el TEDH a los derechos fundamentales no significa compartir el rango que les da. En este sentido es importante recordar, que el TEDH únicamente señala dónde existe una violación de la Convención. Sin embargo, le está vedado imponer o siquiera establecer los medios por los cuales el Estado debe corregir tal violación. El TEDH no está facultado para hacerlo y tampoco ha pretendido avanzar en ese sentido.²⁹

Teniendo entonces en cuenta la relevancia (y polémica) que los fallos del TEDH revisten para los ordenamientos nacionales, es importante definir qué tipo de sentencias, es decir, qué tipo de interpretación de la CEDH suele realizar el TEDH. El TEDH ha caracterizado sus propias interpretaciones del siguiente modo:

3.1. Interpretación dinámica-teleológica (concepto del *living instrument*)

Según el propio Tribunal, sus sentencias favorecen una interpretación “dinámica-teleológica” de la CEDH, es decir, el Tribunal entiende a la CEDH como un “*living instrument*”,³⁰ un instrumento vivo. Esto significa, según ha manifestado en *Tyrer*,³¹ que el Tribunal considera el sentido y el fin *actuales* de la norma tomando en cuenta los cambios (económicos, sociales y/o éticos) que hayan tenido lugar desde la firma de la Convención hasta nuestros días. La idea de un *living instrument* fue expresamente explicada en la mentada sentencia, en que el Tribunal sentó:

El Tribunal debe recordar que la Convención es un instrumento vivo que, como ha resultado correctamente la Comisión, debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales. En el caso que ahora se juzga el Tribunal no puede ser influído por los desarrollos y estándares normalmente aceptados en la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en este ámbito.³²

²⁸ Cf. ibidem, p. 554.

²⁹ Cf. *Campbell et al. v. the United Kingdom*, n.o 5/1980/36/53-54, fallo 22.3.1983, § 38; *Belolis v. Switzerland*, TEDH n.o 20/1986/167, fallo 29.4.1988, § 78; *Demicoli v. Malta*, TEDH n.o 33/1980/224/288, fallo 27.8.1991, § 45. Véase al respecto Radtke (cit. nota 23), p. 540

³⁰ Peters (cit. nota 1), p. 18.

³¹ *Tyrer v. the United Kingdom*, TEDH n.º 26, fallo 25.4.1978.

³² *Tyrer v. the United Kingdom* (cit. nota 31), nm. 31 (“The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field”). Esta idea es seguida en *Loizidou v. Turkey*,

Esta forma interpretativa sigue el fallo *Selmouni*,³³ en que se pone de manifiesto que ciertos actos que en el marco del artículo 3 CEDH originalmente eran entendidos solo como tratos inhumanos y degradantes pueden pasar a ser interpretados como claras torturas:

El Tribunal considera que ciertos actos que eran clasificados en el pasado como “trato inhumano y degradante” como opuestos a “tortura” podrían ser clasificados de otra manera en el futuro. El Tribunal sostiene que la continua elevación de los estándares máximos requeridos en el ámbito de los derechos humanos y de las libertades fundamentales requiere adecuada e inevitablemente una mayor firmeza al constatar violaciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas.³⁴

En fallos posteriores el Tribunal ha reforzado esta idea tanto respecto de la interpretación dada a las violaciones de derechos humanos en sí (por ejemplo, en cuanto a la restricción del derecho a la transexualidad en Gran Bretaña)³⁵ como a los documentos del ordenamiento de derechos humanos europeos (sobre el efecto vinculante de las ordenanzas del TEDH, por ejemplo).³⁶

3.2. Tensión entre una interpretación dinámica-teleológica por una parte y la certeza legal y la previsibilidad judicial por otra

En *Mamatkoulov and Abdurasulovic* el Tribunal estableció de forma expresa la necesidad de combinar adecuadamente una interpretación dinámica-teleológica con el debido respeto a la necesidad de certeza legal y previsibilidad de los fallos del Tribunal y su interpretación. Si bien reconoce que no se encuentra vinculado por sus sentencias

TEDH, serie A, n.º 310, fallo 23.3.1995, pp. 26-27, § 71; *Selmouni v. France*, TEDH (Gran Cámara) n.º 25803/94, fallo 28.7.1999, 149 ss., nm. 101; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara), n.º 28957/95, fallo 11.7.2002, § 74; *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey*, TEDH n.º 46827/99 y 46951/99 (Sect. 1), fallo 6.2.2003.

³³ *Selmouni v. France* (cit. nota 32), 149 ss., nm. 101. Cf. sobre este fallo también Satzger (cit. nota 18), p. 760.

³⁴ *Selmouni v. France* (cit. nota 32), nm. 101 (“[...] the Court considers that certain acts which were classified in the past as ‘inhuman and degrading treatment’ as opposed to ‘torture’ could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies”). Cf. sobre este fallo también Peters (cit. nota 30), p. 18; Satzger (cit. nota 18), p. 760.

³⁵ Cf. *Goodwin v. United Kingdom* (cit. nota 32). Véase sobre los fallos y el cambio jurisprudencial por aplicación de una interpretación dinámica Peters (cit. nota 30), pp. 19 y 157-158.

³⁶ Véase al respecto *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32).

anteriores, entiende que no debería apartarse de ellas sin aportar razones debidamente fundadas³⁷

3.3. Interpretación autónoma

En este contexto, al definir tal tensión entre dinamismo y certeza, el Tribunal invoca la necesidad de que la sentencia concrete los derechos en forma “práctica y efectiva, y no teórica e ilusoria”.³⁸

Por otra parte, el TEDH también hace una interpretación “autónoma” de la CEDH, es decir, una interpretación independiente de los conceptos e interpretaciones de los órdenes nacionales. Si bien estos últimos ayudarían a la interpretación del Tribunal, este no se siente vinculado por ellos. De esta manera se evita que los Estados, mediante la aplicación e interpretación de su derecho interno, puedan dirigir las garantías provistas por la Convención.³⁹

4. Derechos materiales: criminalización como medio para su protección efectiva

El TEDH ha considerado que los Estados partes tienen un margen de discreción respecto de cuáles son los medios que van a poner en marcha para procurar la protección de los derechos humanos.⁴⁰ Sin embargo, entiende que en los casos en que los derechos más básicos son los que se encuentran en juego, es necesaria una disuasión efectiva, que solo puede alcanzarse mediante la criminalización. La criminalización de conductas lesivas es un medio necesario para la protección de los derechos humanos, según el Tribunal, por lo que en distintas oportunidades ha ordenado de acuerdo a

³⁷ *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32), nm. 104-106 (105: “While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, in the interests of legal certainty and foreseeability it should not depart, without good reason, from its own precedents”). El Tribunal cita en su sentencia, entre otros, *Chapman v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara), n.º 27238/95, fallo 18.1.2001, § 70 y *Goodwin v. United Kingdom* (cit. nota 32), § 74.

³⁸ *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32), § 104-106 (105: “It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement”).

³⁹ Satzger (cit. nota 18), p. 760.

⁴⁰ Véanse ya cit. 29 y texto principal.

ello la adopción de medidas legislativas y judiciales en este sentido.⁴¹ Meras sanciones administrativas no serían suficientes para los casos de graves violaciones de los derechos humanos, sino que el Estado tiene un deber de asegurar que todas las violaciones al derecho a la vida sean castigadas.⁴²

El requerimiento del Tribunal no debe entenderse en forma concreta, sino abstracta. El Tribunal exige que se monten los mecanismos necesarios para la aplicación de la ley y el acceso a la justicia penal, es decir que se refiere fundamentalmente a un deber de perseguir y no a un deber de castigar: la persecución es un medio, mientras que el castigar es el resultado.⁴³ El Tribunal exige que se asegure una “investigación capaz de conducir a la identificación y el castigo”, es decir, una vez más, que el TEDH interpreta este deber como una obligación de medios y no de resultados.⁴⁴ El TEDH se muestra más bien cauto al requerir el establecimiento de los medios adecuados para la defensa de los derechos en abstracto, sin definir exactamente cuáles son estos medios ni exigir en concreto la obtención del resultado. En este sentido, aun entendiendo a la CEDH como un *living instrument*, el TEDH parece seguir en general una práctica de *judicial constraint* en cuanto a la obligación de legislación y, en concreto, de criminalización. En lo que sigue explicamos esta idea tomando como ejemplo las sentencias del TEDH sobre dos temas distintos: la protección de la vida y la protección del Estado de derecho.

⁴¹ *Calvelli and Ciglio v. Italy*, TEDH App. n.º 32967/96, fallo 17.1.2002, § 51; *Kilic v. Turkey*, App. n.º 22492/93, 2000-III, fallo 28.3.2000, § 62; *Mahmut Kaya v. Turkey*, App. n.º 22535/93, 2000-III, fallo 28.3.2000, § 85 (sobre el artículo 2(1) dijo el Tribunal que este impone “primeramente al Estado el deber de asegurar el derecho a la vida mediante la implementación de disposiciones de derecho penal efectivas” “[primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions”]). Véase al respecto Anja Seibert-Fohr: *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al.: OUP, 2009, p. 112 ss.

⁴² *Öneryldiz v. Turkey*, TEDH (Gran Cámara), App. n.º 48939, fallo 30.11.2004, § 91-96, 111. Así, ha dicho el Tribunal: “Las obligaciones derivadas del artículo 2 no terminan ahí. Cuando se han perdido vidas en circunstancias que potencialmente involucran la responsabilidad estatal, la norma impone un deber al Estado de asegurar, por todos los medios a su disposición, una respuesta adecuada —judicial o no— de modo que el marco legal y administrativo para proteger el derecho a la vida sean debidamente implementados y cualquier violación de este derecho sea repudiada y castigado” (“*The obligations deriving from Article 2 do not end there. Where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the State, that provision entails a duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response – judicial or otherwise – so that the legislative and administrative framework set up to protect the right to life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished*”) (§ 91, refiriendo *mutatis mutandis* a *Osman v. the United Kingdom*, TEDH Reports 1998-VIII, fallo 28.10.1998, p. 3159, § 115, y *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, TEDH App. n.º 46477/99, fallo 14.3.2002, § 54).

⁴³ Cf. *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 93; *Ramsahai and Others v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 52391/99, fallo 15.5.2007, § 323 ss. Véase sobre esta jurisprudencia Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 115.

⁴⁴ *Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom* (cit. nota 42), § 71; *Ramsahai and Others v. The Netherlands* (cit. nota 43), § 324; *Anguelova v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 38361/97, fallo 13.6.2002, § 139; *Bazorkina v. Russia*, TEDH App. n.º 69481/01, fallo 27.7.2006, § 118; *Cesim Yıldırım et al. v. Turkey*, TEDH App. n.º 20109/03, fallo 17.6.2008, § 52; *Nadrosov v. Russia*, TEDH App. n.º 9297/02, fallo 31.7.2008, § 38.

4.1. Protección del derecho a la vida

En particular es la vida el bien jurídico que el Tribunal busca proteger mediante la criminalización.⁴⁵ Esta forma de protección se ha llamado *protección procesal*⁴⁶ —contracara de la *obligación procesal*—,⁴⁷ ya que mediante la persecución penal se busca hacer efectiva en la práctica la prohibición de matar y torturar. La persecución penal deviene en una implementación del derecho a la vida requerido por el artículo 2 CEDH.⁴⁸ De esta manera el TEDH desarrolla el concepto de las obligaciones positivas que estarían derivadas de los derechos sustantivos.⁴⁹ De todas maneras, el Tribunal procura no extender más allá de lo razonable las obligaciones de protección emanadas del artículo 2 CEDH, de modo de no imponer “una carga imposible o desproporcionada a las autoridades”.⁵⁰ Aun así, se ha criticado que la jurisprudencia del Tribunal va más allá de una simple protección:

Al asumir un deber de criminalizar serios abusos de los derechos humanos, la corte ha ido un paso más allá. Mientras que en casos anteriores se trataba de medidas de protección contra amenazas de muerte, la nueva doctrina de la criminalización viene a exigir medidas represivas. Esta forma de protección —que tiene consecuencias de largo alcance para el autor

⁴⁵ Cf. *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 42), § 115; *Kiliç v. Turkey* (cit. nota 41), § 62; *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 85; *Mastromatteo v. Italy*, TEDH App. n.º 37703/97, fallo 24.10.2002, § 67.

⁴⁶ Cf. Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 117. Véase también Gabriele Bruckmann: *Was kostet ein Menschenleben?: Ein Vergleich der Schadensersatzurteile des Europäischen und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach der Verletzung des Rechts auf Leben*, Frankfurt a. M.: Lang, 2009, pp. 50 s., quien destaca que la jurisprudencia del TEDH en este ámbito (“creación” de un deber de persecución penal) se ha visto claramente inspirada por su par interamericano, que tuvo que tratar, por ejemplo, casos de desaparición forzada muy anteriormente, pero a quien el TEDH “sorprendentemente” (“erstaunlicherweise”) no cita ni una sola vez en sus decisiones.

⁴⁷ Véase en este sentido el caso recientemente resuelto *Dink v. Turkey*, App. n.ºs 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, fallo 14.9.2010, § 76.

⁴⁸ Sobre otras obligaciones positivas (distintas de la persecución penal) derivadas del artículo 2 CEDH véase Szczekalla (cit. nota 16), pp. 730 ss.

⁴⁹ Véase recientemente *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 64, donde se sigue expresamente la jurisprudencia ya sentada en casos anteriores: *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 45), § 115; *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 85; *Kiliç v. Turkey* (cit. nota 41), § 62; *Opuz v. Turkey*, TEDH App. n.º 33401/02, fallo 9.6.2009, § 128. Similar ya en *Ireland v. United Kingdom*, fallo 18.1.1978, § 239: “[La CEDH] no obliga únicamente a las altas autoridades del Estado Parte a respetar por sí mismas los derechos y libertades de la Convención [...] A fin de asegurar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o remediar cualquier violación en los niveles inferiores” (“[...] does not merely oblige the higher authorities of the Contracting States to respect for their own part the rights and freedoms it embodies [...] in order to secure the enjoyment of those rights and freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels”). Cf. también Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 117. Para una clasificación de las obligaciones positivas véase el trabajo fundamental de Cordula Dröge: *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlín et al.: Springer, 2003, pp. 6 ss., 11 ss. Para un análisis detallado de la evolución de la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones positivas véase Szczekalla (cit. nota 16), pp. 712 ss.; Benavides Casals (cit. nota 1), pp. 57 ss.

⁵⁰ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 86.

del crimen— tiene una calidad diferente que, por ejemplo, la de alejar a los niños de padres abusivos.⁵¹

Sin embargo, no creemos que tal crítica sea correcta. Es cierto que el Tribunal realiza una interpretación amplia del artículo 2 CEDH al establecer el deber primordial del Estado de asegurar el derecho a la vida mediante legislación penal disuasiva concreta, así como mediante el establecimiento de mecanismos de aplicación que conduzcan a la prevención, represión y sanción de tales violaciones,⁵² y que resulta amplia también al establecer que el derecho a la vida es violado no solo cuando se produce el resultado muerte, sino también cuando la vida es puesta en peligro por agentes estatales.⁵³ Por otra parte, sin embargo, no debe perderse de vista que el TEDH hace hincapié en que el artículo 2 de la CEDH comporta esta obligación solo entendida en circunstancias particulares. Es decir, el Tribunal no *crea* la necesidad de un derecho general a la seguridad, sino que impone al Estado la obligación de evitar la muerte de una persona cuando, en el caso concreto y en circunstancias definidas, podía preverla y evitarla. La obligación positiva se genera si las autoridades saben o deben saber que la vida de un individuo se encuentra amenazada en forma real e inmediata por la acción criminal de un tercero, y si está dentro de las facultades de dicha autoridad el adoptar las medidas que desde un punto de vista razonable pudieran disminuir el riesgo.⁵⁴ Se trata por tanto de una cuestión respecto de la cual la respuesta depende del conjunto de circunstancias particulares en que está inserto el caso concreto,⁵⁵ y no de una exigencia general de impedir la muerte de los individuos de un país so pena de violar la CEDH. El TEDH no obliga el resultado *evitar la muerte*, sino la implementación de los medios razonablemente exigibles a las autoridades para evitar la muerte de un individuo en los casos en que su vida está siendo amenazada de modo real e inmediato.

De acuerdo con estas reflexiones, entonces, la interpretación extensiva que realiza el TEDH del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) y que requiere de una debida

⁵¹ Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 118 ("In assuming a duty to criminalize serious human rights abuses, the Court has gone one step further. While protective measures against death threats were at issue in earlier cases, the new doctrine on criminalization now requires repressive measures. This form of protection – which has far-reaching consequences for the offender – has a different quality than, for example, removing children from abusive parents").

⁵² Dink v. Turkey (cit. nota 47), § 64.

⁵³ Osman v. United Kingdom (cit. nota 45), § 115 ss., conc. Dröge (cit. nota 49), pp. 44 s.

⁵⁴ Dink v. Turkey (cit. nota 47), § 65, y haciendo referencia a Keenan v. United Kingdom, TEDH App. n.º 27229/95, fallo 3.4.2001, § 89-90, Opuz v. Turkey (cit. nota 49), § 129, y Gongadzé v. Ukraine, TEDH App. n.º 34056/02, fallo 8.11.2005, § 165.

⁵⁵ Dink v. Turkey (cit. nota 47), § 65.

criminalización no debe ser entendida en el sentido de la tendencia punitiva criticada por algunos autores respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH.⁵⁶

4.2. Protección de *the rule of law*

El TEDH ha dicho que los Estados no pueden aceptar bajo ningún concepto que crímenes que pongan en peligro la vida queden sin investigación por no contarse con los medios conducentes para llevarla a cabo. Uno de los motivos de tal rechazo consiste en que si no se persigue adecuadamente el castigo del ofensor, la confianza en el *rule of law* (o, si se lleva tal idea al ámbito continental, el Estado de derecho) se vería debilitada: “*This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts*”.⁵⁷ También el monopolio estatal de la violencia se ve puesto en entredicho según el TEDH si no se persigue en forma determinante la resolución de tales casos y, dadas las condiciones procesales, la imposición justa de una condena.⁵⁸

4.3. Protección mediante criminalización

El fin de la protección (de la vida, del Estado de derecho) mediante la criminalización acentúa el rol preventivo del derecho penal. De esta manera el TEDH no está protegiendo el derecho individual de la víctima a que se castigue a los ofensores, sino que está protegiendo a todas las personas de una eventual violación de sus derechos humanos.⁵⁹ Esta generalización en el fin perseguido conlleva una generalización en el alcance de las sentencias dictadas, ya que si bien estas son pronunciamientos que parten de reclamos individuales, en sus procesos y sentencias el TEDH cada vez más realiza una revisión general y un cotejo del cumplimiento de la CEDH.⁶⁰

En *Mahmut Kaya v. Turkey*,⁶¹ por ejemplo, el TEDH consideró que Turquía violaba su deber de prevenir la reiteración delictiva al fracasar permanentemente en la implementación de su respectiva legislación y de esta manera no investigar y llevar a juicio

⁵⁶ Cf. *infra* nota 69 y texto principal.

⁵⁷ *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 96.

⁵⁸ *Ramsahai and Others v. The Netherlands* (cit. nota 43), § 325.

⁵⁹ Seibert-Fohr (cit. nota 41), pp. 118, 119, 121.

⁶⁰ *Zwierzynski v. Poland*, TEDH App. n.º 34049/96, fallo 19.6.2001; *Somogyi v. Italy*, TEDH App. n.º 67972/01, fallo 18.5.2004; *Bozzazzi v. Italy*, TEDH App. n.º 34884/97, fallo 28.7.1999. Cf. Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 119.

⁶¹ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41).

a los presuntos responsables.⁶² Según el Tribunal, que por primera vez consideró que por la insuficiente persecución de delitos anteriores podrían verse violados derechos individuales, Turquía estaría fomentando un clima de impunidad favorable a la actividad criminal.⁶³ Las generalizaciones de este tipo en las sentencias del Tribunal son criticadas por quienes consideran que al señalar problemas estructurales de los sistemas penales el TEDH recarga su ámbito de incumbencia y decide más allá de los procesos individuales llevados ante él:

Al señalar falencias sistémicas la corte aspira a administrar su creciente carga de casos. Requiere cada vez medidas mayores, que van más allá de remedios individuales al esperar de los Estados que con el fin de prevenir futuras violaciones revisen su legislación, sus normas y regulaciones, sus procedimientos públicos y sus prácticas judiciales.⁶⁴

Esta crítica es asimilable a la que se ha realizado a la Corte IDH por asumir como propias decisiones que deberían quedar en manos de los órganos nacionales.⁶⁵

En este contexto, sin embargo, cabe mencionar las recomendaciones del Consejo de Europa en que se estipulan formas en que los Estados deben cumplir con la protección efectiva de los derechos establecidos en la CEDH, especialmente impidiendo largos procesos y procesos sobre temas ya decididos por el Tribunal. Entre estas recomendaciones se resalta reiteradamente la absoluta necesidad de adaptar la legislación interna no solo a la CEDH sino también a los fallos del TEDH.⁶⁶

⁶² Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 120.

⁶³ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 94-98. En similar sentido se ha pronunciado el TEDH en el fallo fundamental *Opuz v. Turkey* (cit. nota 49), en que el Tribunal juzga un caso de violencia contra la mujer y se pronuncia sobre la situación vulnerable de la mujer turca: "la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía ha creado un clima conducente a la violencia doméstica" ("general and discriminatory judicial passivity in Turkey created a climate that was conducive to domestic violence") (§ 198).

⁶⁴ Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 119 ("By pointing to systemic deficits the Court seeks to manage its increasing case load. It requires ever-increasing measures which go beyond individual remedies by expecting States to review their legislation, rules and regulations, public procedures, and judicial practices in order to prevent future violations" [traducción de inglés M. L. B.]).

⁶⁵ Cf. Malarino (cit. nota 3), p. 50 y *passim*.

⁶⁶ Recomendaciones del Consejo de Europa adoptadas por el Comité de Ministros el 12 de mayo de 2004, Rec (2004)6.

5. Derechos procesales: los derechos emergidos de las obligaciones procesales del Estado

Las tendencias del Tribunal Europeo en cuanto a su interpretación de los derechos fundamentales sentados en la CEDH pueden revisarse, además, a partir de ciertos derechos procesales centrales en el ámbito penal: el derecho del imputado al debido proceso (artículo 6) y el derecho de la víctima al recurso efectivo (artículo 13). Estos derechos y garantías, según la interpretación que se les dé y, en general, según la metodología interpretativa que se haga de la CEDH, podrían devenir en opuestos el uno del otro.⁶⁷ El Tribunal, sin embargo, hasta ahora ha logrado impedir tales contradicciones.

5.1. Artículo 6 CEDH: derecho a un proceso equitativo (protección de los derechos del ofensor, no de la víctima)

La investigación y la persecución deben realizarse de acuerdo a las normas procedimentales vigentes, que a su vez deben estar en armonía con la CEDH. Esta es una obligación complementaria a la obligación de perseguir: el hacerlo en respeto de los derechos del acusado. El artículo 6 de la CEDH exige un “juicio justo”, lo que se refiere al juicio penal llevado adelante contra un acusado (justo respecto de él), y no al juicio que pudiera ser exigido y esperado por las víctimas. El acento en la función preventiva del sistema penal que antes mencionamos no lleva al Tribunal a afirmar que las víctimas —individualmente consideradas— tengan un derecho protegido por la CEDH a que sus ofensores sean efectivamente perseguidos criminalmente. Es decir, no hay un *derecho a la justicia* protegido por la CEDH.⁶⁸ Esta es una de las temáticas que distancian al TEDH de la Corte IDH, que sí considera que tal derecho existe de acuerdo a la CADH.⁶⁹

⁶⁷ Así como en el ámbito de la Corte Interamericana el derecho del imputado se ve muchas veces en desventaja respecto del derecho (no escrito) de las víctimas a un juicio justo (véase *infra* nota 69 y texto principal).

⁶⁸ *Danini v. Italy*, App. n.º 22998/93, 87 Com EDH Dec. & Rep. 24 (14 de octubre de 1996); *Erikson v. Italy*, TEDH App. n.º 37900/97, Decisión sobre la admisibilidad del 26.10.1999; *Perez v. France*, TEDH App. n.º 47287/99, fallo 12.2.2004; *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 96.

⁶⁹ Véase al respecto el texto de Malarino (cit. nota 3, p. 46), quien entiende este reconocimiento de derecho de parte de la Corte IDH como una punitivización en la jurisprudencia de la Corte, que es fundamentalmente antiliberal y *contra-conventionen*, ya que “de la mano de este super-derecho a la justicia de la víctima, la Corte Interamericana está creando un verdadero ‘estatuto de la víctima’ opuesto al ‘estatuto del imputado’ consagrado en la Convención, esto es, un *Bill of rights* no escrito de la víctima que neutraliza el *Bill of rights* escrito del imputado”.

El TEDH ha dicho que no hay un derecho convencionalmente reconocido de la víctima a “que se haga justicia”,⁷⁰ es decir, ni el derecho a un juicio justo (que tiene por destinatario al acusado), ni el derecho a la vida pueden tomarse como fuente de aquel.⁷¹ En algunas sentencias expresamente se estipula que la obligación estatal consiste en la investigación (no en la condena),⁷² y se rechaza por lo tanto que se trate de un derecho a la “venganza privada”.⁷³ Debe destacarse, sin embargo, que en la doctrina y la jurisprudencia se advierte cierta tendencia hacia el reconocimiento a la víctima de un derecho a juicio justo, incluso dentro del proceso penal.⁷⁴ El artículo 6.1 CEDH establece que el juicio equitativo debe garantizarse a toda persona en el proceso “que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil”, es decir, también a la víctima dentro del proceso civil. Si se atiende a que este proceso puede ser base para la decisión sobre una reparación justa a la víctima de violaciones de derechos humanos, o que el proceso civil puede haberse adosado al proceso penal (por ejemplo, según los § 403 ss. del Código Procesal Penal alemán), que sí debe respetar el principio de juicio justo —tiempo razonable, derecho a ser oído en juicio, etcétera—, la víctima no quedaría excluida del ámbito de protección de la norma, incluso respecto de los procesos penales.⁷⁵

5.2. Derecho a un recurso efectivo: el artículo 13 CEDH y otras variantes

El artículo 13 de la CEDH reza:

Derecho a un recurso efectivo

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional,

⁷⁰ *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 96.

⁷¹ Ibídem.

⁷² *M. C. v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 39272/98, fallo 4.12.2003, § 201; *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 96. Repetidamente ha exigido el TEDH que se provean los medios para llevar adelante una investigación conducente, sin exigir el resultado castigo (véase ya *supra* nota 44).

⁷³ *Perez v. France* (cit. nota 68), § 70.

⁷⁴ Cf. CPI, *Situation in Uganda, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 hasta a/0070/06, a/0081/06 hasta a/0104/06 y a/0111/06 hasta a/0127/06 del 19.12.2007*, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-02/04-112, nm. 27; Stefanie Bock, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 441 con más referencias.

⁷⁵ *Perez v. France* (cit. nota 68), § 57; *Antunes Rocha v. Portugal*, TEDH App. n.º 64330/01, fallo 31.5.2005, § 43-44; *Moreira de Azevedo v. Portugal*, App. n.º 11296/84, TEDH, fallo 23.10.1990, § 67; *Tomasi v. France*, App. n.º 12850/87, TEDH, fallo 27.8.1992, § 121; *Torri v. Italy*, TEDH App. n.º 26433/95, fallo 1.7.1997, § 21. Cf. Jens Meyer-Ladewig: *EMRK Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos, 3.ª ed., 2011, Art. 6 EMRK nm. 4; Stefanie Bock: “Internationale Perspektiven: Einflüsse des Europarates und der Europäischen Union”, en *Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung* (de próxima aparición), nota 21 ss. con más referencias.

incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

El derecho a un recurso efectivo no exige que ese recurso sea de carácter penal, y tampoco exige que efectivamente el recurso se concrete en una sentencia condenatoria. Así, cuando el TEDH condenó a Turquía por violación del artículo 13 CEDH en *Öneryildiz*, el argumento no fue que no se impusiera efectivamente una pena, sino que no se llevara a cabo una debida investigación (“recurso efectivo”) que abriera el camino a una eventual reparación civil.⁷⁶

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la protección brindada por el artículo 13 tiene validez exclusivamente en los casos en que haya existido una violación de los derechos y libertades reconocidos por la CEDH, es decir, únicamente en los casos en que la violación de los derechos de la víctima haya sido cometida por el Estado a través de sus agentes —ya que únicamente un Estado puede incumplir los deberes impuestos por este Convenio, que no está destinado a los particulares—. Por este motivo, en el caso *Erikson*⁷⁷ el TEDH exigió la debida investigación de los crímenes no como derivación del derecho al recurso efectivo protegido por el artículo 13 CEDH —que se refiere, como se dijo, fundamentalmente al recurso efectivo frente a abusos del Estado y en el caso en cuestión no podía ser aplicado—, sino como derivación directa de los derechos afectados, en una suerte de *protección retrospectiva*: cada víctima de abusos graves tiene derecho a que se inicie una investigación, ya que de no iniciarse tal investigación la validez de sus derechos estaría en peligro y puesta en cuestión.⁷⁸ De esta manera, la CEDH puede ser aplicable incluso en casos en que el ofensor es una persona privada sin vinculación con el Estado, ya que el derecho al recurso efectivo se deriva de la norma de protección del derecho sustancial presuntamente violado en el caso concreto.⁷⁹ Este paso es algo así como una ampliación del alcance de protección de los derechos sustanciales *ex post facto*: “La investigación es requerida para asegurar retrospectivamente los derechos

⁷⁶ *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 148. Más recientemente *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 144. Cf. también Naomi Roht-Arriaza: “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, en *California Law Review* 78: 449 (1990), p. 478 s.

⁷⁷ *Erikson v. Italy* (cit. nota 68). Véase ya con anterioridad *Kaya v. Turkey*, TEDH App. n.ºs 158/1996/777/978, fallo 19.2.1998, § 78.

⁷⁸ Cf. Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 126 ss.

⁷⁹ *X. and Y. v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 16/1983/72/110, 91, fallo 27. 2.1985, § 22-23; *Kaya v. Turkey* (cit. nota 77), § 86.

sustantivos de la víctima, lo que se parece más a un remedio”.⁸⁰ El derecho a la vida, el derecho a la libertad, etcétera, devienen mediante esta interpretación en derechos a la protección procesal.

Esta interpretación extensiva respecto de los derechos establecidos en la CEDH es objeto de diversas críticas. El argumento principal radica en que el TEDH está realizando una inversión de la carga de la prueba en contra del Estado investigado: Si no se puede establecer la responsabilidad del Estado respecto de un homicidio, se puede establecer subsidiariamente la responsabilidad del Estado por no llevar a cabo las investigaciones requeridas para determinar quién ha infringido la prohibición del homicidio.⁸¹ Indirectamente entonces el TEDH establece la violación del artículo 2 por el Estado por incumplir las obligaciones procesales emanadas de este. En esta interpretación extensiva de los derechos sustanciales algunos autores ven cierta similitud entre el TEDH y la jurisprudencia que la Corte IDH ha sentado a partir del caso *Velásquez Rodríguez*, en que se considera violado el derecho a la vida por la falta de investigación de los hechos y de castigo de los ofensores luego de la desaparición de la víctima.⁸² Creemos que tal asimilación de ambas jurisprudencias no es del todo correcta. Los derechos de la víctima tal como son interpretados por el TEDH no “neutralizan” los derechos del propio imputado, como sí sucede en muchos casos de la Corte IDH.⁸³ Si bien el TEDH amplía considerablemente el alcance de los derechos sustanciales y la protección procesal, esta extensión no va en perjuicio de los derechos del acusado, sino que tiene por fin primordial establecer obligaciones al Estado en cuestión.

⁸⁰ Seibert-Fohr (cit. nota 41), pp. 128-129 (“Investigation is required to secure retrospectively the substantive rights of the victim, which is more akin to a remedy”).

⁸¹ Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 129.

⁸² Cf. Caso *Velásquez Rodríguez*, Corte IDH, serie C, n.º 4, fallo 29.7.1998, § 148. Un análisis crítico del caso ofrece Roht-Arriaza (cit. nota 76), pp. 467 ss., 472, quien entiende que la Corte IDH deja varias preguntas sin respuesta, entre las cuales destaca la cuestión relativa a si un solo (presunto) caso de desaparición (forzada) puede ser suficiente para exigir al Estado la movilización de sus recursos investigativos y sancionatorios a fin de evitar la violación del derecho a la vida, o si en cambio es necesaria la existencia de un cuadro de “práctica administrativa” de desapariciones forzadas (p. 473); por otra parte, la amplitud de la Corte IDH al evaluar la violación del derecho a la vida resultaría incongruente —otra crítica esbozada por la autora— con la estrechez del remedio exigido por la Corte IDH, que se reduce al resarcimiento monetario (p. 474).

⁸³ Cf. *supra* nota 69.

6. En contra de la tesis de la *timidez*

Incluso cuando se trata de la investigación de graves violaciones de derechos humanos, los derechos del acusado permanecen (generalmente) incólumes. Esta interpretación estricta del TEDH le ha valido numerosas críticas, ya que tales concesiones son vistas por algunos autores incluso como una vía a la impunidad.⁸⁴ Si esto fuese así, el calificativo de tímido (*;o tal vez cauto?*) podría ser aplicado al TEDH, como sugería Von Bogdandy.

Sin embargo, si se observan sentencias del TEDH respecto de los casos de criminalidad sistemática más severos (aquellos que por otra parte se concentran en pocos países, que a su vez enfrentan la mayoría de los casos tratados ante la Corte),⁸⁵ la tendencia al momento de interpretar principios fundamentales del proceso penal y la injerencia del Tribunal en la política criminal de los Estados partes parece no diferir en demasía de la modalidad de la Corte en América Latina.⁸⁶ En el caso *Kononov* la Cámara III consideró que una sentencia de Letonia que condenó por la comisión de crímenes de guerra a un excomandante letón de una sección militar del ejército soviético, quien

⁸⁴ Así por ejemplo lo pone explícitamente de manifiesto el trabajo de Sonja C. Grover que investiga la acción del TEDH respecto de crímenes internacionales y que se titula *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Heidelberg et al.: Springer, 2010.

⁸⁵ Al 31 de diciembre de 2010 casi el 60 % de los procesos pendientes ante el TEDH está concentrado en solo cuatro países demandados —que se cuentan precisamente entre aquellos que tienen las causas más graves estudiadas por el Tribunal—: Rusia 28,9 % de los procesos en trámite, Turquía 10,9 %, Rumania 8,6 % y Ucrania 7,5 % (*Council of Europe Annual Report 2010*, cit., nota 4, p. 127). Sobre la similitud entre los casos contra Turquía y los casos llevados ante la Corte IDH véase Aldana Pindell: “An Emerging Universality of Justiciable Victim’s Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes”, en *Human Rights Quarterly* 26 (2004), pp. 605-686, p. 635 (“grandes violaciones de derecho humano”, que incluyen “ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura u otro tipo de tratos inhumanos, o el saqueo de casas y cultivos sospechosos de ser adeptos al PKK” [*gross human rights violations*], “included extrajudicial executions, forced disappearances, torture or other inhumane treatment, or the pillage of homes and crops of villagers believed to support the PKK”]).

⁸⁶ Véase en este sentido Pindell (cit. nota 85), aquí p. 665 ss., quien da el ejemplo de sentencias dictadas contra Inglaterra por graves violaciones de los derechos humanos, y donde se ha ampliado el ámbito de protección respecto de los derechos de las víctimas sobrevivientes (y sus allegados) obligándose al Estado a justificar los casos en que la persecución de los presuntos autores de los crímenes no fue exhaustiva ni con la debida participación de víctimas y allegados; la autora precisamente hace referencia a que en estos casos el TEDH ha avanzado en forma similar a como lo ha hecho en casos de violación grave de derechos humanos, por ejemplo, respecto del Estado turco (“Como en los casos turcos, estos casos también han estado relacionados con graves violaciones del uso desproporcionado de la fuerza letal o el maltrato de supuestos terroristas o criminales por parte de los agentes policiales estatales” [*Like the Turkish cases, these cases have also involved grave violations of the disproportionate use of lethal force or the mistreatment of alleged terrorists or criminals by state law enforcement agents*"], p. 666). Los casos mencionados son *McKerr v. the United Kingdom*, n.º 28883/95, fallo 4.5.01; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 24746/94, fallo 4.5.01; *Kelly and Others v. the United Kingdom*, TEDH n.º 30054/96, fallo 4.5.01; *Shanaghan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 37715/97, fallo 4.5.01.

había recibido en febrero de 1944 la misión de atacar a un grupo de aldeanos letones (en territorio letón) por ser presuntos colaboradores del ejército nazi, era violatoria del artículo 7 CEDH, dado que al momento de la comisión de los hechos no existía normativa internacional vinculante que los prohibiera ni era previsible para Kononov que pudiera ser perseguido criminalmente por tales hechos.⁸⁷ En su reciente fallo la Gran Cámara decidió que tal condena no implicaba violación del artículo 7 dado que al momento de la comisión de los hechos existía “suficiente normativa y costumbre internacional” que afirmaban la responsabilidad criminal por tales actos.⁸⁸ La Gran Cámara no recurrió al artículo 7.2 CEDH para fundar su decisión, lo cual en algún punto tiñe de cierta *audacia* su decisión.⁸⁹

7. Conclusiones

Si bien la CEDH resulta relativamente vinculante mediante la interpretación que el TEDH haga de ella y del efecto orientador que tal jurisprudencia tiene en los órdenes nacionales, no es vinculante por su rango, ya que en varios países no tiene rango constitucional, ni la jurisprudencia del TEDH es intrusiva, ya que solo establece violaciones pero no define ni impone los medios para evitarlas. Por otra parte, si bien la jurisprudencia del Tribunal es dinámica, no avanza en su interpretación de los derechos fundamentales ni en la imposición de su cumplimiento en forma “antidemocrática” ni “nacionalizante”, como se ha sostenido respecto de la Corte IDH.⁹⁰ En el ámbito del derecho (penal) internacional, tal como es sostenido y entendido por los *internacionalistas* (y no por los *penalistas*), incluso la postura cauta del TEDH es vista como demasiado

⁸⁷ *Kononov v. Latvia*, TEDH App. n.º 36736/04, fallo 24.7.2008.

⁸⁸ *Kononov v. Latvia*, TEDH (Gran Cámara) n.º 36736/04, fallo 17.5.2010, § 237; véanse también § 227, 234 ss., 243. El voto disidente entendió en cambio que sí se violaba el principio de irretroactividad de la ley y que la ulterior persecución penal no había sido previsible para Kononov (véase § 22, 23 del voto disidente). Véase también la decisión de inadmisión del caso *Kolk/Kislyiy v. Estonia*, del 17.1.2006, accesible en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hkkm&action=html&highlight=Kislyiy&sessionid=61433880&skin=hd-doc-en>> (traducida al español en <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>>). Para un análisis crítico de estas decisiones pretendidamente “excepcionales” del TEDH véase Alicia Gil Gil: “La excepción al principio de legalidad del n. 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en este mismo volumen.

⁸⁹ Artículo 7.2. CEDH: “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constitúa delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Véase sobre esta *no aplicación* Gil Gil (cit. nota 88).

⁹⁰ Cf. Malarino (cit. nota 3, *passim*).

intrusiva. En el ámbito del derecho internacional incluso la mera condena de un Estado, aun en abstracto, es generalmente entendida como violatoria de la soberanía nacional. Desde este punto de vista, el TEDH resulta sostener una postura intermedia, entre la muy intrusiva de la Corte IDH y la no intrusiva del derecho internacional.

Respecto de los derechos materiales y procesales analizados, cabe destacar que tanto al establecer los alcances del derecho a la vida, como al definir las pautas procesales que deben respetarse al perseguir violaciones de ese derecho, el Tribunal se ha mostrado recatado en cuanto a las imposiciones hechas a las partes (nuevamente diferenciándose en este punto de la Corte IDH). Este mayor *restraint* debe leerse como producto del contexto socio-histórico-político de los procesos llevados y juzgados por el Tribunal. Los casos mayoritariamente traídos ante el TEDH están relacionados con *individuos particulares* que ven violados sus derechos por el Estado durante un proceso penal, o al requerir la debida atención como víctimas de un delito, etcétera. El alcance de las sentencias va directamente al caso particular, aunque tiene efecto orientador a nivel general para la ulterior jurisprudencia y legislación nacional, así como para actuales “casos paralelos”; su efecto inmediato, sin embargo, no trasciende de la esfera de aquellos individuos directamenteEn un gran número de las sentencias de la Corte Interamericana, por el contrario, se trata mayoritariamente de casos en que no solo individuos particulares, sino también la *sociedad misma*, se ven o se han visto afectados por la violación sistemática de derechos humanos por régimenes no democráticos.⁹¹ Cada sentencia de la Corte IDH, por lo tanto, tiene inmediato efecto no solo en las partes involucradas, sino también una clara fuerza simbólica en el colectivo. El campo social e histórico, e incluso la repercusión política son bien distintos en uno y otro terreno. De hecho, incluso quienes realzan el rol positivo del TEDH en Europa lamentan su “palmaria incapacidad de concluir procesos relativos a violaciones masivas de derechos humanos”;⁹² precisamente estos son los procesos que llenan la tarea de la Corte IDH, la cual de forma paulatina va resolviendo precisamente este tipo de causas.

⁹¹ Conc. Pindell (cit. nota 86), p. 623 (“Dada la historia de gobiernos represivos y malestar social en gran parte de las Américas, los casos procesados ante la Corte IDH generalmente han involucrado la comisión estatal de, o la aquiescencia estatal en, actos de tortura, ejecuciones extrajudiciales, masacres, y desapariciones forzadas por las cuales nadie ha sido sancionado” [*Given the history of repressive governments and civil unrest in much of the Americas, the cases filed with the Inter-American Court generally have involved states' commission of, or acquiescence in, acts of torture, extrajudicial executions, massacres, and forced disappearances for which no one has been punished*”]).

⁹² Wolfram Karl: “Zur Bedeutung des EGMR im europäischen Rechtsgefüge”, en Rüdiger Wolfrum y Philip Czech (comps.): *The European Court of Human Rights overwhelmed by applications: problems and possible solutions: international workshop, Heidelberg, December 17-18, 2007*, Berlin et al.: Springer, 2009, pp. 13-16, p. 14.

El Tribunal Europeo se muestra menos *activista* al juzgar presuntas violaciones de derechos humanos más *sofisticadas*,⁹³ en que se ven afectadas la intimidad o la libertad de expresión, y el Estado actúa —no obstante la concreta queja— en forma relativamente cauta. El TEDH parece responder cautamente a los reclamos de los ciudadanos y procura no inmiscuirse en extremo en los órdenes internos a fin de no afectar las soberanías nacionales. Pero este mismo TEDH se muestra activista, no obstante, al momento de juzgar casos que por su escala y/o violencia y/o sistematización tienen características similares a los casos juzgados por la Corte IDH. En estos procesos, las diferencias en la forma interpretativa de la Convención respectiva parecen relativizarse. La Corte Interamericana se caracteriza por su activismo judicial, lo cual podría llamarse *audacia* si tal activismo se enfrentase a resistencias de los Estados —los cuales, por el contrario, celebran su forma de actuar—. *Judicial restraint* al momento de juzgar violaciones prolongadas y sistemáticas de derechos humanos de grandes sectores de la población podría ser visto como tibieza y falta de compromiso con el juzgamiento histórico de los crímenes de Estado.

Un tribunal de derechos humanos puede —y debe, tal vez— actuar en forma audaz si amplía el ámbito de protección de los individuos mediante interpretaciones pro individuo, y contra el poder estatal, ya que sus decisiones no acarrean consecuencias inmediatas a individuos juzgados —puesto que los Estados, no los individuos, se encuentran en proceso— ni están restringidas por los principios reconocidos (en el mundo occidental) del derecho penal —dado que no se trata de procesos penales, sino de procesos propios del derecho internacional, que tienen precisamente por fin la limitación del poder estatal en favor del respeto de los derechos individuales.⁹⁴

⁹³ Término utilizado por la jueza Sylvia Steiner del Tribunal Penal Internacional en la reunión que mantuvo el Grupo de Estudios sobre Cuestiones del Derecho Penal Internacional el 3 de diciembre de 2010, en la sede de dicho Tribunal.

⁹⁴ Un tribunal penal —también el internacional—, en cambio, de ninguna manera tiene permitido mostrar activismo o audacia. Debe aplicar el derecho en respeto de los principios del derecho penal, y evitar repetir abusos de poder propios de los sistemas estatales a los que —indirectamente a través de sus agentes— se está juzgando.

Fallos citados

- Almonacid Arellano et al. contra Chile*, Corte IDH, serie C, n.º 154, fallo 26.9.2006.
- Anguelova v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 38361/97, fallo 13.6.2002.
- Antunes Rocha v. Portugal*, TEDH App. n.º 64330/01, fallo 31.5.2005.
- Bazorkina v. Russia*, TEDH App. n.º 69481/01, fallo 27.7.2006.
- Belolis v. Switzerland*, TEDH n.º 20/1986/167, fallo 29.4.1988.
- Bozzazzi v. Italy*, TEDH App. n.º 34884/97, fallo 28.7.1999.
- Calvelli and Ciglio v. Italy*, TEDH App. n.º 32967/96, fallo 17.1.2002.
- Campbell et al. v. the United Kingdom*, TEDH n.º 5/1980/36/53-54, fallo 22.3.1983.
- Caso Velásquez Rodríguez*, Corte IDH, serie C, n.º 4, fallo 29.7.1998.
- Cesim Yildirim et ál. V. Turkey*, TEDH App. n.º 20109/03, fallo 17.6.2008.
- Chapman v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara) n.º 27238/95, fallo 18.1.2001.
- Christine Goodwin v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara) n.º 28957/95, fallo 11.7.2002.
- Demicoli v. Malta*, TEDH n.º 33/1980/224/288, fallo 27.8.1991.
- Dink v. Turkey*, TEDH App. Nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, fallo 14.9.2010.
- Erikson v. Italy*, TEDH App. n.º 37900/97, Dec. sobre admisib. 26.10.1999.
- Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil*, Corte IDH, serie C, n.º 219, fallo 24.11.2010.
- Gongadzé v. Ucraine*, TEDH App. n.º 34056/02, fallo 8.11.2005.
- Hugh Jordan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 24746/94, fallo 4.5.2001.
- Ireland v. United Kingdom*, TEDH, fallo 18.1.1978.
- Kaya v. Turkey*, TEDH App. Nos. 158/1996/777/978, fallo 19.2.1998.
- Kaya v. Turkey*, TEDH App. Nos. 158/1996/777/978, fallo 19.2.998.
- Keenan v. United Kingdom*, TEDH App. n.º 27229/95, fallo 3.4.2001.
- Kelly and Others v. the United Kingdom*, TEDH n.º 30054/96; fallo 4.5.2001.
- Kılıç v. Turkey*, TEDH App. n.º 22492/93, fallo 28.3.2000.
- Kononov v. Latvia*, TEDH (Gran Cámara) n.º 36736/04, fallo 17.5.2010.
- Kononov v. Latvia*, TEDH App. n.º 36736/04, fallo 24.7.2008.
- Loizidou v. Turkey*, TEDH, serie A, n.º 310, fallo 23.3.1995.
- M. v. Germany*, TEDH App. n.º 19359/04, fallo 17.12.2009.
- M.C. v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 39272/98, fallo 4.12.2003.

Mahmut Kaya v. Turkey, TEDH App. n.º 22535/93, 2000-III, fallo 28.3.2000.

Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey, TEDH Nos. 46827/99 y 46951/99 (Sect. 1), fallo 6.2.2003.

Mastromatteo v. Italy, TEDH App. n.º 37703/97, fallo 24.10.2002.

McKerr v. the United Kingdom, TEDH n.º 28883/95, fallo 4.5.2001.

Moreira de Azevedo v. Portugal, TEDH App. n.º 11296/84, fallo 23.10.1990.

Nadrosov v. Russia, TEDH App. n.º 9297/02, fallo 31.7.2008.

Öneryldiz v. Turkey, TEDH App. n.º 48939, fallo 30.11.2004.

Opuz v. Turkey, TEDH App. n.º 33401/02, fallo 9.6.2009.

Osman v. the United Kingdom, TEDH 1998-VIII 3159, fallo 28.10.1998.

Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom, TEDH App. n.º 46477/99, fallo 14.3.2002.

Perez v. France, TEDH App. n.º 47287/99, fallo 12.2.2004.

Ramsahai and Others v. The Netherlands, TEDH App. n.º 52391/99, fallo 15.5.2007.

Selmouni v. France, TEDH (Gran Cámara) n.º 25803/94, fallo 28.7.1999.

Shanaghan v. the United Kingdom, TEDH n.º 37715/97, fallo 4.5.2001.

Situation in Uganda, CPI, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 hasta a/0070/06, a/0081/06 hasta a/0104/06 y a/0111/06 hasta a/0127/06 del 19.12.2007, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-02/04-112

Somogyi v. Italy, TEDH App. n.º 67972/01, fallo 18.5.2004.

Tomasi v. France, TEDH App. n.º 12850/87, fallo 27.8.1992.

Torri v. Italy, TEDH App. n.º 26433/95, fallo 1.7.1997.

Tribunal Constitucional contra Perú, Corte IDH, fallo (competencia) 24.9.1999.

Tyrer v. the United Kingdom, TEDH n.º 26, fallo 25.4.1978.

Von Hannover v. Germany, TEDH n.º 59320/00, 2004-VI, fallo 24.6.2004.

X. and Y. v. The Netherlands, TEDH App. n.º 16/1983/72/110, 91, fallo 27.2.1985.

Zwierzynski v. Poland, TEDH App. n.º 34049/96, fallo 19.6.2001.

DESPLAZAMIENTO FORZADO, SISTEMA INTERAMERICANO Y DERECHO PENAL INTERNO HACIA UNA CONFLUENCIA RACIONAL Y CONSISTENTE DE DIVERSOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Alejandro Aponte Cardona

RESUMEN. El sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado una jurisprudencia muy interesante para dar cuenta de hechos constitutivos de desplazamiento forzado interno, a pesar de que la Convención Americana no contiene expresamente una norma que se refiera a este fenómeno. Lo ha hecho de manera indirecta, a partir de normas que establecen derechos que son vulnerados por este fenómeno complejo. En el ámbito interno, a su vez, esta jurisprudencia alimenta el debate constitucional y penal respecto de la protección al desplazado y de la sanción de un delito que constituye hoy crimen internacional, sea como delito de lesa humanidad o como crimen de guerra. No obstante, sucede en la práctica una confusión entre estos tres diferentes ámbitos de protección, de modo que el derecho penal se ve disfuncionalizado y negado en sus principios, obligado a dar respuestas que lo sobrepasan y exceden, frente a un delito pluriofensivo que merece respuestas institucionales en las que se armonicen la política social y la política criminal. El trabajo se acompaña de una excursión donde se abordan temas especialmente problemáticos en la dogmática que determina este delito de ejecución permanente.

Palabras clave: desplazamiento forzado, jurisprudencia, protección de los derechos humanos, derecho internacional de los derechos humanos, proceso penal.

ZUSAMMENFASSUNG. Das interamerikanische Menschenrechtssystem hat eine sehr interessante Rechtsprechung zu Vorgängen entwickelt, die Zwangsumsiedlungen in einem Land darstellen, obwohl die amerikanische Konvention keine ausdrückliche Vorschrift enthält, die dieses Phänomen zum Gegenstand hat. Der Bezug wird indirekt über Normen hergestellt, in denen Rechte definiert werden, die durch das genannte

vielschichtige Phänomen verletzt werden. Intern leistet die Rechtsprechung einen Beitrag zur verfassungs- und strafrechtlichen Debatte über den Schutz von Zwangsumgesiedelten und die Verfolgung einer Straftat, die heute ein Verbrechen gegen das Völkerrecht darstellt, sei es als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder als Kriegsverbrechen. In der Praxis ergeben sich jedoch Verwechslungen zwischen den drei genannten Schutzbereichen, wodurch die Funktion des Strafrechts beeinträchtigt und seine Grundlagen in Frage gestellt werden, wenn es angesichts einer plurioffensiven Straftat, die institutioneller Antworten mit einer aufeinander abgestimmten Sozial- und Kriminalpolitik bedürften, dazu verpflichtet ist, Antworten zu geben, die über seinen Zuständigkeitsbereich hinausgehen und es überfordern. Die Arbeit enthält einen Exkurs zu einigen Themen, die hinsichtlich der diese fortgesetzte Straftat definierenden Dogmatik besonders problematisch sind.

Schlagwörter: Zwangsumsiedlung, Rechtsprechung, Menschenrechtsschutz, internationales Recht der Menschenrechte, Strafprozess.

ABSTRACT. The Inter-American human rights system has developed very interesting case law to deal with cases of forced internal displacement, despite the fact that the American Convention has no specific rule on this issue. It has used an indirect approach, based on the rules that establish rights which are infringed by this complex phenomenon. At the domestic level this case law fuels the debate about the protection afforded by the constitutional and criminal systems to displaced persons and the punishment of an offence which is currently an international crime – a crime against humanity or a war crime. Nevertheless, in practice there is some confusion about the three different levels of protection, so criminal law is forced to alter its function and deny its principles in order to respond to issues that go beyond its role. This is a multiple offense crime which requires institutional answers that combine social and criminal policies. The paper has an appendix about especially difficult topics with regard to the doctrinal principles at stake in this permanent crime.

Keywords: forced displacement, case law, human rights protection, international human rights law, criminal procedure.

1. ● Introducción

Existe una especie de trípode hoy, en cuanto hace referencia a la protección nacional e internacional de derechos humanos, el cual se encuentra conformado, en América Latina, por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el sistema constitucional de protección de los derechos humanos y el sistema penal de protección de los derechos humanos —que se concreta en ámbitos como el de la persecución penal nacional de crímenes internacionales—. Este último, por su naturaleza penal, es restringido y restrictivo por excelencia; está determinado, en cuanto sistema penal, por los principios que lo rigen y lo condicionan. Con el derecho penal no se promueven conductas, se reacciona ante la violación de normas que tipifican conductas; no constituye un sistema de promoción de valores ni de derechos: es un sistema de contramotivación de conductas, de reacción sancionatoria ante el desconocimiento de las normas.

Por esa razón, lo primero que se impone frente a las políticas públicas de protección y promoción de derechos humanos es la diferencia consistente y racional de los distintos ámbitos de protección. Así, teniendo en cuenta la existencia de dicho trípode, se deben establecer puentes que comuniquen los ámbitos de protección, sin por ello mezclarlos o confundirlos, disfuncionalmente. No obstante, lo que parece suceder en diversos países de América Latina es que al sistema penal se lo carga con tareas que no le corresponden, que lo agobian y lo hacen disfuncional, lo que produce reacciones y decepciones sociales que le restan legitimidad. De esta forma, en lo que concierne a la persecución penal de crímenes internacionales, tema que ocupa permanentemente al Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en el contexto más amplio de la protección penal de derechos humanos —concepto que, desde luego, no es pacífico, justamente por las impropiedades que puede generar—, existen tendencias a llevar a cabo dicha persecución, violando el carácter restrictivo y acotado del derecho penal, en función de la investigación y sanción, loable y necesaria, de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH).

En el centro de esta confusión se puede encontrar la tarea estatal de persecución penal del delito de desplazamiento forzado, tema del cual se ocupará el presente trabajo. Se trata de un verdadero drama del siglo XX y XXI, particularmente en países que, como Colombia o incluso el Perú y algunos países centroamericanos, han soportado, y en el primero soportan aún con rigor, situaciones propias de guerra o conflictos

armados internos con grupos irregulares. Pero también el desplazamiento forzado es un gran ejemplo de cómo puede funcionar la complementariedad de los sistemas de protección, cada uno, como se ha insistido, desde su propia perspectiva y ámbito de aplicación. Así, en el presente trabajo se adelanta un estudio de cómo ha sido abordado por el sistema interamericano de derechos humanos el desplazamiento forzado, de los orígenes de las decisiones y los contextos en los cuales ellas tienen lugar, al mismo tiempo que se adelanta un estudio del delito en sí, de sus aspectos penales fundamentales como crimen internacional y de las tensiones que se generan, en detrimento del derecho penal, cuando se mezclan y confunden disfuncionalmente los ámbitos de protección al impulsar la persecución penal nacional del crimen comentado. (Este apartado se presenta a manera de excursión. Se hará referencia general a decisiones del sistema interamericano, es decir, relacionadas con diversos países, para luego, en el estudio propiamente penal, hacer mayor énfasis en el caso colombiano, el cual ilustra muy bien las dificultades en la práctica diaria de persecución penal de un delito de estas características.)

2. El desplazamiento forzado en el sistema interamericano de derechos humanos

Las violaciones a los derechos humanos que se generan a partir de un desplazamiento forzado han sido objeto de varios debates dentro del sistema interamericano de derechos humanos. De esta manera, aun cuando la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), base de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), no hace mención expresa al desplazamiento forzado interno, los órganos del sistema han sido activos al manifestarse sobre esta situación.

A continuación se hará referencia a los informes anuales y peticiones individuales en los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia al desplazamiento forzado, para luego hacer lo propio con los casos que ha fallado la Corte IDH en este sentido. Los argumentos de estos órganos van dirigidos a recalcar que el desplazamiento forzado entraña diversos y simultáneos tipos de violaciones a los

derechos humanos protegidos por la CADH, particularmente cuando dichos desplazamientos tienen lugar en situaciones de conflicto armado interno.¹

2.1. Informes anuales y temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre desplazamiento forzado

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos rinde informes anuales ante la Asamblea General de la OEA, al tiempo que prepara estudios e informes temáticos, los cuales usualmente tratan sobre la situación de los derechos humanos en un Estado. Igualmente, este órgano estudia y tramita las peticiones individuales que le sean presentadas sobre presuntas violaciones a los derechos humanos consagrados en la CADH y otros instrumentos aplicables, y señala —agotado el trámite de admisibilidad y si el caso lo amerita— la consecuente violación de los derechos humanos por un Estado. Así, dichos informes y peticiones han sido la base para poner de manifiesto ante el sistema interamericano de derechos humanos situaciones de desplazamiento forzado interno que implican violaciones a derechos humanos consagrados en la CADH.

Respecto de los informes anuales, es relevante resaltar que la Comisión Interamericana se refirió por primera vez a hechos constitutivos de desplazamiento forzado en octubre de 1981, a través del *Informe anual 1980-1981*, donde estableció que el desplazamiento forzado era un nuevo fenómeno a propósito del cual se debían tomar medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos.² Este *Informe*, además de constituir el precedente principal para que el desplazamiento forzado interno y sus consecuencias adquiriesen relevancia ante el SIDH, tiene particular importancia en el horizonte de la necesaria confluencia —mas no confusión— de ámbitos de protección de protección de derechos humanos en contextos de conflicto armado. Ello por cuanto, en el entender de la Comisión, el desplazamiento forzado interno, que en aquella época comenzaba a adquirir gran magnitud, era un efecto secundario de la violencia.³ A su vez,

¹ Como se ve, esta conclusión nos remite inmediatamente al tema que el autor abordó en la reunión anterior del Grupo de Estudios latinoamericano, en Buenos Aires en el año 2009, a propósito de cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado sentencias contra Estados por violaciones a normas de derecho internacional humanitario sin tener competencia en principio, ya que la Convención Americana no contiene normas humanitarias. Véase Alejandro Aponte: “El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad, 2010, pp. 125-170.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 1980-1981*, octubre de 1981.

³ Ibídem.

en ese informe la Comisión exhortó a los Estados a brindar asistencia y protección a las personas víctimas del desplazamiento, lo que reiteró en los informes anuales de 1981-1982 y 1983-1984.

Más adelante, en el *Informe anual 1984-1985*, la Comisión se pronunció a fondo sobre el tema objeto de estudio, tras analizar los desplazamientos humanos en la región.⁴ Sin embargo, en dicho *Informe*, así como en los dos anteriores referidos, la Comisión centró su atención en el problema del refugio de personas en otros países. A partir de lo expresado, han sido varios los informes anuales de este órgano que han hecho referencia al desplazamiento forzado interno, haciendo patente que dicho fenómeno implica la vulneración de varios derechos humanos consagrados en la CADH.⁵

Es pertinente destacar el *Informe anual 2009*, en el cual la Comisión hizo alusión al desplazamiento forzado que afecta a la población civil en Colombia recordando pronunciamientos que, en el ámbito interno, la Corte Constitucional colombiana ha efectuado sobre el desplazamiento forzado. En este sentido, la Comisión indicó:

La Corte Constitucional de Colombia examina en forma periódica la situación de la población desplazada en el marco del conflicto armado. Mediante sentencia T-025 de 2004 declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional por efecto del desplazamiento forzado y ordenó que las políticas públicas protejan efectivamente los derechos de las personas desplazadas y superen el estado de cosas inconstitucional. Estas directrices han sido progresivamente precisadas por la Corte Constitucional en sucesivos autos de seguimiento. En 2009 la Corte Constitucional profirió los Autos 004 sobre desplazamiento de pueblos indígenas; 005 sobre desplazamiento de la población afrodescendiente; 007 sobre coordinación de políticas públicas de atención a la población desplazada por parte de las entidades territoriales; 008 sobre el mantenimiento del estado de cosas inconstitucional respecto de la población desplazada; 009 sobre el homicidio de un familiar de una líder de la Liga de Mujeres Desplazadas; 011 sobre el sistema de información y registro de la población desplazada; y 222 sobre la adopción de medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente de Caracolí perteneciente al Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Curvaradó.⁶

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 1984-1985*, octubre de 1985.

⁵ Por ejemplo, el *Informe anual* de la CIDH de 1998, donde formula recomendaciones a los Estados para que acojan, respeten e implementen los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. Marco Alberto Velásquez Ruiz: *El fenómeno del desplazamiento forzado interno desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos*, monografía para optar por diploma de especialista, XXXIV Curso de Derecho Internacional “Aspectos jurídicos del desarrollo regional”, Organización de Estados Americanos, Río de Janeiro, 2008.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 2009*, diciembre de 2009, § 86.

De igual forma, la Comisión señaló que continuaría “dando seguimiento a las medidas que se adopten a fin de atender la situación de la población desplazada y el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en los plazos por ella estipulados”.⁷ En este sentido, el tratamiento dado por la Comisión Interamericana al desplazamiento forzado, particularmente en Colombia, pone de manifiesto la confluencia de diversos ámbitos de protección de derechos humanos al tomar medidas para reparar este problema. Así, como se ve, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo referencia a la Corte Constitucional colombiana al evaluar el tratamiento que en el ámbito interno ha tenido el desplazamiento forzado, pero, a su vez, la propia Corte Constitucional hizo alusión a recomendaciones efectuadas por la Comisión en materia de desplazamiento forzado en la sentencia T-025 de 2004, particularmente en relación con los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno como documento útil al interpretar las normas en materia de desplazamiento forzado. En esa oportunidad indicó:⁸

Diversos organismos e instancias internacionales han recomendado la aplicación de estos principios por parte de las diversas autoridades de los Estados en los que se presente el problema del desplazamiento interno forzado, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, la Organización de la Unión Africana, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, la Organización del Commonwealth y diversos gobiernos.⁹

⁷ Ibídem, § 89.

⁸ Para mayor información sobre el valor que en el ámbito interno tienen los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, se recomienda ver el libro del autor, titulado: *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, publicado en la colección de profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y la Fundación Konrad Adenauer en enero de 2011, pp. 104 ss.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-025 del 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinoza, nota al pie número 22. En esta sentencia, como señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe* antes citado, la Corte Constitucional colombiana declaró que existía un “estado de cosas unconstitutional” en materia de desplazamiento forzado en Colombia. Para la Corte, dicho estado se declara si se constata la existencia de los siguientes requisitos: 1) una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales, que afecta a un número significativo de personas; 2) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; 3) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculado; 4) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; 5) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante, y vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Nótese cómo ambos órganos, el interno y el internacional, se citan mutuamente con el propósito de establecer el tratamiento que uno y otro le han dado al fenómeno del desplazamiento forzado interno. Esto en un principio es correcto, siempre y cuando ambos ámbitos de protección respeten sus límites propios y no se confundan ni se mezclen con el sistema penal de protección de derechos humanos, como se recalcará en la próxima sección.

Por otra parte, en paralelo a los informes anuales referidos, la Comisión ha elaborado tres informes temáticos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, los cuales han hecho referencia al desplazamiento forzado interno. El primero de estos data de 1981 y alude al desplazamiento que Colombia para esas épocas comenzó a padecer.¹⁰ Es pertinente resaltar que en ese informe la Comisión señaló al gobierno colombiano como uno de los actores causantes del desplazamiento forzado en el país, así como a los campesinos y a los indígenas como sujetos en especial peligro de sufrir desplazamiento forzado. Luego, en 1993, la Comisión volvió a pronunciarse sobre la situación de los derechos humanos en Colombia e hizo referencia al desplazamiento interno como una consecuencia de la violencia que el país padecía.¹¹ Por otra parte, en este último informe destaca la falta de atención que para 1993 recibía el desplazamiento en Colombia, a pesar de que 10 años antes la Comisión ya había exhortado al Estado a ocuparse del asunto. Por último, en 1999 la Comisión elaboró un nuevo informe sobre el Estado colombiano, muy detallado sobre el desplazamiento interno, en el cual expresó que este era uno de los aspectos más graves de la situación de los derechos humanos en general en Colombia.¹²

2.2. La presión internacional y el inicio de políticas públicas en materia de desplazamiento forzado

La presión internacional que para un Estado implica que se haga notorio un fenómeno de magnitudes tales como las que tiene el desplazamiento forzado en Colombia ha sido útil para que en el ámbito interno se tomen medidas sobre el fenómeno. Para explicar esta situación es menester hacer referencia, así sea brevemente, a los orígenes de

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia de 1981*.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia de 1993*.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia de 1999*.

la preocupación internacional por el tema y al impacto concreto que ello tuvo en el país. Hay que aclarar, no obstante, que el desplazado, como víctima del conflicto armado y los violentos procesos de apropiación de la tierra en Colombia, solo existió como tal para el Estado colombiano desde 1995. Antes era invisible para la política social estatal.¹³ Fue tomado en cuenta por primera vez con la denominada “política para migraciones por razones económicas” del gobierno de Barco Vargas (1986-1990) o, como se verá, se lo asimiló al damnificado por desastres naturales en el gobierno de Gaviria Trujillo (1990-1994).¹⁴ ¿Qué cambio se produjo para que el desplazado adquiriera un papel visible en la política pública colombiana y causara que el Estado comenzara a emprender esfuerzos para recuperar y garantizar sus violados derechos?

Varios factores confluyeron en el proceso de hacer visible esa realidad que padecían millones de colombianos pero ante la cual la sociedad era indiferente; algunos de ellos serán reseñados a continuación. Valga establecer en primer término que el fin de la Guerra Fría no solo evidenció la complejidad del problema de los desplazados internos en varios lugares del mundo, sino también sus dimensiones políticas, sociales, económicas, psicológicas y jurídicas. Esta situación comenzó a preocupar a la comunidad internacional y, en relación con ello, la evaluación de la problemática de los desplazados en Colombia fue llevada a cabo por el representante del secretario general de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, Francis M. Deng.¹⁵

La visita de este diplomático a Colombia, entre el 10 y el 18 de junio de 1994, permitió elaborar un reporte en el que se hacía un recuento de los antecedentes históricos y la evolución del fenómeno, para luego enumerar elementos de diagnóstico y formular una serie de recomendaciones de política para el Estado y para las organizaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil.¹⁶ A su vez, Deng señaló que las personas que estaban aparentemente condenadas a padecer situaciones de desplazamiento

¹³ Sobre las paradojas de la visibilidad que puede, pese a toda buena intención, hacer visible al desplazado para seguir siendo desconocido en la práctica o perseguido, véase el texto de Roberto Vidal López que constituye una teoría del desplazamiento: *Derecho global y desplazamiento interno. Creación y uso del concepto del desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*: Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2007, pp. 31 ss.

¹⁴ Martha Bello: “El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación de capital y exclusión social”, en *Revista Aportes Andinos*, n.º 7, ponencia presentada en la conferencia regional “Globalización, migración y derechos humanos”, PADH, Quito, octubre de 2003, p. 7.

¹⁵ Andrés Franco: “Los desplazados internos en Colombia: una conceptualización política para el logro de soluciones a largo plazo”, en *Colombia Internacional*, n.º 42, abril-junio, Centro de Estudios Internacionales, Universidad de los Andes, 1998, p. 1.

¹⁶ Ibídem.

forzado eran víctimas de varias violaciones a los derechos humanos.¹⁷ Estos elementos constataban la preocupación de la comunidad internacional por la situación de los desplazados de Colombia y eran un impulso para que el país comenzara, tímidamente, a crear soluciones que remediaran el fenómeno.

Excede los límites de este trabajo dar cuenta de un desarrollo tan complejo; sin embargo, con estas alusiones se pretende ilustrar que fue la comunidad internacional la que influyó para que se fuesen asumiendo directrices en el ámbito interno con el propósito de prevenir el fenómeno. No obstante, como se verá, hasta mediados de la década del 2000 no hubo un avance importante en cuanto a la persecución penal del delito.

2.3. Peticiones individuales en materia de desplazamiento forzado interno

El primer caso en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que existían hechos constitutivos de desplazamiento forzado fue el del pueblo indígena *Yanomami contra Brasil*, en 1985.¹⁸ En este la Comisión estableció que Brasil había violado el derecho de residencia y tránsito, contenido en el artículo VIII de la Declaración Americana de 1948, como consecuencia de la construcción de una autopista que generó el desplazamiento de la comunidad y truncó su proceso de vida. Luego, en el caso de *Maria Mejía contra Guatemala*, la Comisión por vez primera estableció que el desplazamiento forzado implicaba la violación de un derecho consagrado en la CADH, el artículo 22.1, que hace referencia a la libre circulación y residencia. Concretamente, en el caso en referencia la Comisión indicó:

El desplazamiento forzado de 39 miembros de la población de Parraxtut Segundo, quienes por amenazas de los comisionados militares y los jefes de las PACs tuvieron que refugiarse en las oficinas del CERJ y en otros lugares fuera de su comunidad, constituye una violación al artículo 22.1 de la Convención que reconoce el derecho de circulación y residencia.¹⁹

Es importante en este punto expresar que la Comisión manifestó que la violación probada del derecho a la integridad personal fue el antecedente primario que generó el desplazamiento forzado de los miembros de la comunidad. Ello se debe a que las

¹⁷ Jorge González Jácome: *El camino hacia la categorización del desplazado como sujeto especial de derechos*, tesis de grado, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 30.

¹⁸ Marco Alberto Velásquez Ruiz: o. cit., p. 20.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Maria Mejía contra Guatemala*, petición 10.553, informe de fondo n.º 32, de 1996.

amenazas de los militares a los miembros de la comunidad tuvieron el objetivo de intimidar a los desplazados para que no regresaran, lo que implicó una violación al derecho de estas personas a elegir el lugar de residencia.²⁰

2.4. Casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pese a los múltiples pronunciamientos de la Comisión Interamericana sobre la grave violación de derechos humanos que representa el desplazamiento forzado interno, así como las recomendaciones públicas hechas a los Estados —particularmente a Colombia— para subsanar el problema, han seguido ocurriendo hechos de desplazamiento forzado, por lo cual la Corte IDH ha proferido diversas providencias que tienen relación directa con este fenómeno. A continuación se hará referencia a algunas de ellas.

2.4.1. *El artículo 22 del Pacto de San José como marco general de interpretación de las conductas constitutivas de desplazamiento forzado*

El primer caso en el que la Corte IDH imputó responsabilidad internacional a un Estado por hechos constitutivos de desplazamiento forzado interno fue el de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, en el cual se presentaron argumentos decisivos que sostienen aún la posición de la Corte sobre hechos constitutivos de desplazamiento forzado. En este caso, la Corte falló los hechos ocurridos el 29 de noviembre de 1986 en el Estado demandado, cuando se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana en cuyo desarrollo agentes del Estado y sus colaboradores dieron muerte a varios miembros de la comunidad, al tiempo que quemaron y destruyeron sus propiedades, forzando así a algunos sobrevivientes a desplazarse internamente.²¹ A partir de lo expuesto, el tribunal interamericano enfocó la responsabilidad del Estado por el desplazamiento de las víctimas del caso, considerando que había tenido lugar la violación del artículo 22 de la CADH —el cual, como se mencionó, consagra el derecho de circulación y residencia—, en relación con el artículo 1.1, que dispone la obligación de los Estados de respetar los derechos contenidos en la CADH.

²⁰ Marco Alberto Velásquez Ruiz: o. cit., p. 21.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

El tribunal estableció que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, y señaló que para el caso en alusión eran relevantes los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno, que ilustran el contenido y el alcance del artículo 22 de la CADH en el contexto de desplazamiento. Sobre esa base, la Corte IDH expresó que el Estado demandado no había establecido las condiciones ni provisto los medios para que los miembros de la comunidad regresaran voluntariamente a sus tierras, en forma segura y con dignidad.

2.4.2. *Colombia frente al sistema interamericano: conflicto armado interno y desplazamiento forzado*

A partir del precedente referido, en otros casos la Corte IDH se ha pronunciado sobre el desplazamiento forzado, siendo Colombia el Estado demandado. Entre ellos destacan el caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia* y el caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*.²²

En el primero, los hechos aluden a una masacre perpetrada en Mapiripán, Meta, municipio en el cual los días 15 y 20 de julio de 1997 aproximadamente un centenar de miembros de grupos paramilitares, con la colaboración, tolerancia y aquiescencia de agentes del Estado, privaron de la libertad, torturaron y asesinaron por lo menos a 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare. La Corte IDH consideró probado que, si bien los hechos fueron cometidos por grupos privados de autodefensas, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin sucesivas acciones y omisiones de varios miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, y este hecho sirvió de base para imputar la responsabilidad internacional de Colombia por la masacre y sus consecuencias.²³

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre del 2005, fondo, reparaciones y costas; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, sentencia del 1.º de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Se señala, igualmente, que en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, aun cuando los representantes de las víctimas alegaron la presunta violación del derecho a la libre circulación y residencia consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana, en relación con el desplazamiento de habitantes del lugar de la masacre, la Corte consideró que ello no había sido alegado en el momento procesal adecuado, por lo cual no se pronunció respecto de la presunta violación de este artículo. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de *Pueblo Bello contra Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, fondo, reparaciones y costas, en Marco Alberto Velásquez Ruiz: o. cit., p. 30.

²³ En este punto es relevante tener en cuenta que la Corte consideró que, en cuanto a la responsabilidad internacional del Estado en este caso, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar la culpabilidad de sus autores o su intención, como tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. De esta manera,

De otro lado, en razón de que la masacre produjo, a su vez, el desplazamiento de familias enteras, la Corte IDH analizó esta cuestión a partir del artículo 22.1 de la CADH, en relación con los artículos 4.1, 5.1, 19 y 1.1. En este sentido, la Corte volvió a señalar, como lo había hecho en el caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, para luego invocar, de nuevo, la relevancia que en casos de desplazamiento forzado interno tiene el contenido de los Principios Rectores de Desplazamiento Forzado Interno, útiles al ilustrar la interpretación y el alcance del artículo 22 de la CADH.

De otra parte, la referida corporación estableció que el desplazamiento ocurrido a causa de la masacre de Mapiripán debía ser analizado en el contexto particular del conflicto armado interno colombiano. Ante esto, se erigió un nuevo elemento de análisis, que adelantó la Corte IDH en este caso, en cuanto al tratamiento dado al desplazamiento forzado en Colombia por este órgano, al establecer que las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949 resultan especialmente útiles para la aplicación de la CADH en el conflicto armado interno colombiano.

De esta forma, la Corte IDH introdujo el DIH como un elemento de interpretación de la CADH en materia de desplazamiento. En esta dirección y a partir del desplazamiento, se puede también, en función del presente trabajo, observar los argumentos del sistema interamericano respecto de violaciones al DIH que han tenido lugar, paradójicamente, en países que han firmado un pacto o convención propia para Estados que apoyan sus instituciones, en principio, sobre la base de la paz —no lograda, empero— como condición de validez de las normas jurídicas.²⁴

En concordancia con lo anterior, la Corte IDH manifestó que el desplazamiento forzado interno de los familiares de las víctimas de la masacre no podía ser desvinculado de otras violaciones a los derechos humanos declaradas en la sentencia: la agresión a su integridad personal, la falta al deber estatal de investigar los hechos y la violación del

para la Corte Interamericana es suficiente demostrar que existió apoyo o tolerancia de funcionarios estatales en la comisión de los hechos que constituyeron la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, o que existió omisión en su comportamiento. A su vez, esa responsabilidad internacional puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado, en este caso los paramilitares; lo expresado, con base en la existencia de deberes de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del DIH. La atribución de responsabilidad penal es un ejercicio más estricto, tal como se ha dicho, sobre todo porque está proscrita la responsabilidad objetiva y porque, de hecho, se trata de responsabilidad estrictamente individual.

²⁴ Para un análisis sobre cómo el sistema interamericano, especialmente la Comisión Interamericana, a partir de la noción de vida y dignidad desglosa el derecho internacional humanitario e impone su respeto, a pesar de que la Convención Americana no contiene normas humanitarias propiamente dichas, véase el texto ya reseñado de Alejandro Aponte (cit. nota 1), pp. 125-170.

artículo 19 de la CADH, por la desprotección a la que fueron sometidos quienes eran niños y niñas al momento de ser desplazados. Igualmente, para la Corte los familiares de las víctimas vieron vulnerado su derecho a una vida digna. Con base en estos elementos de juicio, mediante una interpretación en perspectiva del artículo 22 de la CADH, tomando en cuenta las normas de interpretación señaladas y de conformidad con el artículo 29.*b* de la misma convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, la Corte consideró que el artículo 22.1 de la CADH protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado parte. En consecuencia, condenó a Colombia por incumplimiento de sus obligaciones internacionales, con la consiguiente obligación de reparar a las víctimas.

De otro lado, en este caso, la Corte IDH también consideró que el Estado era responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con su artículo 1.1, los cuales consagran los derechos a las garantías judiciales y protección judicial. El análisis efectuado por la Corte sobre esta cuestión es fundamental al comprender la forma como confluyen en la práctica para los operadores jurídicos los diferentes ámbitos de protección de los derechos humanos, toda vez que, de acuerdo con el análisis efectuado por la Corte IDH,

[...] las violaciones declaradas a los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas (*supra* § 139), resultan agravadas como consecuencia de las faltas al deber de protección y al deber de investigar los hechos, como consecuencia de la falta de mecanismos judiciales efectivos para dichos efectos y para sancionar a todos los responsables de la masacre de Mapiripán. En consecuencia, el Estado ha violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las víctimas del presente caso.²⁵

Nótese cómo el incumplimiento del deber del Estado de impulsar las investigaciones judiciales que en el ámbito interno está obligado a llevar a cabo cuando hay vulneración de derechos humanos está íntimamente relacionado con la persistencia de la violación de dichos derechos. Sobre esta cuestión la Corte IDH recordó:

[...] el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre del 2005, fondo, reparaciones y costas, § 241.

jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con las violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos de Mapiripán, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana.²⁶

La Corte IDH, además, estableció la necesidad de vigilar el cumplimiento de sus providencias. El tema penal es especialmente crítico en este sentido y ha dado pie para innumerables confrontaciones entre los Estados y el sistema: ¿hasta dónde se cumple o incumple con la obligación de investigar y juzgar hechos constitutivos de desplazamiento? En cualquier caso, la Corte, en materia de supervisión del cumplimiento de la sentencia proferida en el caso de la Masacre de Mapiripán, adujo:

[...] la Comisión manifestó que si bien la obligación de investigar y sancionar los hechos debe desarrollarse en el marco del sistema penal del Estado, esto no excluye ni limita las facultades de la Corte para analizar si ello resulta adecuado y eficaz para resolver la situación del presente caso.²⁷

Dichas facultades de la Corte IDH para analizar si las investigaciones penales han sido las adecuadas deben respetar los límites propios del sistema penal.²⁸ Esta apreciación es relevante, puesto que es en estos análisis donde se pueden presentar las confusiones en la práctica de las reglas propias de los diferentes ámbitos de protección de derechos humanos. Más aun cuando, según la propia Corte IDH, en materia de desplazamiento forzado, las investigaciones y sanciones penales tienen incidencia en las posibilidades de retorno de los habitantes de Mapiripán desplazados.²⁹ Pero, como es obvio, para que

²⁶ Ibídem, § 211.

²⁷ Ibídem, § 22.

²⁸ Debe advertirse que, desde el punto de vista penal, este caso, en el cual estuvieron involucrados un general del Ejército y diversos militares de muy alto rango, es un caso tipo sobre cómo hoy en el país la tendencia frente a la responsabilidad del superior jerárquico es sancionar, con base en la omisión impropia, la posición de garante y el tipo omisivo culposo, a los militares implicados, trasformando la omisión en acción. La sentencia con base en la cual está condenado actualmente el general Uscátegui es por coautor por acción. Véase al respecto la sentencia del 23 de noviembre de 2009, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, radicado n.º 1100107040092004011401.

²⁹ Ibídem, § 58.

haya efectivamente condiciones de retorno propicias deben trabajar todas las agencias estatales; el papel del derecho penal puede ser simbólicamente importante, pero la verdadera seguridad y protección de las personas pasa por la devolución de tierras, por una política agraria auténtica, etcétera.

En este sentido, es importante y necesario apoyar, en el caso colombiano, las intenciones del nuevo gobierno, que se concretan en devoluciones sumarias de tierras y, sobre todo, en la Ley de Tierras presentada al Congreso en el mes de septiembre de 2010. (Debe advertirse, no obstante, que se trata de un proceso a “sangre y fuego”, es decir, el gobierno, de manera valiente sin duda, en cabeza de un ministro de Agricultura comprometido, ha llevado adelante procesos de restitución de tierras. Pero esto ha sido adelantado al mismo tiempo en que se asesina cobardemente a líderes campesinos que luchan por la devolución de sus tierras. De hecho, al momento de cerrar el presente trabajo, el 24 de marzo de 2011, fue asesinado un nuevo líder campesino. Acciones en lógica transicional, propias de posconflicto, deben tener lugar en plena guerra. Ese es el drama de Colombia y ello condiciona cualquier especulación teórica sobre estos temas.)

El segundo caso reseñado, el de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, alude a dos masacres perpetradas en los corregimientos La Granja y El Aro, en el municipio de Ituango, departamento de Antioquia, en junio de 1996 (masacre en La Granja) y noviembre y octubre de 1997 (masacre en El Aro), donde varios sujetos paramilitares, luego de dar muerte a numerosos habitantes, robaron el ganado de las víctimas e incendiaron los pueblos. La base para imputar la responsabilidad internacional en esta ocasión recayó en el hecho de que las masacres fueron efectuadas debido a varias acciones y omisiones de miembros de las Fuerzas Armadas colombianas. De otro lado, las masacres, junto al amedrentamiento por paramilitares y los daños sufridos, provocaron el desplazamiento interno de familias enteras.

La Corte IDH consideró que Colombia había violado el artículo 22 de la CADH, en relación con su artículo 1.1, por el desplazamiento forzado producido. Ello en razón a que, de acuerdo con el tribunal, el derecho de circulación y residencia constituye una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona; en concordancia, la Corte realizó una interpretación también en perspectiva del artículo 22 de la CADH, y señaló que este protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado parte. La Corte IDH también indicó que los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno resultaban relevantes al definir el contenido y el alcance del artículo 22 de la CADH en contextos de desplazamiento interno. En consecuencia, la Corte IDH

enfatizó de nuevo, en este caso, el hecho de que el desplazamiento producido se enmarcaba en una situación generalizada de desplazamiento forzado interno que afecta a Colombia y que es causada por el conflicto armado. Por tal motivo, volvió a enfocar esta problemática a la luz no solo del derecho internacional de los derechos humanos, sino también del DIH.

En igual sentido, observó que el desplazamiento forzado interno de las víctimas no podía ser desvinculado de las demás violaciones declaradas en la sentencia. En este orden de ideas, expresó que las circunstancias del caso y la especial y compleja situación de vulnerabilidad que padecían las víctimas incluían, pero a la vez trascendían, el contenido de la protección debida por los Estados en el marco del artículo 22 de la CADH.

En efecto, la Corte IDH consideró que el desplazamiento tuvo origen en la desprotección sufrida durante las masacres, no solo a raíz de las violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, sino también por la destrucción del ganado y las viviendas, lo que violaba los derechos a la propiedad privada y al domicilio; todos estos objeto de imputación de responsabilidad internacional al Estado colombiano. Finalmente, el conjunto de los derechos vulnerados llevó al Tribunal a considerar que, más allá del contenido normativo del artículo 22 de la CADH, la situación de desplazamiento analizada también había afectado el derecho de las víctimas y sus familiares a una vida digna, en relación con el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos consagrados en la CADH. Por último, este análisis finalizó en la condena al Estado colombiano a reparar los perjuicios ocasionados a las víctimas desplazadas en cuanto a daños materiales, inmateriales y otras formas de reparación.

En este caso la Corte IDH también encontró “que los procesos y procedimientos internos no han constituido recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia y de toda la verdad de los hechos, la investigación y sanción de los responsables y la reparación de las consecuencias de las violaciones”, por lo que el Estado colombiano había violado los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con su artículo 1.1.³⁰ Así, como ocurrió también en el caso de la *Masacre de Mapiripán*, se puede ver cómo las investigaciones judiciales, particularmente las penales, están íntimamente relacionadas con la vulneración de otros derechos humanos contenidos en la CADH.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, sentencia del 1.º de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, § 344.

3. Alcances y límites de la sanción penal del desplazamiento forzado como crimen internacional

Una vez estudiado el desarrollo que en el sistema interamericano ha tenido la sanción a los Estados, en virtud de hechos propios de desplazamiento forzado que comprometen a funcionarios estatales, se adelantará a continuación el estudio de un documento producido por la Fiscalía General de la Nación de Colombia, en el cual se retoman decisiones comentadas de la Corte IDH, con el propósito de darles solidez a los argumentos que subyacen a estrategias de investigación del delito de desplazamiento forzado en el Estado mencionado. Con el estudio de este documento oficial se ilustrarán, además, la tensión y la confusión que tienen lugar en el uso indiscriminado y sin matices de los diversos ámbitos de protección de derechos humanos, así como las graves consecuencias que trae ello para el derecho penal. Empero, con su estudio también se ilustrarán algunos avances cualitativos muy importantes para la investigación y sanción del delito.

3.1. De la confusión de ámbitos de protección de derechos humanos y derecho internacional humanitario

Antes de estudiar el documento reseñado, es importante analizar aspectos relacionados con el trípode enunciado al inicio del presente texto, así como con la confusión entre ámbitos de protección y promoción de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Lo primero que es necesario resaltar es que, en el caso concreto de Colombia, en diversas discusiones legislativas, para retrotraer la discusión a sus orígenes, el lenguaje del derecho penal —en relación, entre otros, con el bien jurídico a proteger— ha sido sustituido por el lenguaje de los derechos humanos; es decir, en la actualidad se presenta una gran confusión entre el lenguaje de los derechos humanos y el lenguaje penal propiamente dicho. Igualmente, a partir de esa confusión, ámbitos distintos de protección de los derechos humanos están siendo utilizados de forma indiferente y entremezclada.

Por ello, cuando el lenguaje de los derechos humanos se apropiá del lenguaje penal, el sistema judicial penal se ve obligado a dar respuestas que no le corresponden, que lo exceden, que lo sobrepasan. Al contrario, ni siquiera en nombre de las víctimas

le corresponde al derecho penal dar respuesta a la totalidad de las causas que subyacen a masivas violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que han sido perpetradas durante décadas en diversos países. Se trata, como es obvio, de un tema que compromete todas las agencias estatales y que exige respuestas desde los más diferentes ámbitos normativos. Por eso, en nombre de la justicia transicional no se puede expandir ilimitadamente el derecho penal y exigir a los jueces penales que sustituyan agencias que deben impulsar mecanismos de justicia transicional que no son penales. La reparación, fórmulas de no repetición y, por supuesto, formas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) exceden el ámbito penal y hoy, en el proceso especial de Justicia y Paz, por ejemplo, a la Fiscalía y a los jueces se les carga con responsabilidades que no corresponden, y estos últimos, sobre todo, tienden a responder mezclando y confundiendo los ámbitos de protección señalados.³¹

Por tanto, se hace necesario diferenciar muy bien cuándo una conducta constituye una violación de los derechos humanos y cuándo esa misma conducta constituye un delito. Por ejemplo, el aborto es un delito y no una violación de derechos humanos; en cambio, una desaparición forzada tiene la doble condición de ser tanto delito como violación de derechos humanos. De igual forma, podría decirse que un crimen internacional es aquella conducta que constituye simultáneamente una violación de derechos humanos y un delito; por ejemplo, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada o la tortura. (Esta, no obstante, según las circunstancias, puede ser un delito ordinario.) También una conducta que en principio constituye solamente un delito puede adquirir la condición de violación de derechos humanos, de acuerdo con el contexto; así, por ejemplo, un aborto o acciones de inseminación artificial pueden ser parte de un genocidio, si son adelantadas con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo étnico, religioso, etcétera. Pero en principio solo constituyen delitos.

Para ahondar en ello con otro ejemplo, la violación, como agresión sexual, es una conducta que no constituye por sí misma una violación de derechos humanos ni un crimen internacional. Sin embargo, si esa agresión sexual tiene lugar en un escenario de conflicto armado interno o internacional, en el que una mujer ha sido violada a manera de represalia contra enemigos o, en todo caso, por agredirla no solo a ella sino también

³¹ Para ahondar en este tema especialmente complejo, se permite el autor la cita al siguiente texto que fue elaborado a partir de un seguimiento permanente e *in situ* de las audiencias que componen el proceso especial al cual se ha hecho referencia: Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia): *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcance y límites de un proceso concebido en clave transicional*, Monográfico n.º 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Madrid-Bogotá: CITpax, marzo de 2011.

a su comunidad en medio de ese conflicto, esa acción constituye una violación al DIH, un delito tipificado como tal en la legislación penal y, a su vez, un crimen internacional. Por eso la delimitación de los contextos es una tarea tan importante en el proceso de imputación de las conductas: lo decisivo para establecer cuándo una conducta concebida como delito puede constituir una violación de derechos humanos es el contexto en el cual los hechos tienen lugar. No se trata de la gravedad del delito. Esta es otra confusión: un crimen pasional, por ejemplo, puede ser cometido con sevicia y, sin embargo, no constituye un crimen internacional. No es, se repite, la gravedad del delito lo que lo convierte en crimen internacional.

Además, lo importante frente a este tipo de conductas es que ellas generan reacciones que deben estar diferenciadas. Por ejemplo, las violaciones de derechos humanos generan una respuesta de sistemas de protección como el sistema europeo o interamericano, en que se sanciona a los Estados. A su vez, esta misma conducta, en razón de que ha sido adelantada por sujetos concretos, genera respuestas en el ámbito interno; en la esfera constitucional, para citar un caso, se exigirá de las instituciones estatales auténticas políticas públicas de protección a las víctimas y de prevención de la comisión de más conductas lesivas; desde el punto de vista penal, se exigirá la respuesta del sistema penal en cuanto a la investigación y sanción de la conducta de individuos particulares, aun cuando, por supuesto, el punto de partida sea la macrocriminalidad. Pero esta respuesta, que es penal, no puede sustituir las respuestas de las demás instituciones estatales: debe preservar sus principios y no puede ser sustituida en la práctica por categorías, conceptos y lógicas desarrolladas por el derecho internacional de los derechos humanos. Es, ante todo, una respuesta penal. (También, desde luego, se puede generar eventualmente una respuesta de la Corte Penal Internacional, tema que no nos ocupa ahora.)

3.2. Los peligros de la disfunción en la investigación y el juzgamiento de un crimen internacional

Tal como se ha dicho, un ejemplo concreto de cómo funciona el trípode enunciado desde la presentación y de cómo se mezclan no siempre consistentemente ámbitos diversos de protección de derechos humanos está expresado en el Memorando 0035 de la Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia, del 28 de abril del 2009, mediante el cual se establece una “estrategia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo”.

El autor del presente escrito ha participado activamente, como consultor y profesor, de la discusión que dentro de la Fiscalía y del sistema judicial ha tenido lugar alrededor del delito que se estudia, y, de hecho, la primera conclusión que en su momento fue posible elaborar, en el contexto de la IV reunión del Grupo de Estudios, fue que una de las razones del enorme déficit de persecución del delito de desplazamiento en el caso colombiano ha sido el hecho de que el sistema judicial llega o llegaba en ese momento (hasta el año 2007) a investigar y juzgar aquellos delitos que subyacen al desplazamiento, como son los homicidios, las lesiones, amenazas y toda clase de crímenes cometidos, por ejemplo, por actores armados irregulares. Se trata de lo que en su momento llamamos *delitos base*.³² Sin embargo, no se investigaba el resultado final como tal, que es el desplazamiento forzado o arbitrario de cientos de personas.

Cuando se trata de casos menos complejos, aunque igual de dramáticos, de desplazamientos producidos con dolo directo y respecto de personas en concreto, el sistema judicial ha operado con mayor consistencia; pero, en caso de acciones indirectas, ocurridas como resultado de delitos base y que deben ser imputadas a título de dolo eventual, el sistema ha tenido muchas dificultades. Entre ellas cabe anotar, además, el hecho de que se trata, en estos casos particularmente, de *víctimas sin victimarios* o sin sujetos activos: se produce en un lugar específico una acción sobre una población —se adelanta, por ejemplo, una masacre por hombres armados y con los rostros cubiertos, invisibles, sin asistencia o presencia alguna de la fuerza pública, y luego, en los días o semanas siguientes, se producen éxodos de poblaciones enteras.

En ese contexto, es difícil establecer la conexión directa entre los actores que produjeron dicho cambio de residencia, forzado y arbitrario, y las víctimas que, además, comienzan a dispersarse, abandonadas a su suerte. Por esa razón hay que señalar, igualmente, que en estos casos la forma de imputación más apropiada y consistente con el contexto social en que se produce el desplazamiento es la fórmula de autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder, respecto de agentes y superiores jerárquicos que operaron u operan en una zona determinada y a título de dolo eventual. (Sobre estos aspectos se volverá más adelante.)³³

³² Véase al respecto Alejandro Aponte: "Colombia", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, marzo de 2008, pp. 173 ss.

³³ Para un análisis en detalle de aspectos penales especialmente problemáticos para la investigación y el juzgamiento del desplazamiento forzado en el caso colombiano, véase Alejandro Aponte: *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*, Monográfico n.º 1, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Madrid-Bogotá: CITpax, 2009.

En razón del enorme déficit de persecución penal del delito, el juez constitucional colombiano, mediante el auto de seguimiento de sentencias dictadas con anterioridad sobre el desplazamiento forzado, n.º 008 de 2009, en el numeral 13 ordenó a dichas instituciones, entre otras múltiples acciones, que el “delito fuese investigado como delito autónomo”, resaltando el hecho de que no se investigue dependiendo necesariamente de la “existencia de concurso con otras conductas delictivas”.³⁴

Se trataba, de hecho, de una conclusión elemental y de la necesidad de desarrollar una estrategia coherente de persecución. Ello, no obstante el hecho de que la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y diversos jueces especializados venían en todo caso desarrollando pautas interesantes y consistentes de investigación y juzgamiento del delito.

3.3. Sistema interamericano de derechos humanos y derecho penal interno: hacia una comunicación consistente entre ámbitos de protección de derechos humanos

Ahora bien, interesa en este momento reseñar aspectos centrales del memorando citado, con el propósito de ilustrar, en el contexto de un trabajo sobre el sistema interamericano, cuestiones fundamentales sobre la relación entre este sistema y el derecho penal interno. Así, por ejemplo, como se ha advertido, fue el juez constitucional, en el contexto de la protección constitucional de derechos humanos —especialmente activo en el caso colombiano—, el que instó radicalmente al sistema judicial colombiano a desarrollar estrategias coherentes de persecución del delito. Luego, como respuesta a ello, en el punto número 1 del memorando comentado se describe la conducta, tal como ella ha sido percibida, “en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario”.³⁵

³⁴ Debe anotarse que ya el juez constitucional, en auto previo, n.º 092 de 2008, y en el contexto de las decenas de agresiones sexuales cometidas en el marco del conflicto armado interno de Colombia y respecto de las cuales son más vulnerables las mujeres desplazadas, había llamado la atención sobre la necesidad de elaborar una estructura más consistente de investigación del delito, que tuviera en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas del desplazamiento y su revictimización permanente. Lo propio ocurrió en el auto n.º 237 de 2009 de la misma Corte Constitucional. Ha existido en el país un activismo constitucional enorme respecto de este grave problema.

³⁵ Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia, Memorando n.º 0035, del 28 de abril de 2009, mediante el cual se establece una “estrategia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo”, p. 1.

3.3.1. Preservación de las decisiones jurídico-penales en la lógica interna del derecho penal

El análisis de la Fiscalía enfatiza de entrada el carácter de crimen internacional del delito, pero no comienza con un análisis penal de este, sino en su versión de violación de derechos humanos. Enseguida el documento hace relación a los Principios Rectores de los Desplazamientos Forzados Internos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, del mes de febrero de 1998. Más adelante, unido a la reseña de los Principios, el memorando cita decisiones del juez constitucional que los ordenan y les dan sentido, para que sean aplicados por las diversas instituciones en desarrollo de políticas públicas.

Con posterioridad, el memorando hace relación a las normas del derecho penal colombiano que regulan el fenómeno y, con acierto, establece el carácter de ejecución permanente que tiene dicho delito, en su doble condición: como delito concebido más en el horizonte de la lesa humanidad (artículo 180 del Código Penal colombiano) y como infracción al DIH, contenido en el artículo 154 del Código Penal. Se citan las normas correspondientes:

Artículo 180. Corregido por el Decreto 2667 de 2001, artículo 1º. Desplazamiento forzado. El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrá en prisión de seis (6) a doce (12), multa de seiscientos (600) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.

Por su parte, el artículo 154 concibe el desplazamiento como crimen de guerra (infracción al DIH). Dice la norma:

Artículo 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

En este punto, la Fiscalía adelanta un giro interesante: una vez que ha establecido el carácter de ejecución permanente del delito, para llenar de contenido y explicar este carácter, en vez de acudir a la dogmática penal, donde está la respuesta sobre ello, acude directamente a la doctrina elaborada por el sistema interamericano, con el argumento de que ella tiene “efectos vinculantes en el derecho interno (sentencia C-010 de 2000)”, todo ello con el propósito de determinar el “tiempo de ejecución de la conducta” y el “momento en el cual cesa de ejecutarse la conducta”.³⁶

A nuestro juicio, si bien dicha apelación a principios rectores y a la jurisprudencia del sistema interamericano es conducente en abstracto, no es consistente sustituir supuestos dogmáticos por argumentos de sistemas de protección constitucional o del sistema interamericano de derechos humanos. Es decir, estos son muy relevantes para llenar de contenido elementos normativos o elementos intrínsecos de la estructura de los tipos penales, pero no para sustituir de entrada supuestos dogmáticos. No se puede utilizar en derecho penal el denominado *bloque de constitucionalidad* para sustituir el lenguaje penal por el de los derechos humanos, mal interpretado este último también. Se debe utilizar, como se ha dicho, para llenar de contenido elementos normativos de los tipos penales, para llenar de contenido incluso supuestos sociológicos que subyacen a la conducta, pero no se debe sustituir la discusión dogmática intrasistémica.

¿Qué pasaría por ejemplo si el carácter que tiene un delito fuera concebido en el sistema interamericano de manera diferente a como lo concibe la dogmática jurídico-penal? En el caso del desplazamiento, coincide, pero ¿qué ocurriría si no hubiera coincidencia? Más problemático aún: ¿Qué ocurriría, como de hecho ocurre, si en la jurisprudencia de derechos humanos —más flexible por naturaleza— se flexibilizan principios de derecho penal? Debe entonces un juez penal de derecho interno asumir esta flexibilización? La respuesta, por lo menos desde el ámbito penal, es que no lo puede hacer y no se puede forzar al juez a hacerlo, como está sucediendo peligrosamente en Colombia.

Para ahondar en la reflexión, debe aclararse que es muy relevante el desarrollo que ha hecho la Corte Constitucional sobre qué es un desplazado, cómo se debe proteger, qué se requiere para demostrar esa condición, pues con ello se llena de contenido y se da sentido a diversos ámbitos temporales y fácticos para determinar cuándo una persona sigue siendo desplazada y, por ende, los tiempos en que el bien jurídico sigue siendo vulnerado. Esa es la correcta confluencia de ámbitos de protección diferentes.

³⁶ Ibídem, p. 4.

De allí, a partir de conceptos elaborados por el constitucionalismo, se da contenido a fórmulas dogmáticas, como el posible concurso material heterogéneo y sucesivo ocurrido en el tiempo, o la participación de cómplices, una vez que se ha consumado el delito pero se sigue ejecutando en el tiempo, etcétera. El constitucionalismo obra así como apoyo a la dogmática, no como sustituto coyuntural de esta; la jurisprudencia constitucional le da sentido, en su carácter restrictivo y de *ultima ratio* al derecho penal, pero no sustituye la lógica interna del derecho penal mismo, ampliéandolo y exacerbándolo. Por ello tienen mucho sentido preguntas que se hacen hoy quienes de hecho operan a diario con postulados del sistema interamericano y que toman distancia frente a su impacto en la dinámica constitucional-penal. Así, por ejemplo, se interroga una autora al cuestionar las “Nuevas dinámicas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Hacia una desconstitucionalización del derecho penal?”³⁷

Para citar otro ejemplo: si el artículo 135 del Código Penal colombiano hace referencia al homicidio en persona protegida, el DIH debe ser utilizado para llenar de contenido la noción de conflicto armado interno, de persona protegida, etcétera. Así, se llenan de contenido los elementos normativos de carácter jurídico del tipo penal, pero la imputación final debe conservarse en los límites del derecho penal. Lo que no puede hacerse, tal como se verá, es deducir *ad-hoc*, a partir —para citar un caso— del homicidio simple, un homicidio en persona protegida, utilizando normas del DIH, incluso si estas normas se encuentran vigentes como instrumentos de acotación de la guerra en el propio derecho interno, y menos si solo lo están en el derecho internacional.

Se puede discutir este argumento, diciendo que habría una contradicción enorme en el hecho de que, mientras existen normas humanitarias, incorporadas al derecho interno a través de la incorporación de instrumentos internacionales y que buscan la preservación de los mínimos en la guerra, cuando se presenta la violación de esas normas no existen las normas penales para castigarla. Pero ello no es necesariamente así, pues con seriedad y voluntad política un sistema judicial aplica las normas que tiene a su alcance, sin echar mano de argumentos fortuitos para imputar normas inexistentes. La discusión se debe dar más en el escenario político, donde tienen lugar las reformas legislativas de los códigos penales: los jueces no pueden ser forzados a aplicar normas que no han sido incorporadas a la legislación penal o que no lo estaban en el momento de los hechos.³⁸

³⁷ Título del trabajo de Claudia Redondo Polo publicado en Juana Acosta y Álvaro Amaya (comps.): *Debate interamericano*, volumen 2, Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009, pp. 39-71.

³⁸ Este es el enorme error que comete la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en auto del 12 de diciembre de 2010, con radicado n.º 33039 en el marco de Justicia y Paz, el que autoriza a que se aplique

3.3.2. *Derechos humanos contra derecho penal: la supuesta “excepción de la favorabilidad” en materia penal*

Por usos errados de diversas normatividades se cometan graves equívocos, en los que el argumento del derecho internacional de los derechos humanos parece excusar la violación de principios penales o, por lo menos, la supuesta “excepción” a esos principios. Por ejemplo, en el punto 2.4 del memorando se hace referencia al problema complejo de aplicar las normas vigentes para imputar un delito de ejecución permanente con la supuesta “excepción al principio de favorabilidad”.

En primer lugar, no puede un órgano como la Fiscalía, sin más, establecer excepciones a principios como la favorabilidad, la prohibición de retroactividad, la prohibición de doble incriminación y el *in dubio pro reo*. Este es un hecho que, por ejemplo, el autor de este escrito, como director del Área de Justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz del CITpax, ha discutido ampliamente con fiscales y jueces. (Sin embargo, es importante resaltar que también ha verificado cómo la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, valientemente, a pesar de diversas presiones, ha mantenido la directriz del respeto incondicional al derecho penal y sus principios, en la investigación y el juzgamiento de los delitos más graves. Ello, por lo menos hasta la providencia ya reseñada de 2010 que puso en jaque la tarea de la Fiscalía.)

Se trata, además, de una conclusión que había sido severamente avalada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual había señalado con claridad, respecto de hechos ocurridos antes de la vigencia del Código Penal actual, lo siguiente: “Así, los hechos referidos en los casos [...] sucedidos antes de entrar la Ley 599 de 2000, no resisten el calificativo de crímenes de guerra y sí el de homicidios agravados en virtud del principio de legalidad estricta”.³⁹ Es decir, con mucho criterio, el juez de mayor jerarquía

de manera retroactiva la ley penal para regular casos en que dicha ley no estaba vigente. Concretamente, la norma que regula el homicidio en persona protegida. Se trata de un argumento innecesario y peligroso que, al contrario de lo que hacen los fiscales y la mayoría de jueces, hoy parece tomar curso en la Sala Penal. Existen normas que estaban vigentes en el momento de los hechos, severas también, que pueden dar cuenta de lo que sucedió. En este caso, el juez de mayor jerarquía no adelanta ningún estudio de las fuentes en derecho penal internacional, y reduce —casi al absurdo— todo un entramado de normas y conceptos al universo etéreo del *ius cogens*, haciendo ininteligibles los argumentos y llenado de falacias la parte motiva de la providencia. Se entiende el sentido humanista que guía a la Corte, de castigar a asesinos despiadados, y por eso la Sala aclara que el irrespeto a la legalidad sería apenas una excepción para estos casos de graves violaciones de derechos humanos, pero en la práctica lo excepcional se va expandiendo en la mera decisión política y se convierte en la regla. Basta comprobar, por ejemplo, la expansión hoy ilimitada de la noción de *lesa humanidad*.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2010, proceso con radicado n.º 33301, consideraciones-numeral 2, MP: Alfredo Gómez Quintero.

establecía claramente el hecho de que se deben aplicar las normas vigentes al momento de la comisión de la conducta; incluso si, justo como es este caso reseñado, los hechos constituyeron hechos propios de un homicidio en persona protegida. Como se verá, el efecto simbólico de la norma penal no estriba en la violación de los principios, sino en la fortaleza de los argumentos prohijados en la parte motiva de una providencia.⁴⁰ (Es de esperarse que la Sala Penal retome el camino que había sostenido férreamente en diversas providencias.)

En segundo lugar, esta conclusión inaceptable tiene lugar por el hecho de que se confunde una discusión sobre la aplicación de las leyes en el tiempo, en un delito de ejecución permanente, con temas de favorabilidad, que no son del caso. La Fiscalía, en el memorando, adelanta una reflexión en la cual mezcla estas dos cuestiones centrales y tiende a sustituir la discusión sobre normas aplicables en el tiempo por cuestiones atinentes a la favorabilidad, y, como se topa con el hecho de que numerosos casos propios del desplazamiento forzado ocurrieron antes de la vigencia de las normas que hoy lo rigen, hace malabares para justificar eventualmente la aplicación retroactiva de los tipos penales, por lo que llega a conclusiones antitécnicas, sin fundamento e inaceptables. Así, por ejemplo, manifiesta:

El artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse a los principios de legalidad y de retroactividad, los restringe al “derecho aplicable”, con lo cual, en el derecho aplicable se encuentran las conductas consideradas delictivas no solo por el derecho nacional, sino por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

La conclusión expuesta es reforzada por la Fiscalía con esta otra, más deleznable:

Pertinente es recordar que los principios de legalidad y favorabilidad no pueden alegarse si en el derecho internacional el crimen está reconocido como tal, pese a que no esté previsto en la legislación interna.⁴¹

⁴⁰ Sobre la discusión acerca de la legalidad, y sobre las diferentes formas de imputación de aquellos delitos que constituyen crímenes internacionales, en el marco del proceso especial de Justicia y Paz, véase Alejandro Aponte (director del Área de Justicia): *Segundo informe del Área, Observatorio Internacional de DDR y la Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz*, Madrid-Bogotá: CITpax, noviembre de 2009, pp. 19-87.

⁴¹ Dirección Nacional de Fiscales de Colombia, memorando 0035, del 28 de abril de 2009, mediante el cual se establece una “estrategia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo”, p. 7.

No se pueden aceptar estas conclusiones, toda vez que estas no son derecho penal. Se podrá pensar en un nombre para ello —por ejemplo, una especie de *derecho híbrido* o *derecho anfibio*—, pero no se trata de derecho penal.

3.3.3. *Sustitución ad hoc del derecho penal por el derecho de los derechos humanos: una operación inconsecuente*

Así, en este memorando (lo cual no significa que la Fiscalía lo siga en este asunto necesariamente), dicha institución sustituye directamente normas penales por normas del derecho de los derechos humanos. No obstante, por antitécnico que parezca, esta es, lastimosamente para el derecho penal, una operación con adeptos, hoy impulsada también por agencias internacionales que presionan al sistema judicial colombiano y por organizaciones nacionales, según la cual es dable deducir *ad-hoc* tipos penales, inexistentes al momento de la comisión de ciertas conductas, de normas propias del derecho internacional de los derechos humanos o, como bien se dice aquí, del derecho internacional humanitario. Es una operación no solo peligrosa sino también innecesaria, que demuestra la confusión y la mezcla de ámbitos de protección diferentes. Y es innecesaria, sobre todo por el hecho de que, tal como lo viene haciendo la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, por ejemplo, así como todo el sistema judicial, el peso del mensaje contra quienes violan derechos humanos y el peso de la prevención general, si se quiere o se apuesta por ella en estos casos, no radica en la contundencia supuesta de sentencias penales sin supuestos ni principios penales, sino en la argumentación: la fuerza de la decisión no estriba en la parte resolutiva, contradictoria, mal fundada y arrogante, sino en la argumentación o en la parte motiva, en la cual se dice exactamente qué ocurrió y sus consecuencias, de forma técnica y clara.

Así, y tal como lo dice en algún punto el mismo memorando (que parece contradecirse), a casos anteriores a la vigencia de las normas aplicables y respecto de los cuales haya cesado la violación al bien jurídico tutelado, se debe aplicar la norma sobre constreñimiento ilegal y enfatizar muy bien en la parte motiva de una decisión que se trató de casos auténticos de desplazamiento forzado, con todo lo que ello significa. Al contrario, el memorando se enreda y llega a conclusiones que hoy parecen normales. Por ejemplo, la supuesta imprescriptibilidad de delitos más graves, a contrapelo de férreas disposiciones legales y constitucionales que no coinciden con este presupuesto y que deben prevalecer en el orden interno.

Pero se trata de una tendencia, como se dice, que hoy se manifiesta de todas las formas, entre ellas y especialmente, en la conversión artificial para evadir temas de prescripción de toda suerte de delitos, en delitos de lesa humanidad. Estamos *ad portas* de que todo el Código Penal colombiano se convierta en un solo delito de lesa humanidad. En este sentido, un punto culminante de esta tendencia en Colombia, en el año 2010, ha sido el desarrollo de una tendencia moralista de cierto funcionario, quien, cercado por demonios que arrecian almas intransigentes y autoritarias, ha dicho que el aborto es un delito de lesa humanidad. Se trata de cómo la mera objeción de conciencia individual se convierte, por la fuerza del poder, en una hipostasiada y falsa objeción de conciencia colectiva; en este caso, el discurso de los derechos humanos y todo el desarrollo de los derechos humanos, que de manera loable han desarrollado, entre otros, el sistema interamericano o tribunales internacionales, se usa como instrumento de persecución política y moral. En este contexto, en nombre de los derechos humanos, son criminalizados sujetos con quienes no se comparten premisas morales. Y los ejemplos se multiplican.

3.4. Avance importante en la investigación del desplazamiento como delito autónomo

Contrastan estas conclusiones innecesarias del memorando con un esfuerzo interesante que se hace en él por desarrollar estrategias coherentes para investigar estos delitos de manera autónoma. Por ejemplo, con mucha claridad se reconoce en el documento la necesidad de “investigar las demás conductas que lo generaron”, con el propósito de construir auténticos contextos en los cuales tiene lugar la acción final del desplazamiento. De igual manera, acierta el memorando en la separación correcta y en la búsqueda por aclarar cuándo tiene lugar uno u otro delito, en la división de este, en los tipos penales en el caso colombiano, tanto en el horizonte de los crímenes de lesa humanidad como en el de los crímenes de guerra. En este caso, el documento avanza con una reconstrucción —esta sí consistente y oportuna— de jurisprudencia y normativa internacional, para dar claridad sobre cuándo puede tener lugar la ejecución del delito en cada una de las dos versiones. También avanza en el desarrollo interesante, citando por ejemplo autores como Kai Ambos, de fórmulas de imputación de responsabilidad a los autores y cómplices del desplazamiento, y en el desarrollo de estrategias más consistentes de investigación de los delitos, al lado de “factores de asociación y conexidad”.

Contrastan, se dice, estas conclusiones, además, con la práctica diaria de la misma Fiscalía, que en todo caso conserva el respeto celoso por los principios penales. Incluso, contrastan con otras conclusiones del mismo memorando y con el esfuerzo técnico por dotar a los fiscales de herramientas de investigación coherentes. Así, con el ánimo de citar un caso y ahondar en la crítica central al documento, en el mismo apartado sobre la supuesta excepción a la favorabilidad, en el memorando se confunde la expedición de amnistías groseras en países agobiados por dictaduras militares o indultos descarados de juntas militares para asegurar impunidad, con la inexistencia de normas específicas en un momento dado en el ámbito interno de un país. Así, según el documento, dichas amnistías, lo mismo que “las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación de sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos son inadmisibles, ya que dichas violaciones contravienen derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”.⁴²

Pero en Colombia no se trata de nada de esto; no se trata de juzgar amnistías e indultos, cuestión ya discutible también de hecho. Tampoco se trata de juzgar sistemas cooptados totalmente por regímenes autoritarios o sistemas colapsados por la ineptitud o cercados por la mera política. Se trata, por el contrario, de saber qué norma se aplica para hechos constitutivos de desplazamiento forzado y, sobre todo, de establecer ámbitos sociales de ocurrencia de las conductas, para verificar la permanencia de la violación al bien jurídico tutelado —la permanencia del injusto de la conducta— y establecer cuándo cesa dicha violación o cuándo continúa y se deben aplicar las normas pertinentes. Incluso el mismo memorando, de manera acertada e inteligente, establece pautas razonables para medir en el tiempo la ocurrencia del delito, así como pautas para investigarlo en el horizonte fundamental de la macrocriminalidad.

⁴² Ibídem.

**A MANERA DE EXCURSO:
ASPECTOS PENALES FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LOS
DELITOS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO**

Aclaración

El presente trabajo, como se ha percibido, se basa en el análisis de las relaciones y confusiones entre diversos ámbitos de protección de derechos humanos, a partir de la premisa necesaria de preservar la especificidad y los límites del derecho penal. No es un trabajo propiamente dogmático-penal. No obstante, en razón de que en el Grupo de Estudios se han adelantado discusiones muy ricas sobre aspectos dogmáticos relacionados, por ejemplo, con el delito de desaparición forzada y su carácter de ejecución permanente, se ha considerado oportuno, a manera de excuso, presentar la siguiente reflexión dogmática que puede servir a operadores judiciales —y no solo respecto del desplazamiento en sí— frente a los desafíos de imputación y sanción de delitos de esta complejidad. También, desde luego, puede ser útil a la discusión dogmática y académica.

Por ello, se considera importante destacar aspectos penales relevantes para ilustrar estos delitos que conciernen a una realidad dramática en el caso colombiano, pues se dice que existen en el país alrededor de cuatro millones de desplazados. Se escogen aspectos que pueden ser de mayor importancia desde el punto de vista comparado, de modo que desde la perspectiva colombiana se indague en fenómenos de carácter más global, que involucran aspectos penales fundamentales.⁴³

**1. De los tipos penales
que consagran el delito de desplazamiento
forzado en Colombia**

Lo primero que es necesario advertir es que fue en la ley 589 del 2000 donde se tipificó por primera vez en Colombia el delito que se estudia. Esta Ley entró a regir el 7

⁴³ Para ahondar más en el tema, y con un estudio detallado de la jurisprudencia sobre desplazamiento forzado y de las diversas dificultades para imputar los delitos, así como propuestas de ámbitos sociológicos de aplicación de las normas, el autor se permite la remisión a su texto ya reseñado: Alejandro Aponte: *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia* (cit. nota 33).

de julio del año 2000.⁴⁴ Sin embargo, en razón de que el Código Penal, ley 599 del 2000, entró a regir el 24 de julio del 2001, se tiene que la ley 589 tuvo un tiempo de vigencia de prácticamente un año. Este periodo, tratándose de delitos de ejecución permanente, debe tenerse en cuenta incluso hoy, pues la misma Sala Penal de la Corte se ocupó en su momento de un caso en que tuvo lugar un desplazamiento forzado en el mes de abril del 2000, en vigencia de la ley 589 y antes del Código Penal. Ello le añade especial complejidad a la aplicación de la norma que consagra el delito. Para simplificar la exposición se reseña, tal como se hizo previamente, el delito en su versión actual. El Código Penal, ley 599 del 2000, contempla dos tipos penales referentes al desplazamiento forzado: el artículo 180, concebido con sus correspondientes circunstancias de agravación dentro del título III, “De los delitos que protegen la libertad individual y otras garantías”, capítulo V, “Delitos contra la autonomía personal”, y el artículo 159, como parte de los delitos que buscan proteger el DIH. Dichos artículos se refieren al desplazamiento forzado en los siguientes términos:

Artículo 180. DESPLAZAMIENTO FORZADO. El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrá en prisión de seis (6) a doce (12), multa de seiscientos (600) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.⁴⁵

De otro lado, en el capítulo dedicado a sancionar las infracciones al DIH, se consagra el desplazamiento forzado en conflicto armado como tipo penal:

⁴⁴ Para un estudio en detalle del proceso legislativo relacionado con este y otros delitos que constituyen crímenes internacionales, el autor se remite al primer trabajo elaborado para el Grupo de estudios latinoamericano sobre derecho penal internacional: “Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Fundación Konrad Adenauer, 2003.

⁴⁵ Por su parte, el artículo 181 consagra las circunstancias de agravación punitiva así: “La pena prevista en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte: 1. Cuando el agente tuviere la condición de servidor público. 2. Cuando se cometiera en persona discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada. 3. Cuando se cometiera por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de conductas punibles o faltas disciplinarias. 4. Cuando se cometiera utilizando bienes del Estado. 5. Cuando se sometiere a las víctimas a tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Artículo 159. DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

Debe aclararse, no obstante, que estos delitos, tal como se ha dicho, fueron regulados en primera instancia en la ley 589 del 2000, que adicionó en lo pertinente el Código Penal de 1980. Esta ley, del 16 de julio de ese año, tal como lo indica su artículo 18, entró a regir a partir de su publicación. El Código Penal, por su parte, entró a regir en el mes de julio del 2001, un año después de la expedición de la ley 599 del 2002, por la cual se dio vida a dicho Código. Es decir, la ley 589, que no solo incorporó el delito de desplazamiento forzado en su versión del artículo 180, sino que consagró por primera vez en Colombia la desaparición forzada o el delito de genocidio, tuvo una vigencia prácticamente de un año. Este tiempo es importante para analizar, en casos concretos, el tema relacionado con la permanencia del estado antijurídico, propio de los delitos de ejecución permanente, como lo es el delito de desplazamiento forzado. Su tenor era prácticamente el mismo, pero hay cambios importantes en la punibilidad.

1.1. Del tipo penal contenido en el artículo 180

1.1.1. Origen de la estructura normativa del tipo penal

Pese a que el proyecto original de la ley 589 del 2000 no contenía la tipificación de este innovador delito, su inclusión se justificó en la ponencia presentada en el primer debate del proyecto de ley ante el Senado, de la siguiente manera:

Si bien es cierto en la normatividad y la literatura universal referida a delitos de Lesa Humanidad no se considera como tales los comportamientos de masacre y desplazamiento forzado, nuestra realidad actual, el gravísimo conflicto armado que vive nuestro país, tiene que ser superior a esa normatividad internacional, y tener un peso específico tal que nos obligue a proponer como delitos de Lesa Humanidad los nuevos de masacre y desplazamiento forzado. Para justificar nuestra opinión tan solo pensemos en la ignominiosa situación de la persona desplazada contra quien se atenta en su dignidad [...] resulta verdaderamente lamentable el

vacio jurídico en el plano internacional sobre el fenómeno de los éxodos poblacionales que no sobrepasan las fronteras, pues solo se protegen de manera indirecta a través del derecho de los refugiados.⁴⁶

Hay que aclarar que el proceso de incorporación de este delito implicó la adaptación de la conducta a las particularidades propias del contexto colombiano, tanto en el artículo 159 como en el artículo 180. Entre las modificaciones que sufrió el tipo penal desde la disposición contenida en el proyecto original hasta el último debate se encuentra, de un lado, el cambio de la palabra *traslado* que emplea el Estatuto de Roma por la palabra *desplazamiento*,; con lo cual se adoptó el concepto jurídico, autónomo y particular creado en Colombia, en seguimiento a las políticas públicas que en un primer momento pretendieron regular el fenómeno.

1.1.2. *Aplicación implícita del denominado elemento contextual en el caso colombiano*

Pese a que, según la adaptación hecha por el Congreso, en la incorporación del tipo penal no se exige en el caso colombiano tener en cuenta el denominado *elemento contextual*—y por ello basta con que se desplace a un solo individuo para que se configure la conducta—, en la realidad los desplazamientos suelen ser múltiples o masivos o, cuando se da el de un individuo, el hecho tiene lugar en un contexto general de violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Además, de hecho, la escasa jurisprudencia que hoy existe en función de este delito instruye y sanciona casos de desplazamiento cuando se trata de un contexto general de violencia y no se ocupa de casos aislados. En este sentido, debe agregarse, incluso, que en la mayor parte de estos casos el delito de desplazamiento forzado se imputa en concurso material heterogéneo con el delito de concierto para delinquir. Esto ha dado pie para que el autor de este documento, en diversos escenarios internacionales, haga referencia al hecho de que el concierto para delinquir obre en la práctica casi como sucedáneo del elemento contextual: el carácter masivo, sistemático, concertado, propio de dicho elemento contextual en el derecho penal internacional parece filtrarse a través de la interpretación que nuestros operadores le han venido dando al delito de concierto para delinquir.⁴⁷

⁴⁶ Senado de la República, "Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 20 de 1998", en *Gaceta del Congreso* n.º 185, 1998, p. 6.

⁴⁷ Véase al respecto, Alejandro Aponte: "Colombia" (cit. nota 32), pp. 159-211.

1.1.3. Sobre el sujeto activo

Uno de los temas más complejos e interesantes, no solo respecto del delito de desplazamiento forzado, sino de otros delitos como desaparición forzada, es el hecho de que para la legislación penal colombiana, no se exige que el sujeto activo sea calificado, es decir, no se exige que sea, por ejemplo, un funcionario estatal o que sea un actor ligado a políticas generales e institucionales de violación de derechos humanos. El sujeto activo, en el caso colombiano, puede ser cualquiera, aunque la realidad demuestra que el sujeto activo está compuesto por solo ciertos actores —llámese paramilitares, guerrillas o bandas de narcotraficantes—, quienes producen desplazamiento (ello con independencia de la participación de funcionarios estatales). En la práctica resulta complicado que un individuo, aisladamente considerado, genere u ocasione un desplazamiento masivo de personas. El autor necesita incluso una estructura de poder que lo respalde, que le permita efectivamente contar con la fuerza suficiente para ocasionar el desplazamiento masivo. Así, un temor infundado parecería descansar, precisamente, en la posibilidad real de materializar la amenaza —evento en el cual la víctima se encuentra en total desprotección, porque el desplazamiento se relaciona, generalmente, con la dominación de la población y el territorio.

1.1.4. Del modelo descriptivo de la conducta

De manera sencilla, siguiendo a un autor que se acerca al tema, la conducta consiste en “lograr el cambio de residencia de una o varias personas de un mismo sector de la población mediante cualquier tipo de coacción”.⁴⁸ De ahí la consagración del tipo dentro de aquellos delitos que atentan contra la *libertad individual y otras garantías*, en su concreción como autonomía personal, pues el desplazado sufre un detrimiento efectivo de su posibilidad de autodeterminarse y de elegir libremente el lugar donde desea residir y permanecer; sin embargo, la conducta punible es esencialmente plurifensiva. Los desplazados (pese a que la conducta puede configurarse con el desplazamiento de un solo individuo, suele presentarse, como se ha dicho, de forma general, un desplazamiento sistemático y grupal de comunidades completas) son víctimas recurrentes de ultrajes contra su vida, su dignidad personal y su integridad corporal y física. De esta forma,

⁴⁸ Camilo Sampedro Arrubla: “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, en *Lecciones de derecho penal, parte especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 742.

más allá de la vulneración directa de su derecho a la libertad personal, o a su autonomía, hay un menoscabo evidente de sus derechos fundamentales a la familia, al domicilio, a la paz, al buen nombre. En palabras de la Corte Constitucional, todo un *estado de cosas constitucional* se configura alrededor del desplazado.⁴⁹

Es necesario mencionar, además, que se encuentra excluido de la conducta típica descrita en este tipo penal aquel desplazamiento efectuado o propiciado por la fuerza pública para proteger a los civiles. Esta excepción debe entenderse desde una política militar netamente restrictiva, que refiere a circunstancias específicas y especiales que hacen imperiosa esta residual forma de intervención; pero de ninguna manera como una forma de legalizar el desplazamiento cuando este ocurre con ocasión de las necesidades militares de las fuerzas armadas. Refuerza esta tesis la inclusión del adjetivo *arbitraria* que se adicionó tras suprimir el último inciso del artículo original del tipo penal que se comenta. Así, en el proyecto de ley se señaló: “la pena establecida en el inciso anterior se aumentará la mitad (1/2) cuando cualquiera de dichos comportamientos sea realizado por servidor público”.⁵⁰ Todo esto en virtud del IV Convenio adicional de Ginebra de 1949, relativo a la protección de la población civil, suscrito por Colombia, que autorizaba a la institución estatal correspondiente la posibilidad de permitir el traslado de dichas comunidades en razón de su seguridad o imperiosas razones militares. Ello implicaba, sin lugar a dudas, una justificación válida para ocasionar desplazamiento y, en esa medida, solo aquella determinación, amenaza, coacción o violencia realizada “arbitriariamente” estaría prohibida.

De otra parte, el verbo rector de la conducta aparece como un resultado: *ocasionar*. Se trata entonces de que se ocasione que uno o varios miembros de una población “cambie[n] de lugar de residencia”. Ahora bien, este resultado final debe ser consecuencia de una actuación “arbitraria” del sujeto activo, tal como se ha dicho, y el tipo penal refuerza este hecho constatando que puede ser “mediante violencia u otros actos coactivos” (independientemente de que se trata de delitos, en cuyo caso habría un concurso material). Prácticamente en todos los casos que se han instruido por la Fiscalía, el desplazamiento, el cambio de residencia, tiene lugar como resultado final, por decirlo de esta forma, aunque puede ser simultáneo a la comisión de homicidios, de extorsiones, de lesiones personales. No obstante, el mero hecho de la ocurrencia de las amenazas, directas o veladas, y más cuando se trata de actores armados que sustituyen a las autoridades

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda, numeral 7.

⁵⁰ Senado de la República, “Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 20 de 1998”, en *Gaceta del Congreso* n.º 185, 1998, p. 6.

estatales, los afiches con amenazas generales que se colocan en mercados y otros lugares públicos y los actos arbitrarios sobre un territorio son suficientes para que tenga lugar el desplazamiento como delito.

Nótese que el tipo penal no hace referencia —y sí lo hace el artículo 159— a *desplazar* como verbo rector, sino al hecho de producirse un *cambio de lugar de residencia*, pero el título general que trae el tipo penal es el del desplazamiento, que en consecuencia debe entenderse como traslado de domicilio o residencia. (Para mayor claridad sobre los alcances posibles de esta noción, los operadores deben tener en cuenta todo el desarrollo conceptual que ha hecho la Corte Constitucional en función del desplazado como sujeto de protección especial.)⁵¹

1.1.5. Sobre el dolo para la imputación subjetiva

Respecto del dolo exigido por el tipo penal se puede afirmar, como lo hace un autor ya citado:

[...] en muchas ocasiones, si no en la mayoría, en que se presenta desplazamiento forzado como consecuencia de enfrentamientos de grupos armados, el propósito directo no es el desplazamiento de la población, aunado al hecho de que el tipo exige que el cambio de residencia sea producto de actividades arbitrarias, violentas o coactivas, lo que supondría acción directamente dirigida a desplazar. Creemos que en estos eventos estamos también en presencia de un desplazamiento forzado imputable a título de dolo eventual, en tanto que el resultado es previsible y el autor del enfrentamiento muestra indiferencia frente al resultado [...]. Aun cuando el agente no lo pretenda, estaremos en presencia de la conducta típica, por ser previsible su acontecer e indiferente el agente.⁵²

Es decir, para que se configure el tipo penal es indiferente si la intención original del actor era, en efecto, ocasionar el desplazamiento o no; mientras el hecho se produzca, fácticamente hablando, se debe imputar el tipo penal. También existen casos, desde luego, en los que existe el dolo directo. Se trata, por ejemplo, del caso en virtud del cual fue sancionado el jefe paramilitar alias H. H. por el desplazamiento forzado de un sindicalista, o de casos atroces que hoy son ventilados en los medios, de familias enteras

⁵¹ Véase, entre otros, el punto 3 de la parte VI de la sentencia n.º C-278, de 2007, de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, en la que la Corte hace un recuento de los pronunciamientos más importantes de esta corporación sobre el tema.

⁵² Camilo Sampedro Arrubla: "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" (cit. nota 48), p. 742.

perseguidas encarnizadamente por grupos irregulares. Incluso, en un mismo conjunto de hechos se pueden producir desplazamientos imputables a título de dolo directo y de dolo eventual.⁵³

1.2. Del tipo penal contenido en el artículo 159

1.2.1. *El conflicto armado interno como contexto general para la imputación de la conducta como infracción al derecho internacional humanitario*

Mientras el artículo 180 fue heredado de la tradición internacional de los *derechos humanos*, el artículo 159 fue concebido como parte de los delitos que buscan proteger las normas del DIH. En consecuencia, como lo establece el Código Penal, el tipo penal se refiere a las “personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. Por lo tanto, para que se tipifique la conducta, dichas personas y bienes especiales, deben estar inmersos, en aquello que se ha denominado “condiciones materiales de aplicación”, las cuales constituyen un conjunto de circunstancias contextuales entre las que se desarrolla la violación a las garantías mínimas que protege el derecho humanitario. Las vulneraciones son desplegadas en el marco de hechos de emergencia que conforman una situación distinta a la del orden público ordinario: los tipos penales relacionados con el DIH presuponen, en Colombia, la existencia de un conflicto armado.⁵⁴

Lo primero que es necesario advertir en relación con esta exigencia es que para el sistema judicial o para el sistema disciplinario la interpretación del elemento normativo

⁵³ El caso de Ever Veloza, alias H. H., que se cita como ejemplo, fue reseñado en comunicado de la Fiscalía, en el que se señala: “Medellín, 22 de abril. El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado OIT condenó en sentencia anticipada a Ever Veloza García, alias ‘H. H.’ ex cabecilla de los bloques Bananero y Calima de las AUC, a 62 meses de prisión. Los hechos investigados se registraron a finales del año 2000 y comienzos de 2001, cuando integrantes del bloque Calima obligaron al desplazamiento forzado del líder sindical, Freddy Ocoró, miembro de Sintra municipio de Bugalagrande (Valle). A Veloza García, postulado a la Ley de Justicia y Paz, se le reconoció una tercera parte de la rebaja en la pena por acogerse a sentencia anticipada; figura que utilizó de igual modo al aceptar su autoría en los homicidios de los también sindicalistas Basilides Quiroga Muñoz y Roberto Cañarte Montealegre, perpetrados en la misma localidad vallecaucana, en agosto y noviembre del año 2000, respectivamente. Los delitos referenciados ya fueron confesados por el ex cabecilla paramilitar ante la Unidad Nacional para la Justicia y Paz”.

⁵⁴ Para ahondar en esta reflexión y haciendo acopio de toda la gran tradición colombiana de tematización del conflicto armado interno y de limitación de sus efectos, todo ello sobre el supuesto en Colombia de “humanización” del derecho internacional humanitario, se permite la referencia al libro de Alejandro Aponte: *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional* (cit. nota 8), pp. 17 ss.

del tipo penal y la consecuente categoría del derecho disciplinario es independiente de la valoración que el Poder Ejecutivo hace de la existencia o no del conflicto armado interno en una coyuntura específica. Desde luego, en el sistema judicial, tanto la Fiscalía General de la Nación como los jueces no son ajenos a las enormes discusiones que han tenido lugar en el Poder Ejecutivo sobre la existencia o no del conflicto armado; sobre todo en el caso del saliente Poder Ejecutivo. No es ni puede ser ajena a las presiones del Poder Ejecutivo sobre el sistema judicial para que lo reconozca o no y para que, en lugar de aplicar normas propias del DIH, aplique normas de la legislación penal antiterrorista, por ejemplo. Pero, como se dice, la independencia de los operadores y su autonomía hacen que su valoración de este elemento normativo se adelante con independencia de las presiones políticas de turno. De hecho, puede decirse que todo el sistema judicial, en conjunto, acepta la existencia del conflicto armado interno como hecho fáctico fundamental.⁵⁵

1.2.2. Sobre los orígenes de las normas humanitarias

El derecho internacional en su versión más clásica, aquella relacionada con *el ius publicum europaeum*, anterior a las guerras mundiales del siglo XX,

[...] reconocía tres clases de conflictos armados. El primero era la guerra, cuyo inicio partía de declaraciones formales de los Estados, con la consecuencia de que se aplicaban las normas del Derecho de la guerra entre las partes y las normas de neutralidad respecto de terceros Estados. El segundo era la guerra civil, que se consideraba un asunto de interés interno de los Estados [...]. Finalmente se contemplaba la posibilidad de actos de los Estados en los que recurriera al uso de la fuerza, pero sin configurar un estado de guerra [...].⁵⁶

Sin embargo, tras la expedición del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas quedaron prohibidos tanto la guerra como el uso de la fuerza o de la amenaza entre Estados, más allá de la guerra misma.

⁵⁵ A propósito, véase el trabajo del autor en el cual recoge todos los elementos reunidos por la jurisprudencia nacional —especialmente la Sala Penal— alrededor de la existencia del conflicto armado interno, el cual es explícitamente aceptado por el juez penal desde hace décadas. Alejandro Aponte: "Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia", en *Derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, vol. xxvii, n.º 81, mayo-agosto de 2006, pp. 15-46.

⁵⁶ Roberto Vidal: *Derecho global y desplazamiento interno. Creación y uso del concepto de desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2007, p. 31.

Hoy en día, cualquier acto de hostilidad armada, en un sentido más objetivo y fáctico del término, sin necesidad de declaración jurídica y sin reconocimiento del estatus de beligerancia a los insurgentes, es regulado por los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y sus respectivos protocolos I y II adicionales —conjunto normativo que redefinió la clásica división anteriormente nombrada y solo distingue conflictos armados entre Estados y conflictos armados dentro del Estado mismo o conflictos armados internos—.⁵⁷ Por lo demás, esta distinción está presente también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (Se trata aquí, desde luego, de una reseña sintética y en función del texto, de fenómenos muy complejos.)

En conclusión, hoy en día, y con ello induciendo más el caso colombiano, el elemento normativo que consagra el tipo penal contenido en el artículo 159 hace referencia, en el ámbito internacional, a un concepto jurídico contenido en el artículo 3 común de las 4 Convenciones de Ginebra de 1949, en el Protocolo II adicional —ambos referidos a los conflictos armados no internacionales— y a las guerras civiles que cubre el régimen clásico anterior a 1949. No obstante, es necesario establecer que dicha referencia jurídica, en el caso interno y conforme a interpretaciones del juez constitucional colombiano, ha sufrido variaciones que deben ser matizadas teniendo en cuenta la realidad interna del país y los elementos del derecho internacional que se hacen insoslayables.

1.2.3. La confluencia de lo fáctico y lo normativo en la configuración de la conducta

Es correcto afirmar que, más allá de una declaración formal de guerra civil, por ejemplo —y es el caso colombiano—, se deben considerar hechos que sin duda hacen prever la circunstancia precisa de la existencia de un conflicto armado o de hechos constitutivos de este. Con ello se evita que, por encima de la Carta Política, el respeto al derecho humanitario dependa justamente de que el Poder Ejecutivo, por ejemplo, reconozca su existencia o entre a declarar formalmente la existencia de una guerra civil. (Si no lo

⁵⁷ Es importante aclarar —y esto tiene mucho que ver con confusiones que hoy siguen teniendo lugar y con dificultades para aplicar el derecho internacional humanitario— que, tal como lo dispone el artículo 3 común a los convenios de Ginebra, su aplicación no tiene implicación sobre el estatuto de las partes: es una constatación fáctica sin adentrarse en los motivos de la guerra o en variables propias de la noción de *justa causa*, por ejemplo. Ello también tiene implicaciones muy importantes sobre el sistema judicial, como se verá en seguida, ya que no presupone el reconocimiento de beligerancia de un actor como condición para aplicar las normas humanitarias. (Hecho distinto, desde luego, del reconocimiento de combatiente en un sentido también fáctico, para diferenciarlo de meros actores ligados a delincuencia común o a grupos mafiosos, por ejemplo. Ya se hará relación en este sentido a decisiones de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía.)

hace, no se aplicaría el derecho humanitario, aunque fácticamente haya circunstancias propias del conflicto armado, y se debilitaría su campo de protección.)

Ello es fundamental, además, por el hecho de que el derecho humanitario, en su sentido más amplio, se aplica con independencia de las razones de la guerra, con independencia de la autorrepresentación de los actores, de las valoraciones que ellos mismos hagan de la situación y, sobre todo, de las víctimas que producen. Así, una persona es persona protegida con independencia de que lo digan el Poder Ejecutivo o los actores armados como señores de la guerra. Es una condición que no depende de consideraciones valorativas de los actores inmersos en escenarios de confrontación.

Pero, una vez que se ha logrado aclarar cuestiones de principio sobre el DIH, es necesario acudir a fundamentos que, si bien son esencialmente fácticos, luego han sido positivizados a través de normas jurídicas, y que son aportados por el Protocolo en mención y, en general, por el DIH. Es así como, para citar el caso concreto de la Fiscalía, esta institución, en providencias muy interesantes, para interpretar más correctamente el elemento normativo *conflicto armado* —en ocasión y en desarrollo de este—, destaca la necesidad de probar la existencia de tres condiciones, a saber: a) que se trata de actores con mando responsable —esto es fundamental en derecho penal internacional, pues lleva a las nociones de superior jerárquico, de cadena de mando, etcétera—; b) que exista apropiación o presencia o dominio territorial —incluso actores que tengan un dominio territorial más nómada, es decir, que circulen en un territorio extenso, cumplen esta condición—, y c) que los actores ejerzan acciones concertadas sobre un territorio. (Hay un pronunciamiento muy interesante de la Fiscalía General de la Nación, en el cual se analizan uno a uno estos tres requisitos y se deduce de ellos que los actores que los cumplen están regidos por el DIH).⁵⁸

Este es un hecho fundamental, por ejemplo, en el caso del desplazamiento forzado: si por efecto de estas acciones concertadas, adelantadas durante largos períodos de dominio y presencia territorial, se produce un desplazamiento de las personas de su lugar, tiene ocurrencia el delito. Así, estas condiciones son fundamentales, y su ocurrencia, a pesar de estar reforzada por aspectos que son normativos y del derecho internacional, no depende de la declaración formal de una guerra civil o, incluso, de la declaración de beligerancia de un actor. Además, permite diferenciar de actos meramente delincuenciales, anarquistas, aislados, o de meros tumultos o desórdenes que no constituyen acciones de conflicto armado interno. En el caso colombiano, por tradición, además, todos estos

⁵⁸ Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Despacho Diecisiete, proceso n.º 1668, 4 de marzo del 2004.

elementos concurren, por ejemplo, en las acciones de las guerrillas, y ahora —en provincias muy interesantes de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía y sobre todo en el proceso de Justicia y Paz— concurren en grupos de autodefensas, una vez que se han detectado su composición de mando, su presencia y dominio o disputa territorial, y el hecho de adelantar acciones concertadas sobre un territorio. (Además, por su puesto, de constatar las acciones permanentes de amedrentamiento contra la población civil que las soporta en territorios cooptados y privatizados.)

1.2.4. Características específicas del tipo penal contenido en al artículo 159

Como ya se dijo respecto de esta norma, ella está situada dentro de las infracciones al DIH. Este es el bien jurídico protegido por la norma; no obstante, se trata de un tipo penal plurifensivo, que también protege la autonomía personal, la libertad y otras garantías y, con ello, otros bienes jurídicos que son lesionados con la conducta. Lo que sucede es que su ámbito de protección se concibe en función de la persona protegida, sobre todo de aquella contenida en el numeral 1 del párrafo del artículo 135, es decir, la población civil no combatiente.

El tipo penal prácticamente no ha sido aplicado todavía en el país; los casos han llegado por vía del artículo 180. (Esta conclusión debe matizarse, no obstante, a partir del hecho de que, en el marco de Justicia y Paz, sí se vienen dando discusiones muy interesantes sobre la posible aplicación del artículo 159.) El tipo penal contiene acciones que, más allá de constituir verbos rectores, constituyen categorías, son conceptos trabajados por la jurisprudencia internacional. Por esta razón, se trataría de un tipo penal en blanco, más que de una norma que contiene todos los verbos rectores comprensivos en sí mismos. Por ejemplo, la norma trae tres conceptos diferentes que son *expulsión*, *deportación* y *traslado* o *desplazamiento forzado*, pero cada uno de ellos constituye, más que una acción en sí, un concepto que debe ser llenado de contenido. Para ello, un operador puede —como de hecho se hace— ir directamente al artículo 180 y así brindar contenido específico a una categoría establecida, sin hacer giros para llenar de contenido el artículo 159 de manera indirecta.

A continuación se hará referencia al carácter de ejecución permanente que tiene el delito en sus dos versiones. Se destaca así uno de los aspectos más interesantes de las normas desde el punto de vista penal, sin entrar en un estudio más en profundidad del delito, que se ha hecho en textos ya citados y que se pueden consultar.

2. El desplazamiento forzado como un delito de ejecución permanente

El hecho de que el delito que nos ocupa sea un delito de ejecución permanente es fundamental para la imputación correcta del tipo penal de desplazamiento forzado, ya que la mayoría de los hechos constitutivos del delito, tal como ha ocurrido en la Ley de Justicia y Paz, fueron cometidos en vigencia del Código Penal de 1980, en el cual no existían los dos tipos penales que hoy en día hacen relación a este hecho especialmente grave. En consecuencia, para imputar será necesario establecer pautas básicas para entender cómo se da este delito en la realidad fáctica y cómo se debe aplicar la ley en el tiempo. Una vez que se ha adelantado este análisis, se harán consideraciones acerca del fenómeno de la prescripción y de la aplicación de la ley procesal en el tiempo.

El punto de partida para la consideración del delito como uno de ejecución permanente puede ser la definición clara y precisa que de este tipo de delitos introduce Roxin y que se repite en numerosos autores: “Son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo”.⁵⁹ Varios elementos se deducen de la anterior definición. En primer lugar, y este es el hecho fundamental que deben tener en cuenta los operadores para imputar el delito, se encuentra la noción de *estado antijurídico*. Esto lo recalca Jescheck, por ejemplo, cuando enfatiza el hecho de que “en los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente”.⁶⁰

⁵⁹ Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general*, tomo I: “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Madrid, reimpresión, 1990, p. 329.

⁶⁰ Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4.^a edición corregida y ampliada, Granada, 1993, p. 237. Esta consideración jurídica se corresponde exactamente con la sociología del delito. Se trata incluso de una correspondencia de lenguaje: “[...] el desplazamiento como estrategia ha tendido a convertirse en permanente, de manera que los actores armados buscan consolidar su control territorial para instaurar o controlar procesos de producción de cultivos ilícitos y garantizar el tráfico de armas e ingreso ilegal de divisas, entre otras cosas. En muchos de estos casos se produce una ‘sustitución de la base social’, de manera que la población desplazada es reemplazada por personas afectas al respectivo actor armado, y a ellas les son transferidos activos tales como tierra e inmuebles”. Edgar Forero: *El desplazamiento interno forzado en Colombia*, Washington, 22 de septiembre del 2003, p. 4, disponible en http://www.ideaspaz.org/eventos/download/edgar_forero.pdf. El desplazamiento forzado ha estado ligado a empresas masivas de expropiación de las tierras de los campesinos. Esa es una de sus características fundamentales: estrategia de guerra, como estrategia de apropiación de tierras.

Aquí se destaca también la voluntad del actor, tal como lo hace la jurisprudencia colombiana en providencia que es hoy seguida por la Sala Penal y que aclara puntos básicos:

[...] un comportamiento *único* que inicia la vulneración o puesta en riesgo del bien jurídico y, *sin solución de continuidad*, mantiene en el tiempo la ofensa a ese interés hasta cuando el autor, por voluntad propia, deja de lesionarlo, o hasta cuando por otra razón, por ejemplo, la muerte de la víctima, su huida, el arresto del agente o la clausura de la instrucción, desaparece el daño o el peligro al interés o valor tutelado.⁶¹

Esta renovación del hecho, además, se da a través de actos concretos —también de omisiones, como se verá—; es decir, no se trata de una acción única que se agote en el tiempo, sino de un conjunto de acciones y de omisiones perpetuadas en un periodo determinado, lo que no significa, desde luego, que sean varios delitos. En este caso habrá un concurso, como es lógico; por esa razón y para efectos procesales y de aplicación de la ley en el tiempo, asiste razón a la mayoría de la doctrina que lo considera como un solo delito o que lo denomina también *delito único*.⁶²

Los ejemplos que agregan los dos autores citados, tanto Roxin como Jescheck, son ejemplos convencionales en los cuales no están presentes los crímenes internacionales, pero ilustran nuestra reflexión: detención ilegal, allanamiento de morada, conducción en estado de embriaguez, etcétera. Autores colombianos como Fernando Velásquez, aunque sin explicación en detalle, mencionan al lado del secuestro o del concierto para delinquir el delito de desplazamiento forzado como delito de ejecución permanente. (El autor restringe la mención al artículo 180, pero debe entenderse también el artículo 159.)

Lo señalado no pierde sentido incluso si el delito no es un delito de mera actividad y, por ende, si se entiende que el desplazamiento forzado, artículo 180 por ejemplo, exige que se *ocasione* efectivamente el desplazamiento. Por eso, según Roxin, “los delitos permanentes son en su mayoría delitos de mera actividad, pero también pueden ser

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia con radicado n.º 22813, del 30 de marzo de 2006, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, p. 9. Es necesario aclarar que esta providencia ha tenido lugar en el contexto del delito de inasistencia alimentaria y fue la que varió posturas de la Sala Penal anteriores, en las cuales el acento estaba más ligado al fraccionamiento del delito en hechos independientes, pero de ese delito en particular. Hoy incluso se discute si es de hecho un delito de ejecución permanente. Lo importante es, además, destacar que en los ejemplos que cita la Corte, como el caso de la huida, precisamente en el desplazamiento forzado no sería conducente, porque es una de las circunstancias en las que justamente el delito continúa ejecutándose.

⁶² Liszt-Schmidt: *Tratado de derecho penal*, II: “Filosofía y ley penal”, Buenos Aires, 1964, p. 636. Texto citado en la providencia inmediatamente reseñada, p. 7.

delitos de resultado en caso de que un determinado resultado constantemente vuelva a realizarse de nuevo al mantenerse el estado antijurídico”.⁶³ El acento está en el injusto. Para nuestro caso, de una vez es importante comprender que es necesario enfatizar, en función del injusto, la violación permanente de la autonomía personal. Es, como se ha dicho, dentro del capítulo contra la autonomía personal, en el contexto más genérico de la libertad y otras garantías, que se sitúa el delito de desplazamiento forzado en su versión del artículo 180.

Una pregunta surge en este momento como fundamental: ¿Cómo se demuestra, en el caso del desplazamiento forzado, la preservación en el tiempo de un estado antijurídico? ¿Ello se reduce a las acciones y omisiones del sujeto activo o también debe tenerse en cuenta el sujeto pasivo, más aún, la víctima o el perjudicado de acuerdo con nuevas terminologías? ¿Hasta dónde debe comprenderse y tiene significado el hecho de ser *desplazado* contra la propia voluntad, de huir de manera permanente, de verse forzado contra su autonomía?

Frente a este cúmulo de preguntas, y como ocurre con la mayoría de los casos relacionados con crímenes internacionales, es la realidad del hecho mismo la que debe dar respuesta. Por ejemplo: una persona, un sindicalista, para citar un caso específico por el cual se ha condenado en justicia ordinaria a un procesado en Justicia y Paz, con el alias de *H. H.*, es desplazado directamente por el jefe paramilitar, es decir, mediante actos arbitrarios —amenazas directas, por ejemplo— y, según el tipo penal, se *ocasiona* el desplazamiento de la persona. El sindicalista permanece oculto, huye, se refugia en otro territorio, y con este hecho se menoscaba claramente su autonomía, su poder de decisión sobre el lugar donde quiere residir. Es, en el más puro sentido de la palabra, *forzado* su desplazamiento del lugar; su voluntad, su autonomía se encuentra *forzada*, para reseñar el valor de esta palabra. Es decir, se menoscaba de manera permanente dicha autonomía como bien jurídico tutelado.

Ahora, lo interesante en este caso es que si se imputa, en el contexto del conflicto armado, el artículo 159, el bien jurídico es en principio el DIH, pero, como se trata en todo caso de un tipo penal pluriofensivo, hay que tener en cuenta la noción de autonomía personal que se desconoce con la acción que se renueva en el tiempo (o la omisión). En todo caso, también es muy interesante pensar, desde el punto de vista de la población civil no combatiente, la violación permanente de las leyes de la guerra, en situaciones como el desplazamiento forzado, la toma de rehenes, el reclutamiento forzado, etcétera.

⁶³ Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general* (cit. nota 59), p. 329.

Son temas para seguir reflexionando y respecto de los cuales la dogmática debe enriquecerse con estas nuevas exigencias de fundamentación.

Debe decirse que durante todo el tiempo en que dicha situación tenga lugar, en que se afecte la autonomía como expresión de la libertad como está concebido en el Código, se está produciendo el *estado antijurídico* connatural al delito de ejecución permanente.

Pueden suceder dos cosas para simplificar el caso y para observar el problema central de la voluntad del autor. Puede suceder que la persona siga siendo amenazada, así sea veladamente, en el nuevo territorio que ocupe (por esa razón muchos desplazados quedan de hecho por fuera de toda acción de políticas públicas: se trata de seguir en el anonimato y así preservar la vida), o puede suceder que, aunque no haya amenazas directas posteriores, la orden sea no dejar regresar al desplazado a su territorio de origen. En ambos casos sigue manteniéndose el estado antijurídico y puede decirse que en ambos casos se mantiene también la voluntad del actor.⁶⁴ Ello incluso si durante algunos períodos se entra en una especie de pausa o de interrupción de los actos arbitrarios.

Es decir, para darse una voluntad del actor no se requiere que durante cada minuto del tiempo del desarraigo una persona sea efectivamente amenazada, lesionada o constreñida. Por eso, con razón recalca Zaffaroni: “La permanencia del delito no cesa aunque se hayan producido cortas interrupciones que en rigor no han tenido el efecto de hacer cesar el estado”⁶⁵

Incluso —y este es un hecho muy interesante— siguiendo a Jakobs se puede agregar que “en algunos delitos, los permanentes en sentido estricto, el injusto se va intensificando al aumentar la medida del ataque a un bien jurídico por medio de un obrar u omitir posterior del autor”.⁶⁶ Se trata de un hecho clave para entender sociológicamente las formas en que se da el delito: la(s) persona(s) desplazada(s) puede(n) seguir sufriendo amenazas en el lugar donde se encuentren, pueden agregarse nuevos actores —por ejemplo, cómplices

⁶⁴ Esta voluntad se puede dar, además, a través de inducciones en error a las víctimas desplazadas. Por ejemplo, en un contexto degradado —típico de la sociología de este delito—, teniendo lugar un desplazamiento múltiple de una población, puede suceder que unas personas quieran regresar, pero por rumores de otros desplazados, inducidos incluso por situaciones generadas por los actores del desplazamiento mismo, no regresan. Ello en caso de que en realidad existan en principio las condiciones para que se dé el regreso; por ejemplo, si los actores armados han sido expulsados del territorio o no tienen dominio sobre él, pero pretenden seguir atados al usufructo de las tierras de los desplazados, etcétera.

⁶⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2002, p. 859.

⁶⁶ Günther Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a edición corregida, Madrid, 1997, p. 208.

partícipes contratados para continuar las amenazas— y puede, incluso por omisión, aumentar la medida del injusto.

Piénsese, para citar un caso, que a través del desplazamiento —y este es un hecho subrayado por los instrumentos internacionales— el actor coloca a la víctima en una situación especial y permanente de vulnerabilidad, en una situación de fragilidad para su vida, su integridad; no obstante, no se despliega una conducta para evitar que ello ocurra —por ejemplo, para propiciar que las víctimas regresen a sus tierras, para que recuperen los bienes, para que cese su estado de fragilidad—. Este es un hecho que se discute en Justicia y Paz de cara a las fórmulas de reparación concretas y tiene, además, repercusiones específicas frente a la misma desmovilización y sometimiento a la justicia.

Por ejemplo, si una persona desmovilizada sigue influyendo a través de amenazas o, en todo caso, y para preservar propiedades, impide el regreso de desplazados, mantiene una estructura de poder, de mando, y en realidad no se ha desmovilizado. Ello tiene repercusión sobre todo el proceso. El problema de la omisión en los delitos de ejecución permanente es ciertamente relevante.⁶⁷

El caso de numerosas personas que se han desplazado y que, por decirlo así, no han sido desplazadas directa sino indirectamente, y respecto de lo cual la imputación se haría a título de dolo eventual, puede representar mayores dificultades para ser imputado correctamente el tipo penal. Pero aquí el caso del anonimato y de lo masivo de las víctimas no desconoce el hecho central de la permanencia del estado antijurídico. Las personas no regresan: unas van a un sitio del país, otras a otro; se disgregan, se dividen, pero en todo caso su temor permanece y, desde luego, la falta de dominio de su autonomía: así quieran regresar no pueden hacerlo, no les es posible. La razón principal que ocasionó su desplazamiento —la violencia generalizada—, la presencia de actores ilegales, la paraestatalidad clara, se mantienen; de allí que la situación antijurídica persista.

2.1. Delito de ejecución permanente y aplicación de las normas penales en el tiempo

Una vez que se tienen elementos claros que permiten establecer que el desplazamiento es un delito de ejecución permanente, surge un hecho central que debe ser resuelto en función de la implementación de fórmulas correctas de imputación de la

⁶⁷ Jakobs coloca un ejemplo relativamente sencillo: en el caso de la detención ilegal, tiene lugar lo dicho sobre la intensificación del injusto, “en caso de que el autor mantenga la privación de la libertad mediante su comportamiento, o sea, si sujeta a la víctima (acción) o no la libera (omisión)”. Ibídem, p. 208.

conducta de desplazamiento forzado, preservando los principios centrales del derecho penal en el Estado de derecho: las normas del Código Penal que deben ser aplicadas. Como se sabe y se ha dicho, una gran mayoría de hechos narrados por los desmovilizados ocurrieron antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal del 2000, con vigencia desde julio del 2001. De esta forma, la pregunta debe dirigirse al carácter mismo del delito y a los actos que lo convierten en delito de ejecución permanente y al momento en que se han cometido dichos actos. (Se debe tener siempre en cuenta, además, el periodo de vigencia de la ley 589 del 2000.)

Lo que primero debe aclararse es que tanto la legislación como la jurisprudencia colombianas optan por la denominada *teoría de la acción, consagrada* en el artículo 26, que se refiere al “tiempo de la conducta punible” y establece que “la conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado”. Esta teoría sirve para resolver cuestiones atinentes al ámbito temporal de aplicación de la ley penal, problemas que ya se habían planteado otros autores clásicos que, si bien en otro momento, lo resolvieron con toda claridad, sin desconocer la fundamental prohibición de retroactividad.

Por ejemplo, Welzel aseguraba ya en su momento que para la “cuestión de la antijuridicidad, de la culpabilidad y la punibilidad, es decisiva la situación al tiempo de la ejecución de la acción; indiferente es la situación al tiempo de la producción del resultado”.⁶⁸ De igual manera, en Italia otro autor clásico hacía referencia a la ejecución de la “actividad”, según la cual “el momento realmente decisivo del delito es el de la conducta, porque en él se comprende la rebelión del individuo a la ley, que caracteriza el ilícito penal”. Además, y agregando una consideración político-criminal propia del autor, concluye que “solo en dicho momento puede desenvolverse la eficacia intimidativa que es inherente a la norma”.⁶⁹

Por su parte y más recientemente, Roxin, quien da cuenta de la ley alemana similar en todo sentido al artículo 26 colombiano ya citado, y en la cual se acentúa la aplicación

⁶⁸ Hans Welzel: *Derecho penal alemán. Parte general* (traducción de la 11.^a edición en alemán), Santiago de Chile, 1970, p. 43. Asimismo, Baumann, haciendo alusión al origen en la Constitución de Maryland de 1776, artículo 15, de la prohibición de retroactividad y a su vinculación a través de la revolución francesa a la tradición continental y su apoyo en autores como Feuerbach, establece: “[...] en el contexto de la validez temporal, un hecho es jurídicamente perpetrado solo cuando el autor lo ha cometido efectivamente. La eventualidad de un resultado posterior en el tiempo se hace irrelevante”. Jürgen Baumann: *Strafrecht I*, Tübingen, 1960, p. 89.

⁶⁹ Francesco Antolisei: *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, 1960, p. 92. Concluye así el autor: “Por ello consideramos que el delito se debe entender cometido en el tiempo en que el sujeto ha realizado la conducta prohibida por la norma y, por ello, en el caso de sucesión de leyes, debe aplicarse la que en aquel se encontraba en vigor”.

de la “ley que está vigente al momento del hecho”, concluye que el momento del hecho “es el momento en el que ha actuado el autor o el partícipe, o, en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado. No es decisivo cuándo se produzca el resultado”.⁷⁰ Así, “en el caso de los delitos permanentes puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión; por ejemplo, que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso, se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho”.⁷¹ Así lo recalca finalmente Jescheck: en los “*delitos permanentes* habría que ver si la situación antijurídica creada por el autor se prolonga hasta después de entrar en vigor la nueva ley. Por ello, en los delitos continuados y en los permanentes, el tiempo de comisión se extiende linealmente hasta la *terminación del hecho*”.⁷²

2.2. Diferencia entre consumación y agotamiento: una herramienta apropiada de interpretación de los hechos

Una consideración de Zaffaroni puede introducirse en este contexto. El autor, en este tipo de delitos, diferencia entre *consumación* y *agotamiento*. Parte de la base, tratándose en general de todos los delitos, de que “siempre la consumación es el presupuesto del agotamiento, pero no en todos los delitos puede tener lugar antes del agotamiento”.⁷³ Así, esta separación sería posible en los delitos continuados, lo cual quiere decir, en el caso del desplazamiento, que el hecho mismo de ocasionarse un desplazamiento, en un solo acto, puede consumarse, puede ser sinónimo de realización del tipo, pero no se produce con ello un agotamiento efectivo de la conducta. Así, según el mismo autor, esta separación tiene los siguientes efectos:

[...] a) en cuanto a la participación, porque haría típica la acción del que interviene antes del agotamiento; b) en orden a la prescripción, porque comenzaría a correr desde el último acto del agotamiento; c) en punto de la realización de circunstancias gravantes introducidas con posterioridad a la consumación, que harían lugar a una tipicidad calificada.⁷⁴

⁷⁰ Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general* (cit. nota 59), p. 162.

⁷¹ Ibídem.

⁷² Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general* (cit. nota 60), p. 124.

⁷³ Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal. Parte general* (cit. nota 65), p. 821.

⁷⁴ Ibídem, p. 821. Respecto de la prescripción, es muy importante lo expuesto por Zaffaroni, ya que coincide justamente con el caso colombiano, en el cual, de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal, en el caso de los delitos de ejecución permanente, el término de prescripción comienza a contarse “desde la perpetración del último acto”.

Esta noción de agotamiento debe entenderse en función de lo ya expuesto sobre la continuación de *actos* que hagan que el delito *continúe* produciéndose. Así, por ejemplo, si se produce un desplazamiento en el año 1999, bien sea a título de dolo directo o dolo eventual, en ese momento se ha realizado la conducta establecida en el tipo, se ha ocasionado el desplazamiento. La persona se desplaza, contra su voluntad y viendo afectada su autonomía, e inicia un itinerario oprobioso propio de las circunstancias sociológicas que acompañan este delito. La persona se sitúa con su familia en la capital de un departamento, sigue huyendo durante todo el año 2000; recibe, una vez que ha sido ubicada al lado de otros desplazados, amenazas en las que se le dice que no puede regresar. Dichas amenazas se producen a finales del año 2000 y se reiteran de manera intermitente a lo largo del año 2001. Al final de este año, la persona, que ya no recibe amenazas directas del actor que la ha desplazado —un jefe paramilitar que operaba en la zona y que conocía bien al sujeto pasivo y condenó sus actividades políticas, por ejemplo—, quiere regresar al lugar que habitaba y no puede hacerlo porque los actores siguen presentes en dicha zona, razón por la cual no estaría segura su vida ni su integridad.

En este caso, los actos cometidos por el actor, que hacen parte de la continuación del estado antijurídico que precisan los delitos de ejecución permanente, se siguieron produciendo, tanto en vigencia de la ley 589 del 2000, como en vigencia del Código Penal. De acuerdo con el artículo 6, que consagra el principio legal y constitucional básico y fundamental de la legalidad, dicho delito, la norma que lo contiene, es “preexistente al acto que se le imputa”. Es decir, esos actos, que pueden además ser omisiones —las amenazas veladas, el hecho de no hacer nada para el regreso, mensajes velados para todos los desplazados sobre su imposibilidad de retorno—, originados después de esa fecha de julio, son actos que pueden ser imputados como actos propios del delito de desplazamiento. No se trata de aplicación retroactiva de la ley, ni se trata de la conversión en el tiempo de un delito en otro. Se trata, luego de las consideraciones fundamentales hechas con anterioridad, de tener en cuenta *actos* propios del delito en cuanto delito de ejecución permanente.

El término *actos* y no una acción, por ejemplo, que discurre en el tiempo y que sea difícil de probar o de constatar sociológicamente, está confirmado en el artículo 84, inciso 2.^º, ya citado, que se refiere, en términos de prescripción, al “último acto” perpetrado.

Otros autores, aunque no distinguen de esta forma tan fina entre consumación y agotamiento, apuntan en realidad a lo mismo. Por ejemplo, se dice, una vez aclarado que el delito de ejecución permanente supone la continuación de un estado antijurídico, que “dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se *sigue consumando*”

hasta que se abandona la situación antijurídica”.⁷⁵ O, también que en este tipo de delitos “el tiempo de comisión comprende todo el lapso transcurrido desde el instante de la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse”.⁷⁶

Otra cosa distinta sería el siguiente caso: la persona es obligada a desplazarse contra su voluntad en el mismo año de 1999. En el año 2000 es amenazada para que no regrese, pero, luego de decisiones políticas, algún actor armado prevé todas las condiciones para el regreso de dicha persona y esta, con su familia, regresa, se asienta de nuevo y vive en condiciones mínimas de seguridad, todo ello antes del mes de julio de 2001. En este caso, en el año 2008 o 2009 no se podría imputar el delito de desplazamiento forzado, a pesar de que por hechos objetivos se trate efectivamente de dicho delito. Simplemente no existía este al momento de la comisión de la conducta objetivamente. (En este caso se imputa el delito de constreñimiento ilegal, que puede ser agravado.)

Tampoco podría imputarse el mismo delito si, antes del mes de julio de 2001, la persona fue reubicada, si a sus hijos se les ha dado educación en el nuevo lugar, si ha podido conseguir estabilidad mínima y una mínima seguridad; y, sobre todo, si ha recuperado el dominio de su autonomía personal. Aquí podría decirse, para manejar el delito con algo de racionalidad, sobre todo cuando la condición de desplazado se une a la condición de pobreza y de marginalidad de un inmenso sector de la población colombiana, que ha cesado el “estado antijurídico”, incluso si la persona no ha regresado al lugar de origen desde el cual se desplazó. (Se trata desde luego de una opción discutible, en la medida en que incluso ubicada dignamente en otro territorio la persona puede seguir viéndose o sintiéndose vulnerada en su autonomía u otras garantías. Los operadores deben ser especialmente acuciosos y hacer auténtica sociología del delito para saber cómo se extiende en el tiempo el estado antijurídico de la conducta y en qué acciones u omisiones se expresa esa permanencia. Pero también se debe siempre adelantar una imputación racional y en todo caso plausible).

Ello supone, desde luego, una exigencia, y es que el Estado y todas sus instituciones, de la manera más consistente, actúen en función de los desplazados; supone que funcionen sin demoras y sin dilaciones los programas de protección y de prevención alrededor del desplazado; supone, en fin, que funcionen efectivamente las políticas públicas. Un problema aparece aquí: ¿y si dichas políticas públicas funcionan incluso a costa

⁷⁵ Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 7.^a edición, 2005, pp. 227-228.

⁷⁶ Fernando Velásquez: *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.^a edición, Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2007, p. 147.

de la voluntad del actor que ha pretendido, en todo momento, que siga produciéndose el desplazamiento? Es un problema más fácil de resolver en el caso del dolo eventual, por ejemplo, o, en todo caso, no se puede restringir la interpretación sociológica de una conducta tan compleja al hecho único de la voluntad de un actor, tanto más si este ha ingresado en un proceso de desmovilización o de paz.

2.3. Término de prescripción aplicable frente al delito de desplazamiento forzado

El Código Penal, en el artículo 83, consagra el término de prescripción de la acción penal de la siguiente forma (se cita lo más atinente para nuestro estudio):

La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

[...]

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

Es claro, según el referido artículo, que hay un término especial de prescripción para el delito de desplazamiento forzado, que es de treinta años. Esto indica que por la gravedad de la conducta se amplía considerablemente el término de prescripción, con el fin de que este hecho no quede impune, incluso en virtud del cumplimiento de compromisos internacionales. Se resalta, además, la enorme importancia de estos artículos como política estatal, con el fin de poder sancionar y castigar oportunamente estas conductas.

Existe pues en Colombia un término de prescripción para todos los delitos que se amplía cuando se trata de aquellos que constituyen el núcleo duro de la protección penal de los derechos humanos, como es el caso del desplazamiento forzado.⁷⁷ Al mismo

⁷⁷ El autor y consultor ha trabajado en diversos textos la noción de *núcleo duro de la protección penal de derechos humanos*, con base en la misma legislación penal y en los orígenes de la discusión legislativa en torno de estos delitos; así, dicho núcleo estaría constituido por los delitos de genocidio, desplazamiento forzado, desaparición forzada y tortura. A propósito y con el objetivo de presentar fórmulas correctas de imputación a los operadores en el marco general de la protección penal de derechos humanos y con énfasis en el homicidio en persona protegida, véase Alejandro Aponte Cardona: *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio en persona protegida*, Bogotá: Vicepresidencia de la República, Programa de Lucha contra la Impunidad, agosto de 2008.

tiempo, en función de la lucha contra la impunidad de estos delitos, es fundamental el hecho de que exista un término de prescripción, ya que ello delimita la potestad sancionadora del Estado, brinda seguridad jurídica para los procesados y sanciona al Estado por no haber iniciado las actuaciones respectivas en un tiempo debido.⁷⁸ Por eso, además, no es correcto, como se sostiene hoy en diversas instancias, que en Colombia, aplicando directamente normas internacionales, haya imprescriptibilidad para delitos de lesa humanidad. La acción penal prescribe en todos los delitos; habría discusión sobre la imprescriptibilidad de la pena, ya que el mismo Código Penal hace alusión, en el artículo 89, a lo dispuesto en los tratados internacionales. Pero, se repite, respecto de la acción es clara la normatividad legal y, además, constitucional.

De otra parte, el inciso 6.º del artículo 83 reviste especial importancia, ya que, de tratarse de un servidor público, el término de prescripción se aumenta en una tercera parte.

Es de gran utilidad el estudio de esos dos incisos (2.º y 6.º) en conjunto, ya que la casuística penal ofrece también el ejemplo del militar al que le es imputado el delito de desplazamiento forzado. Acá el cómputo de la prescripción debe hacerse tomando en cuenta los 30 años, más la tercera parte por tratarse de servidor público.⁷⁹

2.4. La prescripción en los delitos de ejecución permanente

Un aspecto procesal relevante es la iniciación del término de prescripción de la acción. El artículo 84 del Código Penal es claro al señalar:

En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

En las *conductas punibles de ejecución permanente* o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.⁸⁰

El documento también se encuentra en la página web de la institución, en el contexto del Programa de Lucha contra la Impunidad.

⁷⁸ En este sentido se expresa claramente la Corte Constitucional, en sentencia n.º C-229, del 5 de marzo de 2008, MP: Jaime Araujo Rentería: “[...] la extinción de la acción penal en virtud de la prescripción, al tiempo que delimita la potestad sancionadora del Estado, es un beneficio para el sindicado de la comisión de una conducta punible, en cuanto le confiere la seguridad de que no habrá en el futuro investigación, juzgamiento y sanción en su contra por causa de tal conducta”.

⁷⁹ Al respecto, ha dicho la Sala Penal de Corte: “[...] el aumento de la tercera parte no se predica del máximo de la pena, ni podría hacerse, por supuesto, de esa manera porque nada autoriza a modificar la pena; sino que el aumento de la tercera parte siempre se predica del término de prescripción”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de agosto 25 de 2004, radicado n.º 20673, MP: Edgar Lombana Trujillo.

⁸⁰ Cursivas añadidas.

Es importante recordar que, como se ha expresado, el delito de desplazamiento forzado es de ejecución permanente y, ante ello, el último acto es el que se debe tomar en cuenta a efectos de la declaratoria de la prescripción, tal como lo establece la norma citada. Frente a esta deducción evidente, se debe tener en cuenta todo lo dicho acerca del carácter del delito en cuestión, como delito de ejecución permanente.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que si se ha iniciado la investigación del delito de ejecución permanente y continúan los actos, luego de hecha la acusación, hay un “corte procesal”, es decir, entraría a ser parte de otro proceso, ya que la acusación es el acto jurídico que interrumpe la prescripción, además de ser el punto de partida de un proceso penal formal. Así, se infiere que, de continuar los hechos objeto de investigación, estos necesariamente formarán parte de otro proceso.⁸¹

Ello, desde luego, se refiere a efectos procesales estrictamente relacionados con la prescripción y debe entenderse en consonancia con lo expuesto sobre el carácter de ejecución permanente del delito. Por eso se deba concluir que se toma en cuenta el último acto procesal para efectos de contabilizar la prescripción en delitos de ejecución permanente, como lo es el desplazamiento forzado, pero, tal como lo expresó la Corte Suprema, debe existir un límite a la investigación de los hechos por la Fiscalía. Esto es, con la acusación se coloca un límite a lo que se debe investigar, así los actos constitutivos del delito sigan perpetuándose, y estos actos posteriores serán hechos materia de otro proceso, lo que no quiere decir que el acto constitutivo del delito de ejecución permanente se fragmente; la operación se adelanta para efectos de una sana investigación y de establecer límites procesales en función de un debido proceso y de hacerlo más coherente.

Se aclara, finalmente, que existen otros aspectos relevantes que el autor ha trabajado en textos ya reseñados, pero que exceden los alcances del presente trabajo. En este, en un principio, desde una perspectiva más continental y luego teniendo como base el caso colombiano, se ha adelantado un estudio del impacto importante de la jurisprudencia del sistema interamericano en relación con la sanción a los Estados por la ocurrencia del

⁸¹ Ha dicho la Sala Penal al respecto: “Ciertamente, si lo que se pretende en el proceso penal es juzgar las conductas punibles a partir de la indagación que el ente instructor realiza de comportamientos cuya ejecución se inició obviamente con anterioridad, aunque continúe realizándose en el tiempo, investigación que se concreta en el doble acto de imputación fáctica —que comprendía las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión del hecho— y jurídica —que califica la conducta desde la normativa penal— contenida en la acusación, aun tratándose de delitos de ejecución permanente existe un límite a la averiguación, de manera que cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de junio 20 de 2005, radicado n.º 19915, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

fenómenos de desplazamiento forzado, para luego, a partir de la hipótesis presentada sobre la mezcla y la confusión de ámbitos de protección de derechos humanos y derecho internacional humanitario, ilustrar con ejemplos locales, colombianos, esta confusión. Al final, en el excuso, también con referencia al caso colombiano, pero con una vocación más general, se ha hecho alusión a aspectos especialmente problemáticos y críticos, de carácter sustancial penal y procesal penal, que pueden ser de utilidad, desde una perspectiva comparada y en relación con la persecución penal nacional de crímenes internacionales, para el estudio de otros delitos de ejecución permanente, como es el caso de la desaparición forzada, por ejemplo, o de delitos complejos como el reclutamiento ilícito de menores y su permanencia. Además, como se ha observado, se ha hecho alusión a circunstancias y condiciones de aplicación de normas que consagran crímenes de guerra e infracciones al DIH, tema que desde hace años convoca discusiones muy interesantes de nuestro Grupo de Estudios y que encuentra en el caso colombiano un laboratorio privilegiado para analizar sus consecuencias prácticas.

LA PRUEBA EN EL CRIMEN DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Dino Carlos Caro Coria

RESUMEN. Aunque en el Perú es notorio el avance en la armonización de la normatividad interna referida a las violaciones de derechos fundamentales conforme a los compromisos internacionales asumidos por el país, su desarrollo en el ámbito jurisprudencial nacional es aún incipiente, sobre todo en lo referido al crimen de desaparición forzada de personas. Un aspecto insuficientemente abordado por los tribunales peruanos es el de la actividad probatoria desplegada para acreditar esta figura delictiva. Este trabajo se ocupa de la prueba en el crimen de desaparición forzada de personas desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La inquietud esencial responde a dos manifestaciones concretas de lo que podría interpretarse como una actuación excesiva de la Corte. Primero, la idea de que incurre en una injustificada intromisión en asuntos reservados a las jurisdicciones internas. Segundo, que en algunos casos da por probado un suceso de naturaleza criminal que debería ser determinado en el ámbito de la jurisdicción nacional.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho internacional de los derechos humanos, jurisdicción constitucional, desaparición forzada de personas, prueba en el proceso penal, jurisprudencia, Perú.

ZUSAMMENFASSUNG. Wenn auch in Peru eindeutig Fortschritte bei der Harmonisierung der nationalen Normativität über Grundrechtsverletzungen mit den internationalen Verpflichtungen, die das Land übernommen hat, zu verzeichnen sind, so befindet sich ihre Weiterentwicklung in der nationalen Rechtsprechung doch noch in den Anfängen, besonders auf dem Gebiet des gewaltsamen Verschwindenlassens von Personen. Ein von den peruanischen Gerichten nur unzureichend berücksichtigter Aspekt ist das Beweisverfahren, um das Vorliegen dieses Straftatbestands zu belegen. Die vorliegende Arbeit befasst sich aus der Sicht

der Entwicklung der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte mit der Beweisfrage. Im Wesentlichen geht es um zwei konkrete Ausprägungen einer Vorgehensweise des Gerichts, die als zu weit gehend angesehen werden könnte. Das ist zum Einen die Überlegung, dass es sich auf ungerechtfertigte Weise in Angelegenheiten einmischt, die der nationalen Gerichtsbarkeit vorbehalten sind. Zum Anderen nimmt es in einigen Fällen einen kriminellen Vorgang als erwiesen an, wenn dieser Beweis im Zuständigkeitsbereich der nationalen Gerichtsbarkeit zu erbringen wäre.

Schlagwörter: Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, internationales Recht der Menschenrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, gewaltsames Verschwindenlassen von Personen, Beweismittel im Strafprozess, Rechtsprechung, Peru.

ABSTRACT. Although Peru has made noticeable progress in adapting its national legislation with regard to human rights violations to its international commitments, the application of these rules by the judiciary is still incipient, particularly regarding the crime of forced disappearance of persons. Peruvian courts have yet to deal with the taking of evidence in order to prove this particular offense. This article studies evidence in the crime of forced disappearance of persons from the perspective of the case law of the Inter-American Court of Human Rights. Two specific signs of what might be considered excessive action of the part of the Court are analysed. First, the idea there is unjustified interference in matters which fall exclusively within the domestic jurisdictions of the States. Second, the fact that in some cases it has held that a criminal act has been proven when this should have been decided by the national judiciary.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, international human rights law, constitutional jurisdiction, forced disappearance of persons, evidence in criminal proceedings, case law, Peru.

1. ● Introducción

En los últimos años, las decisiones de los tribunales judiciales peruanos en materia de violaciones a los derechos humanos se han caracterizado por aplicar criterios que vienen siendo desarrollados en el ámbito del derecho penal internacional.¹ Esta remisión tiene como base la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que dispone que las normas relativas a las libertades y los derechos reconocidos constitucionalmente deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales que sobre las mismas materias hayan sido ratificados por el Perú.²

Pues bien, aunque en la actualidad podemos notar el avance y la armonización de la normatividad interna referida a las violaciones de derechos fundamentales conforme a los compromisos internacionales asumidos por el Perú,³ su desarrollo en el

¹ Uno de los ejemplos más evidentes e importantes de la aplicación de criterios emanados del derecho penal internacional en el ámbito de la jurisdicción interna constituye la calificación de crímenes de *lesa humanidad* a los delitos (asesinato, secuestro, lesiones graves) imputados a Alberto Fujimori en el marco del proceso que se le siguió por los hechos de Barrios Altos y La Cantuta. En efecto, en su sentencia la Sala Penal Especial reconoció que, en el presente caso, debían tomarse en cuenta los *elementos contextuales* o *circunstancias* que rodearon los ataques que causaron las muertes y lesiones graves, pues “la norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella”. Asimismo —continúa el referido tribunal—, “La concurrencia de estas circunstancias, a su vez, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo. Podría decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad y que por ello permiten la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho internacional penal”. Véase Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, expediente n.º A.V. 19-2001, § 711 ss. (en adelante, sentencia de la Sala Penal Especial en el caso *Fujimori*).

² Constitución Política del Perú, 1993: “Disposiciones Finales y Transitorias. Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

³ La legislación peruana se orienta a una implementación plena de las reglas del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). En cuanto a la *implementación procesal penal*, resulta de importancia lo dispuesto por el Código Procesal Penal en su libro VII, referido a “La Cooperación Judicial Internacional”, cuya sección VII está dedicada a la “Cooperación con la Corte Penal Internacional”, de conformidad con los artículos 86, 88 y 93 ECPI. En cuanto a la *implementación del derecho penal material*, la Comisión Especial Revisora del Código Penal ha pretendido realizar una implementación absoluta que pasa por incorporar los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario como libro III del Código Penal, estableciendo reglas de parte general y el catálogo de delitos de genocidio, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario, con el objetivo de restringir en lo posible la competencia complementaria de la CPI. Para mayores alcances sobre el proceso de implementación del ECPI en el Perú, véase Dino Carlos Caro Coria: “Informe Nacional. Perú”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación de Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 373 ss.

ámbito jurisprudencial nacional es aún incipiente, sobre todo en lo referido al crimen de desaparición forzada de personas. Así, un aspecto insuficientemente abordado por los tribunales peruanos es el relacionado con la *actividad probatoria desplegada para acreditar la mencionada figura delictiva*.

Ante el escenario descrito, la presente investigación tiene como objetivo el estudio de la prueba en el crimen de desaparición forzada de personas desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En ese sentido, la inquietud esencial que motiva la investigación es doble y responde a dos manifestaciones concretas de lo que, hasta donde alcanzamos a ver, podría interpretarse como una actuación excesiva de la Corte IDH. Primero, la idea referida a que ese tribunal, a pesar de estar originalmente orientado a la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado, incurre, con su actuación jurisprudencial, en una injustificada intromisión en asuntos reservados a las jurisdicciones internas. Esto parece ser así cuando, como se explicará más adelante, la Corte IDH, a través de sus sentencias, ordena que los tribunales nacionales dejen sin efecto, anulen, modifiquen decisiones o adopten medidas procesales concretas.⁴ Con esto, creemos, el tribunal rebasa sus prerrogativas primigenias (consistentes en la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por el incumplimiento de sus obligaciones) y desvirtúa el original objeto del proceso internacional. Segundo, la Corte IDH, en algunos casos, parece decretar la efectiva ocurrencia de un hecho delictivo —en lo que aquí interesa, un crimen de desaparición forzada de personas—, es decir, da por probado un suceso de naturaleza criminal que debería ser determinado en el ámbito de la jurisdicción nacional. En ese sentido, cuando la Corte IDH confirma el acaecimiento de un

⁴ Véase, por ejemplo, caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, fondo, § 41-44, puntos 3-5 de la parte resolutiva. Aquí la Corte IDH sostiene no solo la *invalidez* de las leyes de amnistía adoptadas por el Perú, sino su *incompatibilidad* con la CADH (artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de tal instrumento normativo). En ese sentido, al carecer aquellas leyes de efectos jurídicos, la Corte IDH parece declarar la *reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de la mencionada ley*. Por otro lado, declara que son inadmisibles las figuras de la prescripción de la acción u otras causales eximentes de responsabilidad penal en los referidos procesos. Véase también caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, sentencia del 1 de setiembre de 2010, fondo, reparaciones y costas, § 233-238, puntos 7-10 de la parte resolutiva. Con respecto a la desaparición forzada de Reiner Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña, la Corte IDH ordenó *remover* todos los obstáculos que *de facto* y *de iure* mantienen en la impunidad el homicidio y la desaparición forzada de los agravados, así como el *iniciar las investigaciones y aplicar efectivamente las sanciones* y consecuencias que correspondan dentro de un plazo razonable. De esto se desprende que la Corte IDH parece ordenar la *reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada*, sin importar si transcurrió el plazo de prescripción de la acción previsto en la ley nacional, si no existía el tipo penal determinado en el momento de la comisión del hecho punible (principio de retroactividad de la ley penal) o si ya existía una sentencia condenatoria firme sobre los responsables (*non bis in idem*).

crimen determinado, de la jurisprudencia se colige una suerte de obligación dirigida a los tribunales nacionales para sancionar indefectiblemente a una persona. Así, se puede reconocer que una sentencia emitida por la Corte IDH puede tener importantes efectos sobre individuos que no son parte de la controversia, cuyo derecho de defensa se violenta al utilizar criterios probatorios menos severos para determinar, en el ámbito nacional, la responsabilidad penal de aquellas personas.

2. Acerca de la desaparición forzada de personas como crimen de derecho internacional: complejidades probatorias

La Corte IDH ha reconocido la especial gravedad del crimen de desaparición forzada de personas. Así, por ejemplo, en el caso *Gómez Palomino contra Perú* la consideró como:

[...] un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo se produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos.⁵

De esta manera, siendo evidente la magnitud de la referida figura delictiva —tanto por su gravedad como por su trascendencia para el orden público internacional—,⁶ consideramos útil realizar una indagación previa con respecto a las definiciones que en el ámbito supranacional se ha pretendido otorgar al crimen de desaparición forzada de personas para, de esta manera, advertir los alcances de su constitución.

⁵ Caso *Gómez Palomino contra Perú*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, fondo, reparaciones y costas, § 92.

⁶ El Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas señala que “la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana” y, además, que “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”.

Una primera referencia es la definición que sobre el referido crimen otorga la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,⁷ que en su artículo II manifiesta:

[...] se considera desaparición forzada la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Por su parte, el artículo 7.2.i del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) señala que por desaparición forzada de personas:

[...] se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Pues bien, fuera de las implicaciones dogmáticas que las definiciones expuestas nos ofrecen para comprender los alcances típicos del crimen de desaparición forzada de personas,⁸ en este momento deseamos destacar la complejidad que desde el punto de vista probatorio encierra la acreditación de la mencionada figura delictiva. En efecto, tal complejidad es una constante en el referido hecho punible, ya que *durante su contin-*

⁷ La Corte IDH ha admitido que para la determinación de la responsabilidad de un Estado en materia de desaparición forzada de personas no bastará con examinar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que se debe recurrir también a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ya que este instrumento normativo establece modos de proteger los derechos humanos que se vulneran cuando se perpetran tales sucesos delictivos. Véase el caso *Gómez Palomino contra Perú*, cit., § 94.

⁸ Como podemos notar, entre las definiciones presentadas existen algunas importantes diferencias. Según la Convención, el autor solo podría ser un agente del Estado o una persona que actúa con su autorización, apoyo o aquiescencia. En el ECPI, al hacer referencia a una "organización política", parece preverse la posibilidad de que los miembros de una organización subversiva enfrentada al Estado puedan cometer el mencionado hecho punible. Por otro lado, mientras que la definición de la Convención abarca la negativa a emitir información sobre el paradero de la persona (lo que se entiende como un impedimento del ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes), la definición del ECPI contempla la circunstancia de dejar al margen de la ley al detenido como un elemento del *aspecto subjetivo del injusto* (como un fin perseguido por el autor del delito).

nuidad o ejecución en el tiempo se efectúan diversas acciones destinadas a la supresión de las pruebas.⁹

Precisamente, partiendo de las definiciones citadas *supra* se puede colegir que el crimen de desaparición forzada de personas se estructura a través de dos fases: a) *una privación de la libertad, la que puede ser legal o ilegal*, y b) *la no información sobre aquella privación de la libertad*.¹⁰ Tomando en cuenta entonces tales elementos, podemos afirmar la *naturaleza clandestina* del crimen de desaparición forzada de personas a través de la posibilidad de que los perpetradores decidan *erradicar* o *encubrir* todos los medios que permitan registrar la escena del crimen o descifrar la concreta puesta en marcha del hecho. En ese sentido, como reconoció la Corte IDH en el caso *La Cantuta contra Perú*:

El denominador común en todo el proceso era “la negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido. Es decir, la persona ingresaba a un circuito establecido de detención clandestina, del cual con mucha suerte salía con vida”.¹¹

De esta manera, y tomando en cuenta que la Corte IDH a través de su doctrina jurisprudencial ha venido fijando algunos lineamientos fundamentales referidos a la *prueba* utilizada en procesos por crímenes de desaparición forzada de personas, *nos centraremos a continuación en determinar las reglas y los estándares probatorios utilizados por el referido tribunal internacional para llegar al convencimiento de la ocurrencia del hecho punible materia de análisis*. Para esto consideramos metodológicamente importante plantear algunos parámetros iniciales establecidos por la doctrina procesal en materia de prueba.

⁹ Cf. Juan Pablo Gallego: *La desaparición forzada de personas en el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 47.

¹⁰ Cf. Kai Ambos y María Laura Böhm: “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo internacional y propuesta legislativa”, en Kai Ambos (coord.): *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: Temis, 2009, p. 210.

¹¹ Caso *La Cantuta contra Perú*, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, § 9.

3. Lineamientos genéricos de la actividad probatoria en los crímenes de desaparición forzada de personas

Entendemos que el estadio procesal en el que las partes introducen todos aquellos elementos de convicción con el fin de generar certeza en sus afirmaciones o alegaciones —es decir, la actividad probatoria— se constituye como fundamental en el marco de una controversia (sea jurisdiccional o contenciosa), *pues a través de las pruebas ofrecidas las partes buscan generar en el juzgador la certidumbre de sus pretensiones.*¹²

El desarrollo de la doctrina procesal —concretamente del derecho probatorio—¹³ no solo ha permitido la postulación de múltiples acepciones de *prueba*,¹⁴ sino también la relación de tal concepto con otros, como la *carga* (esto es, a quién le corresponde probar), el *objeto* (es decir, qué se demuestra con una prueba), el *procedimiento probatorio* (cómo se prueba, o sea, su procedimiento y tramitación),¹⁵ y la *valoración o apreciación* (que implica un razonamiento del juez sobre la capacidad de generar convicción o certeza del hecho afirmado por alguna de las partes).

¹² Cf. Dino Carlos Caro Coria: "El Nuevo Código Procesal Penal: ¿Eficacia o garantismo?", en *Actualidad Jurídica*, t. 129, Lima, agosto 2004, p. 27. Al respecto, la moderna doctrina procesal viene ofreciendo una nueva visión del problema probatorio, opuesta de aquella visión tradicional y *neutral* que entendía que sobre las partes pesa la *carga de probar* sus alegaciones fácticas, y que en caso contrario sufrirían las consecuencias de su omisión. Si bien es indiscutible que el probar implica una *carga*, se debe permitir liberarse de ella aportando al proceso no solamente hechos, sino todas aquellos medios probatorios que puedan servir para demostrar sus afirmaciones, esto es, que el probar no debe ser visto como una *carga*, sino como un *derecho a la prueba*. Cf. Joan Picó i Junoy: *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 13; esta concepción fue inicialmente desarrollada por la moderna doctrina procesal italiana, la que entiende que el derecho de defensa y el derecho a la prueba están íntimamente ligados, pues el derecho a la prueba no es sino "el derecho de defenderse probando". Cf. Eugenia Ariano Deho: *Problemas del proceso civil*, Lima: Jurista, 2003, p. 177.

¹³ El *derecho probatorio* comprende a todo el proceso de "verificación social de hechos", es decir, la prueba en sus distintas manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal. Cf. Hernando Devís Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Alberti, 1981, t.I, pp. 41 ss.; cf. Héctor Fix-Zamudio: *Los derechos humanos y su protección internacional*, Lima: Grijley, 2009, p. 152.

¹⁴ En sentido estrictamente técnico-procesal, prueba "es el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir". Cf. Hernando Devís Echandía: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editar, 1984, t.V, p. 6.

¹⁵ Actualmente se postula que el *procedimiento probatorio* comprende desde el señalamiento de los hechos que constituyen el objeto de prueba, el ofrecimiento de los medios probatorios relacionados con tales hechos —que deben cumplir con el juicio de pertinencia y conducción para ser admitidos—, la actuación de las pruebas que permita su contradicción de las partes, y por último la valoración o apreciación individual y conjunta de las pruebas sometidas a debate que generen certeza del hecho (*thema probandum*). Cf. Héctor Fíx-Zamudio: o. cit., p. 150.

Todo el desarrollo doctrinario en el tema de la prueba que viene dándose en los ordenamientos internos ha sido progresivamente trasladado a los tribunales supranacionales, sin que esto implique un apartamiento de los principios generales del derecho procesal y del derecho probatorio. Sin embargo, a partir de un análisis de la doctrina y de la propia jurisprudencia de la Corte IDH, es posible afirmar que en el ámbito del mencionado tribunal operan reglas particulares para la *admisión, actuación y valoración* de la prueba. Esta *particularización* se debe a que la función encomendada a la Corte IDH difiere de la otorgada a las jurisdicciones internas; es decir, *el referido tribunal internacional no busca determinar responsabilidades individuales, sino que está orientado al amparo de las víctimas ante los atentados de sus derechos fundamentales y a disponer las reparaciones de los daños que les hayan sido causados por el Estado*.¹⁶

Si bien es cierto que el derecho procesal internacional aún se encuentra en desarrollo, la doctrina especializada reconoce la existencia de un *derecho probatorio internacional de los derechos humanos*.¹⁷ Con todo, el Reglamento de la Corte IDH,¹⁸ como instrumento rector del funcionamiento del tribunal, *aún no establece expresamente cuáles son los lineamientos aplicables* (en materia probatoria) para orientar los procesos por crímenes

¹⁶ Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras*, sentencia de 15 de marzo de 1989, fondo, § 136.

¹⁷ Cf. Héctor Fix-Zamudio: o. cit., p. 151.

¹⁸ Aprobado por la Corte en su LXXXV período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. El reglamento de la Corte IDH, modificado, entró en vigencia el 1 de enero de 2010. La reforma se refiere, principalmente, *al papel de la Comisión en el procedimiento ante la Corte IDH*. En efecto, se pretende otorgar mayor protagonismo al litigio entre los representantes de las presuntas víctimas y el Estado demandado, con la Comisión en un papel de *órgano del sistema interamericano*, afianzando el equilibrio procesal entre las partes. De conformidad con el artículo 35 del (nuevo) Reglamento, la Comisión ya no inicia el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su *informe de fondo*, emitido conforme al artículo 50 de la CADH. Al enviar este informe, la Comisión debe presentar los fundamentos que la llevaron a someter el caso ante la Corte IDH. Por otro lado, a diferencia del anterior reglamento, la Comisión *no podrá ofrecer testigos y declaraciones de presuntas víctimas y, de acuerdo al referido artículo 35, solo en ciertas circunstancias podrá ofrecer peritos*. Asimismo, en los casos en los que se realice audiencia, la Comisión será la que le dé inicio, exponiendo los motivos que la llevaron a presentar el caso. Los interrogatorios podrán ser hechos por los representantes de las presuntas víctimas y del Estado. La Comisión podrá interrogar a los peritos solo si la Corte IDH, ante solicitud fundamentada, lo autoriza (artículo 52). Al cerrar esta etapa de alegatos (regulada en el artículo 51.7), la Comisión expondrá sus observaciones finales (artículo 51.8). En los artículos 40 y 41 del (nuevo) Reglamento, respectivamente, se organizaron los elementos que deben contener los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas de las presuntas víctimas o sus representantes, y de contestación del Estado. Se reguló también lo referido a la presentación de prueba extemporánea (artículo 57.2), así como aquella prueba presentada de manera incompleta o ilegible y sus consecuencias (artículo 59). De igual manera, se reglamentó lo referido a las causales de impedimento de testigos y peritos (artículo 48 y 49), al ofrecimiento, la citación y la comparecencia de declarantes (artículo 50) y al desarrollo de audiencias ante el tribunal (artículo 51). En lo que respecta a declarantes ofrecidos mediante *affidávit* (fedatario), se manifestó la importancia de otorgar, mediante normas reglamentarias, la posibilidad de formular preguntas a los declarantes ofrecidos por la contraparte. En este sentido, el artículo 50.5 del (nuevo) Reglamento permite que las partes sometan preguntas por escrito a estos declarantes. Esta nueva práctica (no reconocida en el Reglamento anterior) garantiza la aplicación del principio del *contradictorio* en pruebas de esta naturaleza.

contra la humanidad en los que se busca determinar la responsabilidad internacional del Estado.

No obstante, del estudio de la doctrina y la jurisprudencia es posible colegir algunos *lineamientos genéricos* que, a nuestro entender, son relevantes para acreditar las alegaciones hechas por las partes en las causas referidas al crimen de desaparición forzada de personas. Estos lineamientos serán desarrollados a continuación.

3.1. Flexibilización

La Corte IDH *flexibiliza*¹⁹ las exigencias en materia de prueba referidas a su actuación y valoración en los procesos por violaciones a los derechos humanos en el entendimiento de que en estas controversias se trata de probar la responsabilidad del Estado por un concreto acto de violación de un derecho fundamental y no de verificar responsabilidades individuales. Esto, sin embargo, no debe llevarnos a concluir que la misión principal de la Corte IDH consiste en declarar la responsabilidad de los Estados en materia de derecho penal *iusfundamental*, pues su función primordial no es esa, *sino la referida a la protección de derechos esenciales de la persona y el establecimiento de criterios interpretativos que puedan servir de referencia a las distintas jurisdicciones internas de los Estados comprometidos*.²⁰

Esta *flexibilización* opera durante el desarrollo del proceso litigioso. En materia probatoria, el principio preclusivo de las etapas procedimentales y de ofrecimiento de pruebas se compatibiliza con las dificultades alegadas por las partes para recabar los elementos de convicción que imposibilitaron su ofrecimiento oportuno a la causa. Así, el artículo 57 del Reglamento establece:

Excepcionalmente, y oído el parecer de todos los intervenientes en el proceso, la Corte podrá admitir una prueba si el que la ofrece justificare adecuadamente que por fuerza mayor o impedimento grave no presentó u ofreció dicha prueba en los momentos procesales

¹⁹ La jurisprudencia de la Corte IDH es unánime al reconocer en materia de derecho penal *iusfundamental* el carácter *flexible* en general de los actos procesales. Este relajamiento de exigencias en materia probatoria, sin embargo, no debe significar desorden en la tramitación procedural, sino que debe ir guiado por las carencias reales de alguna de las partes para allegar los medios de prueba que fundamentan sus afirmaciones, propiciado por la característica del crimen. Véase el caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre 1997, reparaciones, § 38.

²⁰ Cf. Roger Rodríguez Santander: "Relaciones de coordinación interpretativa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, con especial incidencia en los procesos penales", en Víctor Manuel Quinteros (coord.): *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*, Lima: IDEH PUCP, 2010, p. 43.

establecidos en los artículos 35.1, 36.1, 40.2 y 41.1²¹ [...] La Corte podrá, además, admitir una prueba que se refiera a un hecho ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales.

En los procesos por crímenes de desaparición forzada de personas, la Corte IDH presta mayor atención a las *circunstancias del caso concreto o al contexto que rodea el hecho* para admitir y actuar pruebas, pues se trata de conocer con el mayor número posible de elementos de convicción la ocurrencia del suceso alegado. Así, en la sentencia del caso *Blake contra Guatemala* estableció:

[...] la Corte señala que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos y el Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia constante que aplica criterios flexibles en la recepción de la prueba y que tal incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presente los límites dados respecto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.²²

Ahora bien, estos *ajustes* referidos a la oportunidad del ofrecimiento de pruebas y su correspondiente admisión no están exentos de limitaciones. En efecto, se debe realizar un análisis previo a la incorporación de aquellas pruebas “extemporáneas” al proceso, análisis que se corresponde con la superación de los juicios de *pertinencia*²³ y *utilidad* con el *thema probandum*, esto es, deberán guardar relación con el hecho que constituye objeto del proceso. Así, en caso contrario, aquellas pruebas serán descartadas por *impertinentes*²⁴ o, en su defecto, por *inútiles*. Además, como se puede prever, esta admisión excepcional de pruebas *no debe generar estados de desigualdad entre las partes*. Para ello, la

²¹ El artículo 35.1 hace referencia al sometimiento del caso a la Corte IDH por la Comisión (a través de su informe, según el artículo 50 de la CADH); el 36.1 se refiere al sometimiento del caso a la Corte IDH por un Estado; el 40.2 hace referencia al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentada a la Corte IDH por la presunta víctima y sus representantes una vez notificada de la presentación del caso, y el 41.1. se refiere a la contestación que presenta el Estado a la Corte IDH una vez notificada la presentación del caso.

²² Caso *Blake contra Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, fondo, § 50.

²³ Pertinencia es la “adecuación entre hechos que se pretende llevar al proceso y los hechos que son tema de prueba en este. Sin embargo, como la pertinencia puede ser mediata o inmediata con el tema de la prueba, en caso de duda, se puede diferir su pronunciamiento una vez se dicte la sentencia o en el auto que falla el incidente”. Cf. Jairo Parra Quijano: *Manual de derecho probatorio*, Bogotá: Librería del Profesional, 6.^a ed., 1996, pp. 27 ss.

²⁴ Las pruebas impertinentes o irrelevantes “son las que tienen por objeto hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso voluntario o incidente y que por tanto no pueden influir en la decisión”. Cf. Jorge Cardoso Isaza: *Pruebas judiciales*, Bogotá: Librería del Profesional, 1986, p. 30.

Corte IDH está en la obligación de brindar la oportunidad a la contraparte para poder contradecirlas ejercitando su *derecho de defensa*.

3.2. Carga de la prueba

La noción de *carga de la prueba* tiene origen en el derecho procesal civil y consiste en una regla que crea a las partes una *autorresponsabilidad en la acreditación de los hechos que sustentan sus pretensiones*.²⁵ Al mismo tiempo, indica al juez cómo debe fallar cuando tales hechos no aparecen probados.

De la referida noción de *carga de la prueba* se derivan dos importantes consecuencias: primero, implica que si el juez competente para resolver sobre un determinado hecho sometido a su decisión observa que la parte que tenía interés en demostrar el hecho alegado no ha producido prueba, entonces el hecho se tendrá por no existente; segundo, implica determinar a qué parte le corresponde probar lo alegado para evitar las consecuencias desfavorables que su omisión ocasionaría, pues tiene interés en que su pretensión se tenga como hecho existente.²⁶

En este marco, es posible reconocer en la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte IDH que *la carga de la prueba corresponde a la parte demandante*. En ese sentido, cabe afirmar que es *el demandante quien asume la responsabilidad de acreditar los hechos que fundamentan su demanda*.²⁷ Sin embargo, en lo referido a los crímenes de desaparición forzada de personas, la Corte IDH admite lo que sería una *inversión en la carga de la prueba*, debido a que la característica fundamental de tales crímenes es la referida a la concurrencia de actos tendientes a la supresión de pruebas una vez ocurrido el hecho. Muestra de esta peculiaridad se dio en la sentencia de fondo recaída en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, donde el tribunal estableció que la defensa del Estado demandado no puede valerse de la imposibilidad del demandante para reunir pruebas del crimen, y le exigió al Estado *el deber de aclarar los hechos acontecidos en su territorio*.²⁸

²⁵ Algunos tratadistas especializados afirman que la carga de la prueba no es una obligación ni un deber, pues no existe sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento, razón por la cual optan por definirlo como *autorresponsabilidad*. Cf. Jairo Parra Quijano: o. cit., pp. 47 ss.

²⁶ Cf. Eduardo Jauchen: *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 38.

²⁷ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, fondo, § 123. Cabe mencionar que del Reglamento vigente —al modificar la participación de la Comisión en el procedimiento ante la Corte IDH— no se puede colegir que la Comisión sea la demandante en el proceso internacional. En efecto, el proceso ante la Corte IDH ya no se inicia con la presentación de una demanda (que según el antiguo reglamento era formulada por la Comisión), sino con la presentación por la Comisión de un *informe* que contiene todos los hechos supuestamente violatorios.

²⁸ Ibídem, § 135.

Con esta posición, la Corte IDH buscaría mantener la *paridad de las partes* en el proceso controvertido, puesto que crímenes como la desaparición forzada de personas imposibilitan en cierto modo la *igualdad en el plano fáctico y procesal*. En síntesis, de la jurisprudencia de la Corte IDH es posible advertir que, *ante la dificultad de recabar pruebas por el demandante, es el Estado el que tiene la obligación de esclarecer los hechos denunciados*.

3.3. El derecho de defensa y el contradictorio

El *derecho de defensa* es concebido como un *derecho continente*, es decir, tiene varias manifestaciones de naturaleza fundamental, y una de las principales es la del *derecho a probar* las afirmaciones hechas por las partes, así como *contradecir o desvirtuar*²⁹ —sea con pruebas o alegaciones— los hechos afirmados por la otra. De allí que su vigencia y su reconocimiento sean fundamentales e ineludibles a todo proceso de jurisdicción interna o supranacional, puesto que solo con la garantía de su verificación será posible el desarrollo de un proceso válido.³⁰ De esta manera, el reconocimiento de la garantía de la defensa procesal como requisito de validez para todo tipo de proceso es una de las expresiones más importantes de su contenido como derecho constitucional, que genera entre las partes, en materia probatoria, la posibilidad de contradecir la prueba. Para ello, las partes deben tener *la oportunidad procesal de conocerla y discutirla*.³¹

En ese sentido, la Corte IDH acertadamente garantiza el derecho de defensa en el proceso *a través de la posibilidad de contradecir las pruebas*. No obstante, la confirmación y vigencia del derecho de defensa en esta jurisdicción internacional no conlleva la afirmación del carácter absoluto de esta garantía fundamental, sino que se orienta especialmente a mantener la *igualdad real* de las partes conforme a los fines delimitados por la Convención y el Reglamento de la Corte IDH.

Esto se manifiesta en los procesos por crímenes de desaparición forzada de personas, en los que concurren actuaciones orientadas a eliminar las evidencias y elementos

²⁹ Esta posición viene dado por el entendimiento de la *litis* como un *proceso dialéctico* en el que debe dotarse a las partes de iguales condiciones para la defensa de sus pretensiones, esto es, *paridad de armas*.

³⁰ Cf. Alex Carocca Pérez: *La garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 19. En el mismo sentido, César Eugenio San Martín Castro: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Grijley, 2003, t. I, p. 120. Al respecto Binder añade: “[...] la defensa cumple en el proceso penal una función especial, pues no solo actúa junto al resto de garantías procesales, sino que ‘es la garantía que torna operativa a todas las demás’, de allí que la garantía de la defensa no pueda ser puesta en el mismo plano que las otras garantías procesales”. Cf. Alberto Binder: *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 151.

³¹ Cf. Eduardo Jauchen: o. cit., p. 38.

que puedan generar convicción del hecho.³² Por ello, además de invertirse la carga de la prueba en estos crímenes, *se otorgan amplios poderes discrecionales al tribunal para llevar a cabo actuaciones orientadas a conseguir elementos que permitan un conocimiento detallado del hecho, sin que ello signifique la afectación de algún derecho de las partes.* Esto último no ocurre en las jurisdicciones internas, como veremos a continuación.

3.4. Dirección del proceso

En las jurisdicciones internas existen matices entre las distintas ramas procesales. Sin embargo, los ordenamientos en general otorgan al juzgador la función de dirección del proceso, pues parten de concebirlo no como mero espectador de las incidencias entre las partes, sino como un sujeto procesal poseedor de un rol como es la función impartir justicia y decidir la controversia.³³

En virtud de este rol y función es que se le atribuye al juzgador facultades durante la actividad probatoria,³⁴ las que no se limitan a la decisión sobre los elementos de convicción aportados por las partes, sino que contemplan la compulsión de oficio al proceso de aquellos elementos probatorios que se considere necesarios para lograr la certeza del hecho cuando son insuficientes las pruebas ofrecidas por las partes. En ese sentido, en nuestro ordenamiento procesal penal, la demarcación de la actuación probatoria viene dada por su carácter complementario a la ya ofrecida por las partes;³⁵ es decir, solamente podrá actuar el tribunal aquellas pruebas destinadas a contrastar o verificar las ofrecidas antes por las partes, de manera tal que no se altere el objeto del proceso ni signifique la incorporación de un hecho nuevo.

Sobre el particular, en el artículo 58 del Reglamento se recogen todas las diligencias probatorias *de oficio* que se pueden actuar:

³² Caso *Anzualdo Castro contra Perú*, sentencia del 22 de septiembre de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, § 63.

³³ Cf. Pablo Sánchez Velarde: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: IDEMSA, 2004, p. 126.

³⁴ Respecto a los poderes probatorios del juez en materia penal, actualmente la discusión radica no en la prohibición que tiene el tribunal de salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de acusación, sino en la posibilidad de que el juez pueda actuar de oficio medios concretos de prueba. Así, la posición favorable sostiene que si se piensa en un *buen juez*, capaz de ejercer correcta y razonablemente sus poderes, entonces no hay razón alguna para temer que él se haga parcial e incapaz de valorar las pruebas por el solo hecho que él mismo hubiera dispuesto o sugerido su adquisición. Cf. Salvatore Satta: *Manual de derecho procesal civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1971, p. 183; la opinión contraria sostiene que "la práctica de prueba de oficio lesiona el principio acusatorio y vulnera la función imparcial del juez, pues solo le incumbe decidir y no impulsar el procedimiento". Cf. Alberto Bovino: "El debate", en Julio B. J. Mayer (comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p. 181.

³⁵ Ejecutoria suprema del 30 de septiembre de 2004, emitida por la Corte Suprema, recaída en el R. N. 2976-2004.

1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio u opinión estime pertinente. 2. Requerir de la Comisión, de las víctimas o presuntas víctimas o sus representantes, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante el suministro de alguna prueba que estén en condiciones de aportar o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil. 3. Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados. 4. Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción, incluyendo audiencias, ya sea en la sede de la Corte o fuera de esta. 5. En el caso de que sea imposible proceder en los términos del inciso anterior, los Jueces podrán comisionar a la Secretaría para que lleve a cabo las medias de instrucción que se requieran.

Así las cosas, debemos señalar que, aunque las referidas facultades en materia de actuación probatoria otorgadas al juzgador son amplias, a efectos de conservar la congruencia procesal entre el objeto del proceso y la sentencia tales atribuciones no deben restringir el derecho a contradecir las pruebas ni a incorporar nuevos hechos no fijados en la demanda planteada inicialmente por la Comisión. Asimismo, se deben respetar los derechos y garantías reconocidos a las partes con el fin de evitar estados de desigualdad. Como es evidente, la práctica de las mencionadas prerrogativas probatorias *no debe significar el abandono de la imparcialidad y objetividad requeridas a los órganos jurisdiccionales*.

Ahora bien, consideramos que las eventuales limitaciones que se pueden oponer a la Corte IDH estarán dadas por el *objeto del proceso* o por el *derecho a la igualdad de los justiciables*. Asimismo, en tanto la controversia gire en torno a un crimen de desaparición forzada de personas, *deberá tenerse en cuenta la función protectora de derechos fundamentales de los agraviados*.

3.5. Inmediación en la actuación de pruebas

Se entiende que el *principio de inmediación* implica la participación inmediata, directa y simultánea del juez en la actuación de la prueba. Así, por ejemplo, al recibir el juez directamente un testimonio, no percibe únicamente su presencia, sino que también puede ir *controlando y relacionando* lo dicho por el testigo *con otros elementos de convicción*.³⁶

³⁶ Cf. Pablo Sánchez Velarde: o. cit., p. 645.

En el caso de la Corte IDH, la inmediación opera solo para aquellos testigos y peritos que el referido tribunal considere necesario escuchar. Así, no todos los testigos ofrecidos por las partes concurren a deponer en audiencia, sino aquellos que el referido tribunal considere apremiantes. En ese sentido, el artículo 50 del Reglamento establece:

1. La Corte o su presidencia emitirá una resolución en la que, según el caso, decidirá sobre las observaciones, objeciones o recusaciones que se hayan presentado; definirá el objeto de la declaración de cada uno de los declarantes; requerirá la remisión de las declaraciones ante fedatario público (affidávit) que considere pertinentes y convocará a audiencia, si lo estima necesario, a quienes deban participar en ella [...].

Ahora, más allá de la previsión establecida por la citada norma está el criterio discrecional del tribunal para establecer *quiénes deben concurrir como testigos*. En ese sentido, incluso podría citarse a especialistas para que sustenten sus informes técnicos.

4. El procedimiento probatorio en el crimen de desaparición forzada de personas

El procedimiento probatorio implica el *ofrecimiento de prueba, admisión, actuación* y posterior *valoración*.³⁷ Para ello, la doctrina procesal ha venido desarrollando criterios para la efectivización de cada uno de estos actos procesales, puesto que no todas las pruebas ofrecidas pueden admitirse, ni todas las pruebas admitidas pueden actuarse, así como tampoco pueden valorarse todas las pruebas actuadas. Solamente aquellas pruebas que cumplan con las exigencias prescritas por las normas legales y procesales pueden ser apreciadas por el tribunal.

4.1. Ofrecimiento

Como se adelantó, de conformidad con el vigente Reglamento de la Corte IDH, los medios de convicción deben señalarse en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (presentado por la presunta víctima y sus representantes) y su contestación

³⁷ Cf. Jorge Cafferata Nores y otros: *Manual de derecho procesal penal. Cátedra A, B y C*, 2.^a edición, Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, 2004, p. 298.

(presentada por el Estado demandado). Solo de manera extraordinaria, debido a *obstáculos insuperables o tratándose de hechos posteriores a los documentos mencionados*, pueden incorporarse medios de convicción que no hayan sido indicados oportunamente, con el fin de guardar orden y correlación en el desarrollo del procedimiento probatorio. Desde la primera etapa del procedimiento se advierte el *contradicitorio*, en el sentido de que las pruebas ofrecidas por las partes y las ordenadas por la Corte IDH *deben respetar el derecho de defensa al tiempo que se mantiene la igualdad en el caso concreto*.

4.2. Admisibilidad

Una vez presentados oportunamente los medios probatorios por las partes, se da inicio al juicio de admisibilidad. Al respecto, el Reglamento no contiene ninguna disposición relativa a la *recepción* de los elementos de convicción, pero a través de su jurisprudencia ha desarrollado gran flexibilidad con el objeto de reunir el mayor número de elementos para esclarecer la causa. Cabe señalar que este *relajamiento en la admisibilidad de los medios probatorios* no exime del juicio de pertinencia, pues este estará delimitado por el *thema probandum*, esto es, *la relación de los medios de convicción con los hechos alegados, los cuales tampoco pueden ser imposibles o notoriamente inverosímiles*.

4.3. Objeciones contra testigos y recusación de peritos

Luego de la *admisibilidad* de pruebas, ya en fase de *actuación*, la Corte IDH, al amparo del artículo 45 del Reglamento, fija la oportunidad para el inicio del procedimiento oral y, con ello, la presentación de los testigos y peritos a cargo de las partes. Como se ha referido, no todos los testigos o peritos admitidos serán escuchados en audiencia, sino solo aquellos que discrecionalmente la Corte IDH considere necesarios para el esclarecimiento de la causa.

Las disposiciones 47 y 48 del Reglamento facultan a las partes a *interponer objeciones contra testigos y recusar peritos*, respectivamente. En ese sentido, lo que se debe resaltar de la presente fase no es la *severidad* para plantear tales actos procesales, sino que para su procedencia el tribunal toma en cuenta el fin perseguido por la CADH,³⁸ esto es, *la protección de derechos fundamentales*. Ello se refleja en la jurisprudencia asentada

³⁸ Esto significa que la *flexibilización* también opera en la etapa de *actuación probatoria*, debido fundamentalmente al fin de protección de derechos y libertades fundamentales de la persona.

en la mayoría de las causas resueltas, especialmente en el caso de los testigos, cuando rechaza las objeciones deducidas por las partes amparándose en la posibilidad de oír, *si lo estima útil y a título de informativo*, a una persona que estaría impedida de declarar como testigo, en el entendimiento de que el valor de las declaraciones y de las objeciones de la partes sobre aquellas debe ser apreciado por la propia Corte IDH.³⁹ Lo mismo opera para los casos de pruebas documentales, aunque, valga la salvedad, si dichos medios probatorios documentales no son objetados, el tribunal tendrá por válidos los elementos de convicción ofrecidos por las partes.⁴⁰

Finalmente, es preciso mencionar que el momento para resolver las objeciones y/o recusaciones planteadas por alguna de las partes contra testigos y/o peritos se efectiviza en la sentencia que resuelve la cuestión de fondo planteada en la demanda.

5. • Valoración individual de la prueba en los casos de crímenes de desaparición forzada de personas Desarrollo comparado entre la jurisprudencia de la Corte IDH y la jurisprudencia peruana

La etapa de *apreciación*, también conocida como *valorización*, viene a ser el aspecto más delicado de todo lo que implica el procedimiento probatorio, puesto que con ello termina el análisis de la Corte IDH sobre los medios de convicción que las partes han tramitado para demostrar la existencia y la veracidad de los hechos controvertidos.

La discusión sobre la determinación de la forma y la manera en que el juez debe valorar las pruebas fue uno de los temas más trascendentales de la ciencia procesal desde tiempos remotos. No obstante, puede sintetizarse en la actualidad en tres sistemas claramente diferenciados: el sistema de *íntima convicción*, el de *prueba tasada* y el de *libre convicción*.⁴¹ De ellos, el que mayor aplicación y recepción tiene en los ordenamientos

³⁹ Caso *Godínez Cruz contra Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, fondo, § 150-151.

⁴⁰ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, o. cit., § 140.

⁴¹ Sin embargo, existe un sector de la doctrina que distingue solo dos sistemas de valoración; véase José Luis Vázquez Sotelo: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona: Bosch, 1984, pp. 478 ss.

procesales es el de *libre convicción* (también conocido por cierto sector de la doctrina como *sana crítica*),⁴² debido a su mayor condición garantista (en tanto la ley no pre establece valor alguno de las pruebas, efectiviza la libertad de verificar un hecho con cualquier medio probatorio⁴³ e implica la exigencia de una fundamentación en la resolución emitida por el juez). En consecuencia, el juzgador debe expresar cuáles son las razones de su conclusión exclusivamente de las pruebas valoradas en el estadio procesal pertinente, valoración que realiza teniendo en cuenta las reglas de la *ciencia*, la *experiencia* y la *lógica*.⁴⁴

Debemos tener en claro que el grado de acreditación exigido por la doctrina procesal penal, luego de apreciados los elementos de convicción, varía según el estadio de la causa. Así, en un proceso penal, para la apertura de la investigación se requiere alcanzar conocimiento a nivel de *sospecha* de la participación del imputado en el hecho delictivo;⁴⁵ para la formulación de la acusación penal se precisa de una *posibilidad* o *probabilidad* de la participación del procesado en el delito imputado; mientras que la condena exige *certeza* de la participación del aquél en el evento criminoso, lo que nos permite señalar que, en caso de que no se llegue al nivel requerido en este último estadio procesal, corresponderá absolver por *insuficiencia probatoria* (o, en su defecto, *duda razonable*) al procesado.

Ahora bien, en el Reglamento no se ha determinado qué criterio de apreciación de pruebas tomará en cuenta el tribunal en las causas sometidas a su conocimiento. Ante este vacío, a través de su jurisprudencia la Corte IDH viene afirmando de forma reiterada y coherente el sistema de *libre convicción* (*sana crítica*), dejando de lado a la *íntima convicción* y a la *prueba tasada*, por ser aquella más garantista para los derechos fundamentales de las partes. Así, por ejemplo, en el caso *Loayza Tamayo contra Perú* se estableció:

⁴² Cf. Jorge Cafferata Nores y otros: o. cit., p. 303. "El sistema de la *sana crítica racional* (*libre convicción*) [...], establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige [...] que las conclusiones a que se llega sean fruto razonado de las pruebas en que se las apoye".

⁴³ Esto obedece a la vigencia del *principio de libertad de prueba*, por el cual se entiende que, "los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por Ley". Cf. Pablo Talavera Elguera: "Juicio oral y actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal", en *Revista Biblioteca Edición Bicentenario (1804-2004) del Colegio de Abogados de Lima*, 2004, p. 358.

⁴⁴ Cf. Luis Vargas Valdivia: "Algunos apuntes sobre la prueba en el proceso penal", en Víctor Manuel Quinteros (coord.): o. cit., p. 114.

⁴⁵ Cf. César Eugenio San Martín Castro: o. cit., pp. 358 ss.

La Corte tiene criterio discrecional para valorar las declaraciones o manifestaciones que se le presenten, tanto en forma escrita como por otros medios. Para ello, como todo tribunal, puede hacer una adecuada valoración de la prueba, según la regla de la “sana crítica”, lo cual permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados, tomando en consideración el objeto y fin de la Convención Americana.⁴⁶

Mediante la *libre convicción* o *sana crítica* como sistema de valoración probatoria para la apreciación de las pruebas, la Corte IDH llega al convencimiento sobre la verdad de los hechos alegados por las partes. No obstante, sumado a dicho criterio de valoración debe tomarse en consideración *el objeto y fin de la Convención*, pues al ser su norma fundamental⁴⁷ —en tanto fija los objetivos y finalidades de su existencia—, la apreciación de pruebas no puede ser realizada sin tomar en cuenta los parámetros que tal instrumento normativo ofrece.

Por ello, el grado de acreditación exigido por la Corte IDH no busca exclusivamente *certeza* o *veracidad* del hecho en sentido estricto. Aunque en el caso concreto tal grado pueda ser alcanzado, no es *conditio sine qua non* para determinar la responsabilidad de un Estado, puesto que en ciertas circunstancias no serán suficientes las pruebas documentales, testimoniales y periciales para alcanzar tal grado de convencimiento. En ese sentido, ante eventuales carencias concurrentes en un caso concreto, será necesario acudir a los indicios o pruebas circunstanciales. Con ello, como es evidente, ya no se obtendrá *certeza*, pero sí *veracidad* o *verosimilitud*⁴⁸ de los hechos violatorios que se atribuyen a la conducta de los agentes del Estado demandado. De esta manera, podemos advertir que en la jurisdicción de la Corte IDH no cabe el concepto doctrinario de *duda razonable* (esto es, la duda favorece al reo, *in dubio pro reo*) desarrollada por la doctrina procesal y vigente en todas las jurisdicciones penales internas.

Mas allá de las exigencias establecidas por este sistema de apreciación probatoria y de convencimiento, la Corte IDH determinó que en los crímenes de desaparición forzada de personas los criterios de valoración *son menos formales que en otras controversias*, pues en este tipo de litigio no se puede ignorar la gravedad especial que implica el que a un Estado comprometido con la Convención se le atribuya haber ejecutado o tolerado una práctica de desapariciones. En ese sentido, en la sentencia del caso *Velásquez*

⁴⁶ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, cit., § 57.

⁴⁷ Caso *Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998, fondo, § 37.

⁴⁸ Cf. Héctor Fix Zamudio: o. cit., p. 164.

Rodríguez contra Honduras se señaló que para un tribunal internacional los criterios de valoración de la prueba son menos formales que los sistemas legales internos,⁴⁹ y además:

La Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que [...] sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados.⁵⁰

Teniendo claro lo expuesto, a continuación examinaremos el tratamiento individualizado de la prueba expuesto por la Corte IDH en varias de sus sentencias sobre crímenes de desaparición forzada de personas.

5.1. Testimonios

Partiendo de la distinción categórica entre *fuentes de prueba* y *medios de prueba* desarrollada por la doctrina procesalista,⁵¹ podemos afirmar que el testigo es la fuente de prueba y su testimonio el medio de prueba que deberá ser escuchado y apreciado por el tribunal. A través del testimonio (y no del testigo) se acredita el hecho afirmado o alegado por la parte.

Teóricamente se exige que la deposición testifical deba ser efectuada en audiencia pública ante juez, con participación de la parte afectada por el dicho incriminatorio y la garantía de contradicción a través del contrainterrogatorio.⁵² Solo aquellas que cumplen con estas exigencias podrán ser consideradas pruebas, mas no todas aquellas declaraciones previas de carácter investigatorio. Sin embargo, en el ordenamiento peruano la Corte Suprema estableció un criterio vinculante que permite prescindir de lo dicho por el testigo en juicio por ser inconsistente con lo dicho en fase investigatoria o policial, exigiendo que para la valoración de estas últimas se dispondrá su lectura en juicio con el afán de garantizar los derechos de las partes.⁵³

⁴⁹ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, o. cit., § 128.

⁵⁰ Ibídem, § 129.

⁵¹ Cf. Santiago Sentís Melendo: *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires: Ejea, 1979, pp. 141 ss. Las *fuentes de prueba* "son los elementos que existen en la realidad". *Fuente* es "un concepto metajurídico, extrajurídico [...] que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso". Los *medios de prueba* "están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso". Así, el *medio* es "un concepto jurídico y absolutamente procesal". La *fuente* "existirá con independencia de que se siga o no el proceso", mientras que el *medio* "nacerá y se formará en el proceso".

⁵² Cf. Pablo Sánchez Velarde: o. cit., pp. 684 ss.

⁵³ Cf. Pablo Talavera Elguera: "Las declaraciones testificales anteriores inconsistentes con la prestada en juicio. A propósito de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema", en *III Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2005, pp. 207 ss.

La valoración debe efectuarse teniendo siempre presentes las posibilidades de error, de exageración o de falsedad que le son propias, ya que, más allá de la intuitiva imparcialidad que caracteriza al testigo por ser un ajeno a la causa —esto es, su condición de no ser parte en el proceso—, su declaración no se considera como prueba absolutamente decisiva en ningún caso; en realidad, su eficacia demostrativa debe girar en torno a la *credibilidad del testigo, fiabilidad de su testimonio y persistencia en el dicho.*⁵⁴

Ahora bien, el entendimiento del testigo como aquel tercero imparcial opera de forma *amplia* en la jurisprudencia de la Corte IDH, puesto que esta denominación comprende a *todos aquellos que pueden dar a conocer la ocurrencia de un hecho*. No se distingue ni se excluye por la condición de coimputado, testigo agraviado o testigo en sentido estricto como sí lo hace la doctrina procesal para las jurisdicciones internas, pues técnicamente todos aquellos son terceros ajenos a la causa.

La Corte IDH afirma que la definición *del valor probatorio* de los testimonios se efectúa al momento de dictar sentencia. De esta manera, sería en este decisivo estadio procesal en el que se debería determinar el peso probatorio que tiene la prueba presentada y actuada ante el tribunal. No obstante, de la jurisprudencia se advierte que el objeto de *valorización o apreciación* lo constituyen los hechos y no los testimonios utilizados para probarlos. Así, se ha afirmado:

[...] son los hechos apreciados por la Corte y no los medios utilizados para probarlos, dentro de un proceso, los que le pueden llevar a establecer si hay una violación de los derechos humanos contenidos en la Convención.⁵⁵

El cuestionamiento u objeción que se realice a un testigo en el curso del proceso supranacional debe consistir en demostrar que lo afirmado por aquel no se corresponde con la verdad. Por ello, la *desacreditación de testigos* en los contrainterrogatorios realizados por los abogados de un Estado no debe fundamentarse en una eventual falta de objetividad de alguno de los testigos por razones ideológicas, de origen, nacionalidad o parentesco, por sostener que se posee un especial interés en perjudicar al demandado ni mucho menos por invocación de antecedentes penales con la que se pretendería denotar una falta de idoneidad del órgano de prueba.⁵⁶ Estas alegaciones no son suficientes para

⁵⁴ Cf. Luis Vargas Valdivia: o. cit., p. 115.

⁵⁵ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, o. cit., § 143.

⁵⁶ No obstante, reconoce que "Algunas circunstancias pueden, ciertamente, condicionar el apego a la verdad de un testigo. El Gobierno, sin embargo, no demostró con hechos concretos que los testigos hubieran faltado a la verdad, sino que se limitó a hacer observaciones de carácter general sobre la supuesta falta de idoneidad o

desechar al testigo. Por ello, *solo la demostración de falsedad del dicho permitirá excluir el testimonio.*

Lo manifestado puede trasladarse también a las advertencias hechas por los defensores de los Estados demandados sobre la condición de procesado o condenado del testigo en jurisdicción interna, con el afán de desacreditar o disminuir su *fiabilidad*. Desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte IDH, que el testigo ostente una condición jurídica como las mencionadas no lo inhabilita para declarar en el proceso de competencia internacional, *incluso si este proceso se refiere a materias que lo afectan*.⁵⁷ En otras palabras, *en la controversia internacional no se tiene en cuenta el derecho a la no autoincriminación del procesado.*

En cuanto a la *declaración de los agraviados*, la doctrina procesal es crítica ante la posibilidad de que la víctima sea considerada como testigo a nivel del proceso, ya sea penal o civil, pues ella adolece de la característica principal del testigo, que es su *imparcialidad y objetividad*.⁵⁸ La víctima es siempre parcial, pues posee interés en el resultado del proceso y sus declaraciones persiguen un determinado fin. Cuando la víctima del delito es llamada a declarar, pesa sobre tal sujeto la sospecha de que *su testimonio no es tan aséptico e imparcial* como puede serlo la declaración de cualquier otro que haya presenciado el hecho y no haya sufrido ningún perjuicio por razón de este. El supuesto agraviado no solo tiene interés en el proceso, sino que, una vez que se constituye en parte, *interviene de manera decisiva en la causa, discutiendo y ejerciendo derechos*.

En ese sentido, la Corte IDH considera que el solo testimonio del agraviado no fundamenta responsabilidad del Estado sobre la violación de derechos fundamentales demandados, pues ser una presunta víctima y tener posible interés directo en el resultado del proceso *hacen que su dicho deba ser valorado en comunión con las otras pruebas incorporadas y actuadas en la causa*. Así, por ejemplo, en la sentencia del caso *Loayza Tamayo contra Perú* se señaló:

[...] en relación con el testimonio de la señora María Elena Loayza Tamayo, la Corte considera que por ser presunta víctima en este caso y al tener un posible interés directo en el

imparcialidad de los mismos, que no son suficientes para desvirtuar testimonios coincidentes y contestes en lo fundamental, por lo cual el juzgador no puede desecharlos". Véase caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 142.

⁵⁷ Ibídem, § 145: "Es contradictorio, dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, negar *a priori*, a un testigo por la razón de que esté procesado o incluso haya sido condenado en el orden interno, la posibilidad de declarar sobre hechos materia de un proceso sometido a la Corte, incluso si en tal proceso se refiere a materias que lo afectan".

⁵⁸ Cf. Carlos Climent Duran: *La prueba penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 133.

mismo, dicho testimonio debe ser valorado como indicio dentro del conjunto de pruebas de este proceso [...].⁵⁹

No obstante, la Corte IDH reconoce que las manifestaciones de la víctima tienen un valor especial porque proporcionan *mayor información sobre las consecuencias del supuesto crimen cometido en su contra*.⁶⁰ Siendo esto así, su testimonio serviría para acreditar los daños que generan la obligación de reparación e indemnización del Estado responsable del crimen.

Por otro lado, de la jurisprudencia referida a crímenes de desaparición forzada de personas es frecuente encontrar “declaraciones juradas” hechas por individuos que afirman haber presenciado el evento criminoso o sucesos circundantes, pero no concurren a deponer su testimonio en audiencia sino que lo hacen ante un fedatario. Las objeciones que se pueden hacer desde el derecho interno son múltiples, en tanto la doctrina procesal no les reconoce relevancia probatoria al *no constituir prueba testimonial ni documental*.⁶¹ Sin embargo, la Corte IDH aclara que, al ser un tribunal internacional de derechos humanos, *su procedimiento no está sujeto a las mismas formalidades de los ordenamientos internos; por tanto, encuentra posible otorgar valor probatorio a las “declaraciones juradas” bajo el fundamento de que en derecho de gentes son válidas hasta las manifestaciones verbales*.⁶²

Si bien es cierto que la Corte IDH, en su jurisprudencia, no determinó la naturaleza probatoria de tales instrumentos —esto es, si deben ser considerados como pruebas documentales o testimoniales—, el hecho de admitirlos para luego valorarlos discretamente evidencia el reconocimiento de su eficacia para acreditar hechos alegados por una parte. En ese sentido, se sostuvo:

[...] las declaraciones suscritas ante Notario presentadas por la víctima deben ser admitidas. La Corte tiene criterio discrecional para valorar las declaraciones o manifestaciones que se le presenten, tanto en forma escrita como por otros medios.⁶³

⁵⁹ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, fondo, § 43.

⁶⁰ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, reparaciones, § 73.

⁶¹ Cf. Jairo Parra Quijano: o. cit., p. 169.

⁶² Caso *Castillo Páez contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998, reparaciones, § 42; Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, cit., § 97.

⁶³ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, cit., § 57.

Así, creemos que, por la coherencia de los motivos expuestos en la jurisprudencia, el nuevo Reglamento contempla expresamente la posibilidad de que las declaraciones de los testigos sean rendidas ante fedatario público (*affidávit*). En efecto, el referido instrumento normativo establece en su artículo 46 que tanto la Comisión como las presuntas víctimas o sus representantes y el Estado demandado deberán indicar —en su lista definitiva de declarantes— a aquellos que consideren deben ser llamados a audiencia y *aquellos en los que sea suficiente su declaración ante fedatario público*. Luego, la Corte IDH, en su resolución previa al inicio de la audiencia (artículo 50 del Reglamento), requerirá la remisión de las declaraciones ante fedatario público que considere pertinentes.⁶⁴

El tratamiento detallado que sobre el testimonio rendido ante fedatario público ofrece la jurisprudencia de la Corte IDH, sumado a la expresa admisión de aquel en el Reglamento vigente, obedece al reconocimiento del *alto valor acreditativo* de este medio probatorio, especialmente, en procesos por crímenes de desaparición forzada. De esta manera, como se sostuvo expresamente en el caso *Blake contra Guatemala*:

[...] la Corte atribuye un alto valor probatorio a las declaraciones de los testigos [...], dentro del contexto y de las circunstancias de un caso de desaparición forzada, con todas las dificultades que de esta se derivan, donde los medios de prueba son esencialmente testimonios indirectos y circunstanciales en razón a la propia naturaleza de este delito.⁶⁵

Incluso en este tipo de controversias la Corte IDH otorga relevancia a aquellos testimonios que no hacen referencia a hechos constitutivos del crimen, sino que versan sobre hechos posteriores a su ocurrencia.⁶⁶ De esta manera, a través de estos testimonios se permitiría conocer las consecuencias sufridas por la desaparición del familiar y, con ello, fundamentar las pretensiones reparatorias pertinentes.

Sin embargo, en el ámbito de la jurisdicción interna, la Sala Penal Nacional, amparándose en el criterio de *persistencia en el dicho*, absolvio a los responsables de la desaparición de Marco Barrantes Torres, ocurrida el 18 de marzo de 1988 en las instalaciones del SIE en el marco de un delito de infidencia contra el Ejército Peruano. En este caso, existiendo un testimonio directo (testimonio de Gamonal Yaranga, quien afirmó

⁶⁴ Según el artículo 50 (numerales 5 y 6), las presuntas víctimas o sus representantes y el Estado demandado podrán formular preguntas por escrito a los declarantes ofrecidos por la contraparte que hayan sido llamados a prestar declaración ante fedatario público. Asimismo, estas declaraciones otorgadas ante un fedatario público, de manera pertinente, son trasladadas a la contraparte para que este formule sus observaciones en el plazo que fije la Corte o su Presidencia.

⁶⁵ Caso *Blake contra Guatemala*, o. cit., § 51.

⁶⁶ Ibídem, § 46.

haber visto a Barrantes Torres en los calabozos de SIE antes de su desaparición), no se lo valoró adecuadamente, pues, según los considerandos de la referida Sala, *el testigo no fue persistente en su dicho incriminitorio*, ya que mientras en el proceso militar seguido por delito de infidencia afirmó no haber visto al ciudadano Barrantes Torres en las instalaciones del SIE, en todas las demás declaraciones ofrecidas en los ámbitos policial y judicial reconoció haberlo visto detenido en dicho establecimiento. Acertadamente, la Corte Suprema declaró nula dicha sentencia ordenando nuevo juicio, en el que se condenó a los implicados en tal hecho valorándose adecuadamente el testimonio directo junto con otras pruebas circunstanciales.⁶⁷

En sentido similar se pronunció la misma Sala Penal Nacional en el caso *Los Laureles Base Contra Subversiva N.º 313 - Tingo María*, en el que se efectuó la desaparición de Esaú Cajas Julca a inicios de la década de los noventa. En este caso, existiendo prueba indiciaria y el testimonio directo de Jorge Rosas Olivera, que en forma persistente afirmó haber visto detenido en la Base Militar de Tingo María a Esaú Cajas Julca antes de su desaparición, la referida Sala, de manera equivocada, optó por ignorarlo y absolver a los acusados del delito.⁶⁸

5.2. La prueba circunstancial o indirecta

En la mayoría de las sentencias emitidas por la Corte IDH observamos la utilidad y relevancia de las pruebas indirectas o circunstanciales para acreditar hechos alegados por la Comisión y determinar la responsabilidad del Estado.⁶⁹ Dentro de la categoría de *prueba circunstancial* encontramos los *indicios* y las *presunciones*, muchas veces confundidos en su estructura lógica. Por ello, antes de examinar el tratamiento de los indicios por la Corte IDH, haremos algunas precisiones sobre este medio de prueba indirecta.

Por *indicio* debemos entender todo hecho conocido del cual se infiere otro desconocido, pues indicio puede ser un hecho o suceso. Su enunciación viene dado por: a) *un hecho conocido o indicador*, b) *un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar* y c) *una inferencia lógica por medio de la cual, partiendo del hecho conocido, se logra con certeza o probabilidad deducir el hecho que se pretendía conocer*.⁷⁰

⁶⁷ Resolución de la Sala Penal Nacional en el expediente 16-2006, del 14 de febrero de 2007.

⁶⁸ Resolución tomada de Luis Vargas Valdivia: "Tratamiento de la prueba en el delito de desaparición forzada: especial referencia la prueba indiciaria", en Víctor Manuel Quinteros (coord.): o. cit., pp. 217 ss.

⁶⁹ Cf. Juan Pablo Gallego: o. cit., p. 55.

⁷⁰ Cf. Jairo Parra Quijano: o. cit., p. 379. El autor, luego de definir lo que es un indicio, distingue entre indicios *necesarios* (como aquel que de manera inequívoca e infalible demuestra la existencia o inexistencia del hecho

Para la eficacia probatoria del indicio, la Corte Suprema del Perú, fijando un criterio vinculante, estableció como requisitos:

1. certeza del hecho indicador que determine el carácter concluyente de la inferencia,
2. deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de singular fuerza acreditativa, 3. concomitantes o concurrentes al hecho que se pretende probar, y 4. deben estar interrelacionados, cuando son varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.⁷¹

Los *indicios* se diferencian de las *presunciones* en que, mientras la presunción va de lo conocido a lo desconocido en virtud del *principio de identidad* (identidad de hecho conocido y desconocido), el raciocinio del indicio va de lo conocido a lo desconocido a la luz del *principio de causalidad*.⁷²

En estas circunstancias la Corte IDH admite, actúa y aprecia las pruebas indiciarias y las presunciones. Este tribunal efectúa su valoración *flexibilizando* las exigencias para el convencimiento. Por ello, en los crímenes de desaparición forzada de personas la aludida considera como hechos indicativos para determinar la responsabilidad de los Estados en la comisión de estos crímenes los siguientes eventos: a) *la existencia de una práctica gubernamental de desaparición de personas*, y b) *la vinculación de la desaparición de la víctima con dicho evento*, sumado a *la imposibilidad de demostrar lo contrario por el Estado*. En caso de que estos se comprueben, *estariámos ante la probable responsabilidad Estatal de un crimen de lesa humanidad*.⁷³

investigado) y *contingentes* (que se dan cuando el efecto derivado del hecho indicador puede tener varias causas probables).

⁷¹ Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. n.º 1912-2005/Piura. Mediante acuerdo plenario de las salas penales de la Corte Suprema, se declaró que el fundamento 4.º de dicha ejecutoria tenga carácter vinculante. En similar sentido, cf. Giovanni Leone: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ejea, 1963, pp. 161 ss.; Germán Pabón Gómez: *Lógica del indicio en materia criminal*, Bogotá: Themis, 1995, pp. 153 ss.

⁷² Cf. Marco Antonio Díaz De León: *La prueba en el proceso penal*, México: Porrúa, 1990, p. 880.

⁷³ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, o. cit., § 131: "La prueba indiciaria o presuntiva resulta de vital importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de la víctima"; § 124: "El argumento de la Comisión se basa en que una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que tenga esta última con la práctica general". En reciente jurisprudencia la Corte IDH reitera la importancia de las pruebas indiciarias en estos crímenes que se caracterizan por procurar desaparecer todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de la víctima. En el mismo sentido, véase caso *Anzualdo Castro contra Perú*, fondo, § 38.

De esta manera, reconociendo la dificultad que implica acreditar la comisión del crimen de desaparición forzada de personas, la Corte IDH, a través de su jurisprudencia, *reconoce la importancia de las pruebas circunstanciales en el convencimiento de las afirmaciones de las partes*. Sin embargo, la sola comprobación de la práctica de desapariciones no basta, en ausencia de otras pruebas (circunstanciales o indirectas), para demostrar que una persona cuyo paradero se desconoce fue víctima de tales prácticas. Así, con este argumento la Corte IDH consideró que el Estado de Honduras no era responsable de la desaparición de Francisco Fairén Garbi, pues concurren:

[...] numerosas e insalvables dificultades de prueba para establecer que estas desapariciones hayan ocurrido en Honduras y que, por tanto, sean imputables jurídicamente a este Estado. En efecto, como ya lo ha dicho la Corte, ha sido plenamente demostrado que, en la época en que ocurrieron los hechos existía en Honduras una práctica represiva de desaparición forzada de personas por razones políticas. Esta práctica representa en sí misma una ruptura de la Convención y puede ser un elemento de primera importancia para fundar, junto con otros indicios concordantes, la presunción judicial de que determinadas personas fueron víctimas de esa práctica. No obstante, la sola comprobación de la práctica de desapariciones no basta, en ausencia de toda otra prueba, aun circunstancial o indirecta, para demostrar que una persona cuyo paradero se desconoce fue víctima de ella.⁷⁴

En jurisdicción interna nuestra Sala Penal Nacional, en su primer pronunciamiento sobre el delito de desaparición forzada de personas (caso *Castillo Páez*), describió una serie de indicios que constituyen exigencias probatorias para la determinación e imputación de responsabilidades individuales en el mencionado delito, a saber: a) *la participación de los agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúan bajo el control con autorización o aquiescencia en la privación de la libertad de la víctima, cualquiera que su forma sea*; b) *si los funcionarios no dieron información oportuna a los familiares respecto al paradero de la víctima o simplemente negaron la privación de la libertad de la víctima*; c) *si se negó información sobre el paradero de la víctima*, y d) *si existió renuencia del Estado para sancionar a los presuntos responsables del delito y además una política de encubrimiento*. La comprobación de tales indicios, sumada a los testimonios y documentos actuados en juicio, determinó la responsabilidad de Juan Carlos Mejía León y Juan Fernando Aragón Guibovich, entre otros.⁷⁵

No obstante, la Sala Penal Nacional no ha mantenido este criterio en todos sus pronunciamientos. Así, se puede hacer referencia al caso de la desaparición de Marco

⁷⁴ Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras*, o. cit., § 157.

⁷⁵ Resolución de la Sala Penal Nacional en el caso *Castillo Páez*, del 26 de marzo de 2006.

Barrantes Torres, efectuada por personal del SIE en 1988 en el marco de un delito de infidencia contra el Ejército peruano. En este caso, existiendo prueba directa e indicios concurrentes (el hallazgo de la libreta personal de Marco Barrantes que posteriormente se incorporó al proceso militar, la concurrencia de un agente del SIE a la casa de los familiares llevando una carta escrita por Marco Barrantes posterior a su desaparición, un operativo ordenado desde las altas esferas del Ejército para detener a todos los implicados en el delito de infidencia o venta de información clasificada, entre otros), la Sala decidió absolver por insuficiencia probatoria a todos los implicados, pues consideró que los indicios no eran suficientes para enervar la presunción de inocencia.⁷⁶ Esto motivó que la Corte Suprema, a nuestro juicio de manera correcta, declarara su nulidad y ordenara un nuevo juicio,⁷⁷ el mismo que concluyó recientemente condenando a cuatro de los cinco implicados en la desaparición forzada de Marco Barrantes Torres.

5.3. Prueba documental

Las pruebas documentales en los crímenes de desaparición forzada de personas por sí mismas no son idóneas para comprobar la veracidad de tales violaciones, puesto que, por definición, aquellas sirven por sí mismas para ilustrar o comprobar, por vía de la representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano.⁷⁸ Además, el documento tiene como característica que puede ser un acto solemne (esto es, que para la existencia material de tal acto la ley establece su forma de celebración) o *ad probationem* (cuando la formalidad no está recogida por la ley).

El cuestionamiento de esta prueba dependerá de su origen. Si es de carácter público, el afectado por la prueba no podrá desconocer el documento, sino que lo único que podrá alegar es su falsedad, la misma que deberá acreditar. Si es de naturaleza privada, el afectado por la prueba podría desconocerla e incluso alegar su falsedad, para lo que deberá tachar la prueba, pues de lo contrario el documento quedaría reconocido. En este sentido, la Corte IDH *admite valor probatorio a aquellos documentos presentados por ambas partes que no hayan sido controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad haya sido puesta en duda, por lo que tienen validez y eficacia probatoria.*⁷⁹

⁷⁶ Resolución de la Sala Penal Nacional en el expediente 16-2006, del 14 de febrero de 2007.

⁷⁷ Ejecutoria Suprema emitida por la Primera Sala Pena Transitoria de la Corte Suprema en el R. N. n.º 1809-2007.

⁷⁸ Cf. Jairo Parra Quijano: o. cit., pp. 295 ss.

⁷⁹ Caso *Castillo Páez contra Perú*, cit., § 39; caso *Loayza Tamayo contra Perú*, cit., § 53.

Por último, la Corte IDH también reconoce las limitaciones del presente medio probatorio dadas sus características y los condicionamientos exigidos para su existencia, pues es casi imposible acreditar la realización de un crimen de desaparición forzada de personas solo con prueba directa o documental. Por ello, estas pruebas necesariamente deben ir acompañadas con otras de carácter circunstancial que permitan acreditar las violaciones a derechos fundamentales por los agentes del Estado demandado.⁸⁰

5.4. La prueba de informes

En casi todos los sistemas jurisdiccionales, durante el desarrollo de la controversia, se suelen encontrar en el ofrecimiento de pruebas aquellas que no están contempladas en la lista definida de los códigos procesales. Estas pruebas no previstas por la legislación muchas veces son rechazadas por cuanto no se determina la forma en que serán admitidas y actuadas. Sin embargo, dada la vigencia del *principio de libertad probatoria*, son finalmente apreciadas por el tribunal. Tal es el caso de la *prueba de informes*.⁸¹

Al respecto, la doctrina procesal entiende por prueba de informes aquella en la que las partes solicitan que una dependencia pública, empresa del sector privado, servidor público o persona física brinde al tribunal determinada información relativa a los hechos deliberados en el marco de en un procedimiento judicial. A través de la prueba de informes, entonces, *se expresa una situación de hecho existente o que ha existido, siempre en torno a los hechos controvertidos*.⁸²

Esta prueba suele confundirse con la *prueba documental*; sin embargo, no reúne las características esenciales de esta. En efecto, por *documento* se entiende la representación literaria de un hecho o una idea, mientras que el informe es elaborado a pedido del juez o de la parte para que un tercero brinde información en forma documentada. Al tener esta característica, la doctrina reconoce la prueba de informes como un *medio de prueba autónomo cuya naturaleza jurídica está entre el testimonio y la prueba documental*.⁸³

⁸⁰ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 130.

⁸¹ Si bien es cierto que nuestro Código de Procedimiento Penales vigente no reconoce expresamente los informes como medio probatorio, la nueva norma procesal penal que viene implementándose progresivamente desde el 2004 sí lo hace en su artículo 188, y faculta al juez o fiscal de la investigación preparatoria la posibilidad de requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. Además, dada la vigencia en materia probatoria del *principio de libertad de prueba*, el juez no puede rechazar los elementos de convicción por el solo hecho de no estar reconocidos expresamente, salvo que sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

⁸² Cf. Jorge A. Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editar, t. V, p. 189.

⁸³ Cf. Eduardo M. Jauchen: o. cit., pp. 532 ss.

Así las cosas, dado que este tipo de prueba carece de una regulación que establezca la formalidad para su incorporación al proceso, *su admisión, actuación y valoración deberán realizarse observando los principios rectores en materia probatoria*. En ese sentido, a efectos de ser admitida, la prueba de informes deberá someterse a los juicios de pertinencia y licitud. Asimismo, en la etapa de actuación, debe posibilitarse el contradictorio con el afán de evitar desigualdad entre las partes.

Ahora bien, vista la jurisprudencia desarrollada por las jurisdicciones nacionales y supranacionales, la prueba de informes es un elemento de convicción empleado con frecuencia a pesar de no encontrarse regulada normativamente, ya que para la solución de una controversia no bastan los conocimientos de derecho, sino que será menester recurrir a otras especialidades que resulten necesarias e indispensables para decidir las causas.

La Corte IDH, acertadamente, reconoce el valor probatorio que puede tener la prueba de informes. Es más, en muchas ocasiones utiliza sus poderes probatorios *de oficio* para ordenar su actuación. Así, en las primeras controversias formuladas contra el gobierno de Honduras, el tribunal ordenó una serie de diligencias entre las que se encontraba la elaboración de un informe pericial sobre la firma de una de las presuntas víctimas. Asimismo, solicitó varios informes certificados y constancias de oficiales de los gobiernos de El Salvador y Guatemala.⁸⁴ Por su parte, en el *caso Aloeboetoe y otros contra Surinam*, se envió a un funcionario de la Corte IDH para que realizará una inspección judicial sobre la situación en que se encontraba la tribu supuestamente afectada, de sus usos y costumbres, además de solicitar el dictamen de un experto en la cultura de la misma población.⁸⁵

Sin embargo, este tratamiento que la Corte realiza de los *informes técnicos* viene a ser particular, pues más allá de su contenido y valor probatorio acepta incorporarlo como prueba en el proceso con el fin de acreditar aspectos circundantes al crimen o las consecuencias que aquel genera en el agraviado y sus familiares. Así, en el *caso Castillo Páez contra Perú* declaró, sobre el *informe técnico* elaborado por la especialista Carmen Wurst Calle de Landazuri:

[...] dicho documento no es una experticia específica practicada a estos, sino un estudio sobre las consecuencias psicológicas generales producto de las desapariciones y el asilo

⁸⁴ Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales*, cit., § 44-46.

⁸⁵ Caso *Aloeboetoe y otros contra Surinam*, sentencia de 10 del setiembre de 1993, fondo, § 39-40.

político [...] representa un complemento [...] por lo expuesto acepta incorporar al acervo probatorio el informe técnico.⁸⁶

5.5. *Eficacia probatoria del Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*

Un tema peculiar que se ha venido suscitando en la práctica judicial es el referido al *Informe final* emitido por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, que propiamente no podría calificarse como *prueba de informe* al no compartir una característica distintiva (como es la orden o solicitud del juez o de alguna de las partes a un tercero para que emita un informe) de tal medio de prueba. En ese sentido, cabe mencionar que la Comisión de la Verdad y Reconciliación —entidad instaurada con el objetivo de promover la reconciliación nacional, el imperio de la justicia y el fortalecimiento del régimen democrático constitucional— fue creada mediante decreto supremo⁸⁷ y conformada por especialistas cuyo encargo fue esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación a los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado.

El *Informe final* se enfocó en hechos como asesinatos y secuestros, desapariciones forzadas, torturas y otras violaciones graves a los derechos fundamentales de las personas (principalmente integrantes de comunidades andinas y nativas del país). Para la elaboración de dicho informe los comisionados realizaron sesiones en las que recabaron testimonios de miembros de las fuerzas armadas, víctimas de la violencia terrorista y estatal. El análisis y el debate de todos los elementos acopiados dio como resultado el *Informe final*.⁸⁸

La designación mediante decreto supremo convierte a sus miembros en funcionarios públicos, cuyo encargo se delimitó en dicha norma. El cumplimiento del encargo dentro de los parámetros establecidos convierte al *Informe final* en un documento válido, no solo por su formalidad sino también por la rigurosidad en su confección. Su validez no puede ser cuestionada, en tanto dichos funcionarios actuaron por encargo y dentro

⁸⁶ Caso *Castillo Páez contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998, fondo, § 43-45.

⁸⁷ Creado por el presidente de la República mediante decreto supremo 065-2001-PCM.

⁸⁸ Publicado el 28 de agosto de 2003.

de los lineamientos precisados por la norma.⁸⁹ Por ello, este informe no puede ser desconocido, sino aceptado y reconocido *erga omnes*.

Sin embargo, cabe la pregunta: ¿*El contenido del Informe admite prueba en contrario?* A nuestro entender, la respuesta sería afirmativa, pues no se trata de un acto público —cenido a una formalidad pre establecida por la ley—, sino del producto de una labor de análisis de distintos elementos de convicción acopiados por la entidad investigadora. Este parecer es sostenido por la Sala Penal Especial que condenó al expresidente Alberto Fujimori, la que reconoció su validez probatoria al ser un documento público correctamente emitido. Por ello, su invalidez solo podría establecerse en el supuesto de que los comisionados hubieran sido cesados en el cargo o cuando el contenido hubiera sido adulterado (lo cual no ocurrió en el *Informe final*).⁹⁰

Habiendo establecido la naturaleza documental del *Informe final*, deberíamos responder la siguiente pregunta: ¿*Cuál es su grado de eficacia acreditativa?* Desde un punto de vista probatorio, el *Informe final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación no sirve para acreditar responsabilidad directa de los funcionarios estatales, sino que se constituye como un medio de prueba que permite contextualizar los hechos ocurridos en la década de los ochenta y noventa.⁹¹

En otras palabras, el *Informe final* no es indicativo de responsabilidades individuales —de carácter similar a una prueba indiciaria—,⁹² sino que es una *prueba circunstancial* que permite al juez situarse en un momento histórico, para de esa manera entender la situación del país en el momento de la comisión del delito. El *Informe* es un medio de prueba que permite *contextualizar los hechos, ubicar los objetos de prueba en un momento histórico y establecer cuál era la política imperante en el Perú*. La determinación de supuestas responsabilidades consignadas en él solo llega al grado de *sospecha*; ni siquiera permite alcanzar *probabilidad* de la participación individual en un acontecimiento delictivo.⁹³

Por ello, la Corte IDH, en su sentencias del caso *La Cantuta contra Perú*, pese al allanamiento del Estado, no reconoce al *Informe final* como prueba plena determinante de la responsabilidad del gobierno por la violación de derechos fundamentales, sino que lo aprecia para determinar el contexto vivido durante un momento histórico en el país,

⁸⁹ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso Fujimori, § 123.

⁹⁰ Cf. Luis Vargas Valdivia: o. cit., p. 117.

⁹¹ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso Fujimori, § 124.

⁹² Algunos le dan valor indiciario al informe, confundiéndolo con pruebas circunstanciales. Cf. Luis Vargas Valdivia: o. cit.

⁹³ Ibídem, p. 118.

que sumado a pruebas individuales sí ofrecen la veracidad de la ocurrencia del crimen.⁹⁴ Asimismo, en el caso *Anzualdo Castro contra Perú* la Corte IDH utilizó el *Informe final* para acreditar que las detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas en la época en que ocurrieron los hechos se constituyeron en un

[...] mecanismo de lucha contrasubversiva empleado en forma sistemática por agentes estatales entre 1988 y 1993, en gran parte del territorio nacional, que adquirió mayor relevancia cuando el Poder Ejecutivo decidió que las Fuerzas Armadas reemplazaran a las Fuerzas Policiales en las tareas de control interno y combate a la subversión. Se atribuye a miembros de las Fuerzas Armadas el mayor porcentaje de las víctimas de esa práctica. El perfil general de las víctimas de desapariciones forzadas ocasionadas por agentes estatales apunta hacia grupos de personas relativamente más jóvenes y educadas que el resto de sus comunidades, especialmente en comparación con las víctimas atribuidas a Sendero Luminoso. Además, aunque los campesinos conforman el grupo más numeroso entre las víctimas de desaparición forzada, esta práctica fue proporcionalmente más utilizada en contra de estudiantes universitarios.⁹⁵

La Corte IDH continuó señalando:

El *modus operandi* utilizado en las desapariciones forzadas tuvo las siguientes características o etapas: “selección de la víctima, detención de la persona, depósito en un lugar de reclusión, eventual traslado a otro centro de reclusión, el interrogatorio, la tortura; el procesamiento de la información obtenida, la decisión de eliminación, la eliminación física, la desaparición de los restos de la víctima, [y] el uso de los recursos del Estado”. El denominador común en todo el proceso era “la negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido. Es decir, la persona ingresaba a un circuito establecido de detención clandestina, del cual con mucha suerte salía con vida”. La compleja organización y logística asociadas a la práctica de la desaparición forzada exigía el empleo de recursos y medios del Estado.⁹⁶

⁹⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso Fujimori, § 123: “[...] 3. [...] la CIDH en numerosos fallos en los que ha sido parte el Perú le ha reconocido [al Informe Final] mérito probatorio. [...] En la SDCHIDH La Cantuta, párrafo doscientos veinticuatro, literal b), dijo: “[...] el trabajo de dicha Comisión constituye un esfuerzo muy importante y ha contribuido a la búsqueda y determinación de la verdad de un período histórico del Perú. No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en ese informe no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad también a través de los procesos judiciales [...].”

⁹⁵ Caso *Anzualdo Castro contra Perú*, cit., § 48.

⁹⁶ Ibídem, § 49.

Por las razones anteriores, sumadas a otras pruebas indiciarias y referenciales, la Corte IDH dio por probado que agentes estatales, incluidos del SIE, privaron de libertad o secuestraron al señor Anzualdo Castro el 16 de diciembre de 1993 y lo llevaron a los sótanos del SIE, donde permaneció detenido durante un período indeterminado, y su paradero se desconoce hasta el momento.⁹⁷

5.6. Tratamiento de las informaciones periodísticas

La doctrina procesal tiene especial cuidado al tratar las informaciones periodísticas que se introducen como medios de prueba a los procesos. Esto es así porque *tales aportes son de carácter informativo y no documental*. Por ello, la información deberá ser analizada de conformidad con su fuente informativa, más que con aquella desarrollada por el periodista en forma de opinión. En otras palabras, *la eficacia acreditativa de las informaciones periodísticas dependerá de que la fuente informativa sea cierta y veraz*.

Por ello, acertadamente la Corte IDH reconoció que a las informaciones que se recogen en los medios de comunicación —sean periódicos o revistas— *no se les puede otorgar el carácter de prueba documental propiamente dicha*.⁹⁸ Sin embargo, el mismo tribunal señaló en su sentencia del caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*:

[...] muchos de ellos, sin embargo, constituyen la manifestación de hechos públicos y notorios que, como tales, no requieren en sí mismos de prueba; otros tienen valor, como ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional [...] en cuanto reproducen textualmente declaraciones públicas especialmente de altos funcionarios de la Fuerzas Armadas, del Gobierno o de la propia Corte Suprema de Honduras; finalmente, otros tienen importancia en su conjunto en la medida en que corroboran los testimonios recibidos en el proceso respecto de las desapariciones y la atribución de esos hechos a las autoridades militares o policiales de este país.⁹⁹

En ese sentido, las publicaciones periodísticas deberán considerarse medios de prueba *admisibles y valorables* siempre que tales apreciaciones se hagan con otros (medios de prueba) *de modo conjunto y global*. Al no ser medios de prueba testificales no se los debe someter al régimen correspondiente. En realidad, nos encontramos ante *una*

⁹⁷ Ibídem, § 50.

⁹⁸ Caso *Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, cit., § 75; caso *Fairén Garbi y Solís Carrales contra Honduras*, cit., § 145; *Godínez Cruz contra Honduras*, cit., § 52.

⁹⁹ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 146.

noticia objetiva que es además de *dominio público*. Para afirmar esto, deben cumplirse dos condiciones: a) *que reflejen hechos incontrastables o declaraciones de personalidades sociales o funcionarios públicos*, y b) *que no hayan sido cuestionadas ni desmentidas*.¹⁰⁰

6. Sobre las sostenidas intromisiones de la Corte IDH en el ámbito judicial interno

Habiendo analizado prudentemente las cuestiones referidas al *procedimiento probatorio* y a la *valoración individual de la prueba* en el crimen de desaparición forzada de personas, nos manifestaremos a continuación sobre dos importantes asuntos que constituyen el tema de fondo del presente artículo. El primero es el referido a la *verificación de una actuación excesiva de la Corte IDH, la que se traduce en una sostenida intromisión en el ámbito judicial interno*.

En efecto, de la reciente jurisprudencia de la Corte IDH se puede colegir que, si bien se reconoce a esta como un tribunal supranacional orientado a la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos —en lo que aquí importa, por la ocurrencia del crimen de desaparición forzada de personas—, de su ejercicio es posible verificar una suerte de *injerencia del referido tribunal en asuntos internos*. En ese sentido, la Corte IDH parece confundir sus alcances competenciales con los de los tribunales nacionales al ordenar a estos últimos *dejar sin efecto, anular, modificar decisiones o adoptar medidas concretas en el ámbito interno*.¹⁰¹

Pues bien, sobre este asunto consideramos que la Corte IDH *no puede revisar* como si fuese un *tribunal de última instancia* las decisiones de los órganos judiciales nacionales. Consecuentemente, la firmeza de la decisión del tribunal interno debería ser completamente *independiente* de la decisión de la Corte supranacional. Estas ideas —básicas—, sin embargo, pierden sentido si de la propia actuación jurisprudencial de la Corte IDH se percibe una práctica consistente en ordenar a los tribunales nacionales reabrir un proceso para volver a juzgar a una persona condenada o absuelta con

¹⁰⁰ Véase Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso Fujimori, § 73.

¹⁰¹ Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 53.

sentencia definitiva, anular o declarar la invalidez de una ley o conminar la inaplicación de importantes instituciones penales como la prescripción.

Sobre la intromisión de la Corte IDH en funciones propias del Poder Judicial nacional puede hacerse referencia —en aras de una mayor claridad expositiva— a un ejemplo obtenido de la propia jurisprudencia. En el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, la Corte IDH manifestó:

El Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantienen la impunidad en este caso, e iniciar las investigaciones que sean necesarias para determinar a todos los responsables de la detención y desaparición del señor Ibsen Peña. El Estado también debe iniciar las investigaciones pertinentes para determinar lo sucedido a Rainer Ibsen Cárdenas, y para aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea. El Estado debe dirigir y concluir las investigaciones y procesos pertinentes en un plazo razonable, con el fin de establecer toda la verdad de los hechos [...] el Estado deberá: [...] determinar los autores materiales e intelectuales de la detención y posterior desaparición forzada de los señores Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña. Además, por tratarse de violaciones graves a los Derechos Humanos, y en consideración de la naturaleza de los hechos, 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 [...].¹⁰²

Como vemos, la Corte IDH dicta medidas que van más allá de la mera declaración de responsabilidad del Estado: *incide sobre cuestiones que deberían ser propuestas, desarrolladas y resueltas en el ámbito judicial interno*. Esto, para nuestra sorpresa, significaría una contradicción con lo que podemos encontrar en la CADH a partir de una diligente lectura. En efecto, en ningún lugar del aludido instrumento normativo se indica que el Estado deba iniciar persecución de naturaleza alguna. Así, el artículo 63 del mencionado dispositivo señala únicamente:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

¹⁰² Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, cit., § 237.

No es desatinado reconocer entonces —a partir de la combinación a los Estados para que estos adopten medidas que en el fondo inciden considerablemente en esferas que constituyen manifestación de la soberanía nacional— una *progresiva transformación* de la Corte IDH en una suerte de “legislador, juez y administrador supremo de los estados americanos”.¹⁰³

La segunda cuestión de trascendencia sobre la que deseamos manifestarnos en esta sección gira en torno al *estándar probatorio utilizado por la Corte IDH y las consecuencias que tales criterios generan en la determinación de hechos de naturaleza delictiva por los que los Estados demandados son hallados como responsables*. En efecto, aquí partimos de la admisión de que el *estándar probatorio* de la Corte IDH para el juzgamiento de los Estados, como se expuso ampliamente *supra*, se caracteriza por su *flexibilidad* y por requerir solamente de *veracidad o verosimilitud* en los hechos violatorios que se atribuyen a la conducta de los agentes del Estado demandado. De esto puede conjeturarse un distanciamiento de los parámetros probatorios —mucho más estrictos— propios de un procedimiento de naturaleza penal desarrollado en el ámbito nacional, orientado a la fundamentación de la responsabilidad criminal de un individuo (procedimiento en el que, evidentemente, se debe probar tal responsabilidad más allá de toda duda razonable). En ese sentido, si bien es cierto que el proceso internacional y el proceso penal (nacional) pueden partir de la *misma base fáctica*,¹⁰⁴ deberá atenderse a su *diferente sentido jurídico* (responsabilidad del Estado en el proceso internacional, responsabilidad del individuo en el proceso penal interno), lo cual incide indudablemente en la *determinación de diferentes reglas probatorias*.¹⁰⁵

A partir de una revisión de la jurisprudencia, es posible señalar que la Corte IDH —teniendo como objetivo el determinar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de derechos o libertades reconocidos en la Convención— puede *afirmar* la existencia de un determinado hecho delictivo, lo que es posible, por ejemplo, a través de *pruebas testimoniales indirectas y pruebas circunstanciales* (de las que se generan las *inferencias lógicas pertinentes y la verificación de la vinculación del hecho con una práctica general de carácter vulneratorio por el Estado*). Pero, como queda claro, tal afirmación se hace

¹⁰³ Ezequiel Malarino: o. cit., p. 61.

¹⁰⁴ Ibídem, p. 54.

¹⁰⁵ Ibídem, p. 56. Malarino señala que los distintos objetos procesales y las distintas consecuencias que se derivan de ambos tipos de procesos no solo inciden en la reglas de prueba, sino también en el *régimen de la acción y la participación procesal*.

a partir de *criterios probatorios flexibles*, incompatibles con los que rigen la determinación de un suceso delictivo en un proceso penal (en el ámbito interno).

Así las cosas, el *reconocimiento de la ocurrencia de un crimen* por la Corte IDH —concretamente, un caso de desaparición forzada de personas— puede constituirse como un imperioso *paso previo* para declarar el concreto incumplimiento de las disposiciones de la CADH por el Estado (por ejemplo, al contravenir el deber de perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos, establecido en el artículo 1.1. de la Convención). Sin embargo, el camino seguido en el ámbito internacional para la admisión del acaecimiento de tal suceso delictivo (que conlleva declarar al Estado como responsable) debería circunscribirse a tal escenario (pues tal admisión se realizó a partir de reglas probatorias que, aunque flexibles y basadas en la veracidad o verosimilitud de las violaciones, son al fin y al cabo suficientes para declarar la responsabilidad internacional del Estado) *y no debería trascender ni desplegar efectos vinculantes en el ámbito judicial interno*, de tal manera que las decisiones en el ámbito nacional *no tendrían por qué quedar supeditadas o condicionadas a lo dispuesto en el proceso internacional*.

Sin embargo, de la jurisprudencia de la Corte IDH se puede colegir una orientación opuesta. Y es así porque de varios casos resueltos por el aludido tribunal supranacional es posible apreciar una suerte de *imputación personal indirecta*, es decir, la atribución de un hecho criminal —admitido en el ámbito internacional— *a personas naturales externas al proceso supranacional*. En otras palabras, la Corte IDH, al asentir la ocurrencia de un concreto suceso delictivo —por ejemplo, la desaparición forzada de determinada persona—, impone sobre el Estado, de manera indirecta: a) la obligación de *atribuir indefectiblemente* una responsabilidad penal sobre personas en el ámbito interno por un suceso probado a través de criterios flexibles, reñidos con los inherentes al proceso penal; o, en todo caso, b) el compromiso de *partir de su supuesta responsabilidad*, violentando el principio de presunción de inocencia. En buena cuenta, estamos aquí ante una *cuestionable predisposición condenatoria que el Estado debe asumir como consecuencia de haber sido hallado responsable en el ámbito internacional* o, si se quiere, ante una *considerablemente elevada tendencia estatal a imponer penas por hechos sostenidos como probados en el marco del litigio supranacional*. Aquí, más que en ningún lugar, se pone en evidencia la *tendencia punitivista* asumida por la Corte IDH en sus últimas sentencias.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Ibídem, p. 48. El autor manifiesta una tendencia punitivista de la Corte IDH cuando, a través de sus decisiones, anula los derechos fundamentales del imputado alegando la especial necesidad de proteger a las víctimas a partir de la gravedad del acontecimiento delictivo. Como sostiene el citado autor: “La Corte está creando jurisdiccionalmente un derecho de excepción para las graves violaciones de los derechos humanos, en la cual

Como vemos, los principales afectados de la expuesta propensión del Estado, son, indudablemente, *las personas naturales externas al proceso internacional*. Así, estas, al no intervenir en la controversia internacional —en tanto no son parte en la causa—, *carecen de la posibilidad de formular los mecanismos de defensa que consideren pertinentes y adecuados, o de presentar o discutir prueba sobre las cuestiones que en el marco de tal controversia se debaten*.

Finalmente, creemos que la responsabilidad internacional del Estado se fundamenta en el incumplimiento de las disposiciones de la Convención. En ese sentido, en lo que respecta concretamente al crimen de desaparición forzada de personas, aquella responsabilidad deberá fundamentarse en la infracción, por el Estado, *de perseguir de manera adecuada los sucesos delictivos*. En ese sentido, la Corte IDH debería limitarse a manifestar que el Estado no ha cumplido con su obligación de perseguir y efectuar sus investigaciones en el fuero interno, y no conminarlo a adoptar medidas que transgreden ámbitos reconocidos ordinariamente como privativos de la soberanía nacional.

7. Conclusiones

A partir del examen de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, en la presente investigación se han expuesto de manera sistemática las reglas y los estándares probatorios utilizados por el referido tribunal para llegar al convencimiento de la existencia de un crimen de desaparición forzada de personas. En efecto, la Corte IDH admite que las *pruebas documentales y testimoniales directas*, por la complejidad que caracteriza a los casos materia de indagación, *no son las únicas que pueden fundamentar la sentencia*. Dada la naturaleza clandestina del crimen de desaparición forzada, las *pruebas testimoniales indirectas y pruebas circunstanciales* (inclusive, medios de prueba *autónomos*, como la “prueba de informes”) también pueden ser utilizadas, *en tanto de aquellas se deduzcan conclusiones consistentes sobre los hechos*. Asimismo, la Corte IDH ha advertido que la *prueba indiciaria* resulta de especial importancia en el caso del crimen de desaparición forzada de personas, ya que esta particular forma de vulneración de los derechos humanos se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro y el paradero de las víctimas.

no solo no hay *ne bis in idem*, ni retroactividad de la ley penal, no plazo razonable de duración del proceso, sino tampoco plazo de prescripción, ni amnistía posible”.

Es importante mencionar que la admisión y valoración de las mencionadas fuentes de prueba implican la asunción, por la Corte IDH, *de una flexibilización de las exigencias en materia de prueba*. Así, el referido tribunal ha manifestado en diversas ocasiones que los criterios de apreciación de la prueba por un tribunal supranacional (que, como el caso de la Corte IDH, se orienta al amparo de los derechos humanos) se caracterizan por su *amplitud*, pues al tener como objetivo fundamental la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por la afectación de los derechos fundamentales de la persona, *es posible adoptar una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante el tribunal sobre los hechos pertinentes*, de conformidad con las reglas de la lógica y con base en la experiencia (*libre convicción o sana crítica* como sistema de valoración probatoria asumido por la Corte IDH). Asimismo, de la jurisprudencia se desprende la necesidad de tomar en consideración *el objeto y fin de la Convención*, ya que la apreciación de pruebas no puede ser realizada sin tomar en cuenta los parámetros ofrecidos por tal instrumento normativo.

Cabe resaltar el interés de la Corte IDH en mantener la *paridad de las partes* durante el proceso controvertido (a pesar de referirse a una materia compleja como es el crimen de desaparición forzada de personas). Esto es así ya que, de no atender a las disparidades concurrentes entre las partes, *sería imposible la postulación de una igualdad fáctica y procesal en el marco de la causa*. Por ello, la Corte IDH reconoce en su jurisprudencia que, *ante la dificultad de recabar pruebas por el demandante, es el Estado el que tiene la obligación de esclarecer los hechos denunciados*. En efecto, en el proceso internacional la defensa del Estado no puede alegar que la contraparte no adjuntó prueba. Por ello, el Estado deberá cooperar en la producción de prueba de la parte demandante, dado que es posible una inversión en la carga de la prueba.

Finalmente, en la presente investigación se han expuesto algunos lineamientos orientados a demostrar una *injustificada injerencia de la Corte IDH en asuntos privativos de los órganos judiciales nacionales*. Efectivamente, de las sentencias del tribunal supranacional es posible observar una progresiva recurrencia a una *indefectible atribución de hechos* —los que además son alcanzados a través de un estándar probatorio flexible, característico del proceso internacional— a personas naturales que, *aunque no son parte del proceso internacional, son indirectamente objeto de la decisión de la Corte IDH*, con lo que se vulneran sus garantías genéricas del derecho de defensa y de la presunción de inocencia.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- AMBOS, Kai, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación de Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- AMBOS, Kai, y María Laura BÖHM: “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo internacional y propuesta legislativa”, en Kai AMBOS (coord.): *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: Temis, 2009.
- ARIANO DEHO, Eugenia: *Problemas del proceso civil*, Lima: Jurista, 2003.
- BINDER, Alberto: *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.
- CAFFERATA NORES, Jorge, y otros: *Manual de derecho procesal penal. Cátedra A, B y C*, 2.^a edición, Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, 2004.
- CARDOSO ISAZA, Jorge: *Pruebas judiciales*, Bogotá: Librería del Profesional, 1986.
- CARO CORIA, Dino Carlos: “El Nuevo Código Procesal Penal: ¿Eficacia o garantismo?”, en *Actualidad Jurídica*, t. 129, agosto 2004.
- CAROCCA PÉREZ, Álex: *La garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: Bosch, 1998.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editar, t. V.
- CLIMENT DURAN, Carlos: *La prueba penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires: Alberti, 1981, t. I.
- *Tratado de Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editar, 1984, t. V.
- DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio: *La prueba en el proceso penal*, México: Editorial Porrúa, 1990.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Los derechos humanos y su protección internacional*, Lima: Grijley, 2009.
- GALLEGOS, Juan Pablo: *La desaparición forzada de personas en el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

- JAUCHEN, Eduardo: *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- LEONE, Giovanni: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ejea, 1963.
- MAYER, Julio B. J. (comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
- PABON GÓMEZ, Germán: *Lógica del indicio en materia criminal*, Bogotá: Themis, 1995.
- PARRA QUIJANO, Jairo: *Manual de derecho probatorio*, Bogotá: Librería del Profesional, 6.^a edición, 1996.
- PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1996.
- QUINTEROS, Víctor Manuel (coord.): *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*, Lima: IDEHPUCP, 2010.
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Grijley, 2003, t. I.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: IDEMSA, 2004.
- SATTA, Salvatore: *Manual de derecho procesal civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1971.
- SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires: Ejea, 1979.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo: “Las declaraciones testificales inconsistentes con la prestada en juicio. A propósito de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema”, en *III Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2005.
- “Juicio oral y actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal”, en *Revista Biblioteca Edición Bicentenario (1804-2004) del Colegio de Abogados de Lima*, 2004.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona: Bosch, 1984.

Jurisprudencia consultada

Corte IDH

- Caso *Aloeboetoe y otros contra Surinam*, sentencia del 4 de diciembre de 1991 (fondo).
- Caso *Anzualdo Castro contra Perú*, sentencia del 22 de septiembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Caso *Blake contra Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998 (fondo).

- Caso *Castillo Páez contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas).
- Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras*, sentencia de 15 de marzo de 1989 (fondo).
- Caso *Gangaram Panday contra Surinam*, sentencia del 4 de diciembre de 1991 (excepciones preliminares).
- Caso *Gelman contra Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones).
- Caso *Godínez Cruz contra Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989 (fondo).
- Caso *Gómez Palomino contra Perú*, sentencia del 22 de noviembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas).
- Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, sentencia del 1 de setiembre de 2010 (fondo, reparaciones y costas).
- Caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas).
- Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de diciembre de 1997 (fondo).
- Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas).
- Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, sentencia del 26 de enero de 2000 (fondo).
- Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988 (fondo).

Tribunal Constitucional (Perú)

- Expediente n.º 2488-2002-HC/TC, del 18 de marzo de 2004.
- Expediente n.º 2798-04-HC/TC, del 09 de diciembre de 2004.
- Expediente n.º 4587-2004-AA/TC, del 29 de noviembre de 2005.
- Expediente n.º 4677-2005-PHC/TC, del 12 de agosto de 2005.

Corte Suprema (Perú)

- R. N. n.º 2976-2004/Lima, del 30 de septiembre de 2004.
- R. N. n.º 2779-2006/Lima, del 18 de diciembre de 2007.
- R. N. n.º 1598-2007/Lima, del 24 de septiembre de 2007.
- R. N. n.º 1809-2007/Lima, del 11 de septiembre de 2008.
- R. N. n.º 3198-2008/Lima, del 27 de abril de 2009.

Sala Penal Nacional (Perú)

Caso *Castillo Páez*, expediente n.º 111-2004, sentencia del 26 de marzo de 2006.

Caso *Marco Barrantes Torres*, expediente n.º 16-2006, Resolución del 14 de febrero de 2007.

Caso *Esaú Cajas Julca (Los Laureles)*, expediente n.º 16-2006, sentencia del 13 de octubre de 2009.

Sala Penal Especial (Perú)

Caso *Fujimori*, expediente n.º A. V. 19-2001, sentencia del 7 de abril de 2009.

DERECHO AL RECURSO DEL IMPUTADO: DOBLE CONFORME Y RECURSO DEL FISCAL

Alfredo Chirino Sánchez

RESUMEN. El tema de la impugnación en el moderno proceso penal ha recibido un renovado interés de la ciencia y del legislador. En el contexto latinoamericano ese interés surge a partir del fallo *Mauricio Ulloa contra Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este precedente provocó una reforma del sistema de casación en Costa Rica, donde se ha diseñado un modelo de apelación que entrará en vigencia en el año 2011. El presente estudio contiene un análisis de este modelo, el cual resulta de interés no solo por ser la primera reacción legislativa al fallo mencionado, sino también porque encierra la clave de las probables formas que adquirirá en el futuro el modelo de impugnación del proceso penal latinoamericano. Es de esperar también que el estudio del modelo del *doble conforme* y de los recursos en manos de la fiscalía den la clave para analizar probables disfunciones del sistema de impugnación penal. Un sistema de impugnación funcional y efectivo de la sentencia condenatoria sigue siendo de gran trascendencia en materia de derechos humanos del justiciable y tiene indudables repercusiones en la realización de las garantías del debido proceso.

Palabras clave: proceso penal, debido proceso legal, impugnación, jurisprudencia, Costa Rica.

ZUSAMMENFASSUNG. Das Thema der Anfechtung im modernen Strafprozess stößt in der Wissenschaft und beim Gesetzgeber auf erneutes Interesse. Im lateinamerikanischen Kontext geht dieses Interesse auf die Entscheidung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Mauricio Ulloa gegen Costa Rica* zurück. Dieser Präzedenzfall führte zu einer Reform des Kassationssystems in Costa Rica; ein Berufungsmodell wurde entwickelt, das 2011 in Kraft treten wird. Die vorliegende Untersuchung analysiert dieses Modell, das nicht nur deshalb von Interesse ist, weil es die erste Reaktion des Gesetzgebers auf die genannte Entscheidung darstellt, sondern auch, weil ihm für die voraussichtliche künftige modellhafte Ausgestaltung

der Anfechtung im lateinamerikanischen Strafprozess eine Schlüsselrolle zukommt. Zu erwarten ist auch, dass die Untersuchung des Modells der *Übereinstimmung in zwei Instanzen* und der der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehenden Rechtsmittel Aufschlüsse für eine Analyse wahrscheinlicher Funktionsstörungen des Anfechtungssystems im Strafverfahren gibt. Ein funktionierendes, wirksames System zur Anfechtung einer Verurteilung ist mit Blick auf die Menschenrechte des der Gerichtsbarkeit Unterworfenen von größter Bedeutung und wirkt sich zweifellos auf die Umsetzung der Garantie eines rechtmäßigen Verfahrens aus.

Schlagwörter: Strafprozess, rechtmäßiges Verfahren, Anfechtung, Rechtsprechung, Costa Rica.

ABSTRACT. Legal scholars and legislators have devoted attention to the mechanisms for challenging judgments in modern criminal proceedings. In Latin America this interest was awakened by the *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* decision of the Inter-American Human Rights Court. This case led to a reform of the system of *casación* (extraordinary appeals on procedural grounds) in Costa Rica, and the implementation of an appeals mechanism in 2011. This article analyses that model, not only because it is the first legislative response to the Court case, but also because it possibly leads the way for new forms of appeal in Latin American criminal proceedings. Hopefully the study of the *double conforme* model (right of appeal to a higher court) and of the appeals available to the prosecuting authorities will lead to identifying any malfunctions. An effective and efficient system of appealing judgments of conviction has the greatest significance for the human rights of the accused and undoubtedly effects on due process guarantees.

Keywords: criminal procedure, due process of law, appeal, case law, Costa Rica.

1. El derecho a recurrir la sentencia condenatoria como un derecho humano del justiciable

Las fuentes históricas sobre el derecho liberal a recurrir la sentencia pueden retrotraerse a Beccaria,¹ a quien su deseo de asegurar la independencia de los jueces frente a los monarcas lo llevó a negar la posibilidad de que las sentencias pudieran ser apeladas.²

En cambio, la historia de la casación puede retrotraerse a fuentes aún más antiguas, que pueden llegar al derecho romano. Referencias a los orígenes etimológicos del vocablo *casación* y *casar* los ubican como cercanos a la idea de *anular* y *quebrar* respectivamente, que proceden del derecho romano.³ Su origen iusprivatista planteaba las cuestiones que serían dirimidas en una diferenciación entre aspectos referidos a las normas y a los hechos. Así, la *quaestio iuris* y la *quaestio factii* empezaron a hacer tradición en los antecedentes históricos de los errores judiciales que podían ser examinados por tribunales superiores, pero con una serie de diferenciaciones en el derecho romano que no podemos entrar a analizar aquí.⁴

El derecho a recurrir la sentencia tiene, entonces, vinculaciones muy diversas, pero su esencia está inapelablemente unida a la necesidad de revisar los fallos para evitar errores judiciales, con el fin de anularlos por tales errores o modificarlos.⁵

La condena en un proceso penal de cualquier naturaleza, y sobre todo en aquellos derivados del sistema de los derechos humanos, debe estar basada en una sentencia que ha respetado los principios derivados de la legalidad criminal, pero en especial los de naturaleza adjetiva, tales como los de juez natural, *non bis in idem*, imparcialidad e independencia judicial, igualdad de las partes, principios derivados de las prohibiciones probatorias, y otros que tienen que ver con la intervención del justiciable y el ejercicio efectivo de su defensa material y técnica. Todos estos principios conectan, naturalmente,

¹ Así lo hace en nuestro medio Llobet, quien sostiene que la preocupación de Beccaria es justamente política, tesis que aceptamos. Cf. Javier Llobet Rodríguez: *Derecho procesal penal*, III: "Garantías procesales (segunda parte)", San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2007, p. 227.

² Cesare Beccaria: *De los delitos y de las penas* (traducción de J. A. de las Casas), Madrid: Alianza, 1988, p. 30.

³ José Joaquín Ureña Salazar: *Casación penal y derechos humanos*, San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2006, pp. 24-26.

⁴ Con más referencias, Ureña: o. cit., pp. 26 ss.

⁵ Llobet: o. cit., p. 227.

con el respeto a la dignidad de la persona humana y justifican que la fase impugnativa tenga un carácter de enorme importancia en la realización del debido proceso.⁶

El derecho a recurrir la sentencia es, entonces, no solo un medio de alcanzar una sentencia justa y legal,⁷ sino también un medio de realizar principios valiosos derivados de la legalidad criminal, que conectan directamente con el respeto a la dignidad humana. Debe haber un medio efectivo, por lo tanto, que repare las sentencias que se aparten del derecho y creen condiciones de injusticia para el caso concreto.

Fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que permitió el desarrollo de un derecho del imputado a impugnar la sentencia condenatoria. El artículo 14, inciso 5, expresamente estableció:

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2.b, previó el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

⁶ Con este criterio, en especial, Carlos Alberto Chiara Díaz y Daniel Obligado: *la nueva casación penal: consecuencias del fallo Casal*, Rosario (Argentina): Nova Tesis, 2005, p. 12.

⁷ El mismo Tribunal Constitucional español ha entendido que el derecho a la impugnación de las sentencias es un derivado de la tutela judicial efectiva; en ese sentido se pronunció ya desde la STC de 2 de julio de 1987. En este fallo se sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva “[...] se extiende al derecho al recurso o recursos que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales, a favor de la parte o partes que, con interés legítimo y entendiendo que su derecho ha sido desconocido o limitado, las impugnen en forma, constituyendo así el recurso una prosecución del proceso y, al tiempo, una revisión del mismo por un órgano superior, que ha de decidir conforme a lo alegado críticamente por las partes, oídas contradictoriamente, permaneciendo, pues vivos los principios de contradicción y de audiencia bilateral que integran la tutela judicial efectiva”. Otros fallos de finales de la década de los ochenta del siglo XX se orientaron en este sentido, como la sentencia del 17 de diciembre de 1986, 29 de enero, 12 de febrero, 23 de abril, 29 de junio y 17 de julio de 1987. Con más referencias, cf. José Garberí Llobregat: “Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recurso de anulación penal”, en Edmundo Vásquez Martínez (ed.): *Derechos fundamentales y justicia penal*. Edmundo Vásquez Martínez. Liber Amicorum, San José (Costa Rica): Juricentro, 1992, p. 152. Hay que recordar que España fue condenada por violar el artículo 14 del PIDCP, en virtud de considerarse que el recurso de casación que tenía era excesivamente formalista. En el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU estableció: “[...] No obstante, el comité pone de manifiesto, que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la Información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fuera impuesta no fueran revisados íntegramente. El comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2 limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”. Dictamen en el caso n.º 701-96, *Cesario Gómez contra España*, citado por Ureña: o. cit., pp. 69-70.

El reconocimiento de estos dos importantes instrumentos de derechos humanos trajo consigo la regla del *doble conforme*, con razón denominada también *del juicio sobre el juicio*. Es el derecho del condenado a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisados por un tribunal superior conforme a las prescripciones legales.

Esta condición, que será analizada más adelante, con razón ha sido criticada como un efecto colateral del derecho del ministerio fiscal o del querellante de recurrir la sentencia absolutoria del justiciable. Pero, en esencia, se trata de una fórmula que intenta marcar una regla que no lleve a una sucesión interminable de juicios en contra del justiciable, en los a veces se lo absuelva y a veces se lo condene, según la integración del tribunal y según las razones por las cuales se ha provocado un juicio de reenvío.

En el famoso caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica*,⁸ del 2 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue muy clara al establecer que, conforme al artículo 8.2.h de la Convención, el recurso disponible, sea cual fuere su denominación, debía garantizar un examen integral de la decisión recurrida, de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior y, en especial, de la pena impuesta.

Así las cosas, resulta evidente el énfasis de la Corte IDH en una amplia revisión de la sentencia; es decir, en el examen integral de la decisión no se estaba concretando únicamente a los problemas derivados de los errores en cuanto a los hechos y el derecho, sino que requería un análisis más amplio del fallo que garantizara que hasta los elementos que repercutían en la medición y determinación de la pena pudieran ser sopesados por un tribunal superior.

No pensamos que este énfasis tenga que ver con la nomofilaquia,⁹ o el anquilosamiento de la jurisprudencia de casación, sino con la garantía de una amplia revisión del fallo de instancia, incluso de los temas relacionados con la prueba y su valoración, así como de la fijación de los hechos sobre los cuales se realizará el juicio de tipicidad.

La razón del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica* tiene su base, entonces, en la idea de que el recurso de casación en Costa Rica no proveía garantía suficiente de una revisión integral del fallo, y que las partes sentían cerrado el acceso a un análisis comprensivo de los asuntos que interesan a esa fase impugnativa del fallo.¹⁰

⁸ Citado a continuación según la transcripción que aparece en la página web de la Corte IDH, disponible en http://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

⁹ Crítico sobre ella Ureña: o. cit., p. 157.

¹⁰ Habría que aceptar que en buena parte de la historia de la casación costarricense imperó un criterio formalista, cerrado, que dejaba a las partes sin acceso a una revisión del fallo, precisamente por no cumplir meros requisitos formales, que la Sala de Casación consideraba *ab initio* como fundamentales para proceder a un estudio de la causa. Solían analizarse el recurso de casación propuesta a la búsqueda de defectos tales como falta

Lo cierto es que antes del fallo de la Corte IDH ya había habido interpretaciones favorables a una casación más abierta y menos formalista. La Sala Constitucional costarricense, en su voto 719-90, ya había interpretado, por ejemplo, que la CADH era de aplicación inmediata en el sistema jurídico, y que las limitaciones a recurrir en casación derivadas únicamente del monto de la pena impuesta debían tenerse por no puestas. Esta interpretación se oponía directamente a la tendencia sostenida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia de los años ochenta del siglo XX.¹¹

De hecho, la misma Corte IDH, en su resolución n.º 26-86 (caso 9328, Costa Rica) ya se había pronunciado en el sentido de que a un justiciable se le había negado el derecho que reconoce el artículo 8.2 de la CADH y le recomendó al Gobierno de Costa Rica que procurara enmendar esa circunstancia, concediéndole un plazo de seis meses para que adoptara las medidas legales correspondientes. Ese plazo fue prorrogado varias veces, hasta que llegaron los fallos de la Sala Constitucional 282-90 y 719-90 y se decidió archivar los casos abiertos hasta esas fechas.¹²

Los accionantes ante la Corte IDH en el caso *Mauricio Herrera contra Costa Rica* indicaron que el recurso de casación disponible en la legislación patria en contra de la sentencia penal no es un recurso pleno y con capacidad para revisar de manera completa el caso en los hechos y en el derecho, y que se resuelve con diversos y complicados formalismos. Agregaron que el recurso de casación no permitía la reapertura del caso a pruebas y tampoco a una nueva valoración de las ya producidas. Los demandantes consideraron, asimismo, que es correspondiente a “una amplia y plena apelación” una revisión completa de la sentencia de primera instancia. Subrayaron que la sentencia de casación se suscribió al denominado *principio de la intangibilidad de los hechos probados* y

de citación de normas de rito o sustantivas lesionadas, adecuada separación de los motivos de forma y fondo y una adecuada fundamentación con una propuesta correcta de la propuesta de enmienda del yerro planteado. Además existía una limitación legal para el recurso de casación en virtud de la pena impuesta, lo que llevaba a los tribunales inferiores a intentar fallar los casos con este tipo de penas para no pasar por el tamiz de la casación penal, y de esa manera evitar una sobreexposición de cara a eventuales objetivos de crecimiento en la carrera judicial. Lo cierto es que hacia finales de esa década de los años ochenta y bien entrada la década de los noventa del siglo XX ya esos requisitos formales habían ido abandonándose y existía una generosa apertura de la sede de casación, facilitada también por el examen del tema desde la perspectiva constitucional. La tendencia se fortaleció con la puesta en funcionamiento del Tribunal Superior de Casación hacia mediados de la década de los noventa, que permitió una ampliación de los efectos benéficos de una casación menos formalista y más comprometida con una revisión detallada de las lesiones a derechos fundamentales del imputado.

¹¹ Cf. votos n.ºs 366-83; 258-A-85; 135-A-88; 188-A-88 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

¹² Cf. Llobet: o. cit., pp. 232-233 (nota 11). Con más referencias a los pronunciamientos previos también Ureña: o. cit., pp. 76-83.

que resolver un cuestionamiento como el que pretendían los recurrentes habría sido dar cabida a un recurso de casación por violación indirecta a la ley sustantiva.¹³

La Corte IDH hizo un amplio análisis de la regulación legal de la casación costarricense (artículos 443 a 451)¹⁴ y concluyó que el derecho a recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal,

[...] en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.¹⁵

Es evidente que la Corte IDH refuerza la idea de que el derecho a recurrir el fallo es en sí mismo una garantía derivada del debido proceso y que debe regir antes de que la sentencia adquiera valor de cosa juzgada. Así entendido el fallo, se decanta por seguir comprendiendo la acción de análisis del fallo que se realiza en casación, la cual deja firme el fallo una vez se ha emitido la sentencia estimativa o que rechaza los motivos planteados por el impugnante.¹⁶

2. La sentencia *Mauricio Herrera contra Costa Rica* y la apertura del recurso a favor del imputado

Como se ha sostenido en el apartado precedente, la sentencia *Mauricio Herrera contra Costa Rica* llegó en el año 2004, cuando muchas de las aparentes incompatibilidades del sistema legal de impugnación de Costa Rica habían venido siendo superadas

¹³ Demanda presentada ante la Corte IDH por las víctimas el 31 de marzo de 2003, en especial numerales 159-181.

¹⁴ Sentencia *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, numerales 149-154.

¹⁵ Ibídem, numeral 158.

¹⁶ Lo expuesto es interesante, toda vez que la casación no fue concebida originalmente, en sus fuentes del derecho francés, como una defensa de intereses de partes sino como una defensa del *ius constitutionis*; esto es, se pretendía proteger al Poder Legislativo del Judicial, impidiendo que las sentencias derogaran el texto expreso de la ley. Así, Fernando De la Rúa: *La casación penal*, Buenos Aires: Depalma, 1994, pp. 13 ss. Así las cosas, la casación que proviene del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica* tiene que ver más con las pretensiones de la parte acusada, con el objetivo de buscar reparación a las afrentas sufridas en sus derechos fundamentales con la sentencia condenatoria de instancia. Se trata de una justicia para el caso concreto que provee el Tribunal de Casación.

tanto por la jurisprudencia judicial como también por la constitucional. Incluso los aires del movimiento de “apertura” ya soplaban fuertes entonces, aun cuando podría coincidir en que la Ley de Apertura de la Casación¹⁷ requería todavía más tiempo y el propio impulso del fallo de la Corte IDH para que tuviera existencia.

Aun cuando el fallo citado de la Corte IDH se refería a un supuesto de hecho diverso al tema del recurso de casación, pues tenía que ver con una posible afrenta al derecho de libertad de expresión y la condenatoria en contra de un periodista que había proveído información sobre un caso de relevancia pública, su repercusión más importante lo fue en la temática del derecho a la impugnación del fallo condenatorio.

Esta sentencia de la Corte IDH ha tenido repercusión importante en la doctrina nacional y extranjera,¹⁸ sobre todo en los países que siguieron el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica de 1988, que preveía únicamente el recurso de casación contra la sentencia y no el de apelación.¹⁹ Esta repercusión no es casual, ya que casi a modo de un efecto dominó, el fallo de la Corte IDH debería preocupar a todos los países que aún tienen una casación formalista cerrada, y son los que eventualmente tendrían que revisar sus legislaciones con el fin de compatibilizarlas con la interpretación de la Corte IDH.

La Corte habla, asimismo, de que la garantía de recurrir el fallo condenatorio no se satisface únicamente previendo la existencia de un órgano superior en grado para conocer de la impugnación, sino que este debe tener previsiones jurisdiccionales que lo legitimen a conocer el caso concreto.²⁰

Más adelante fortalece la idea de que el recurso del que se habla en la sentencia de la Corte IDH es más bien un recurso ordinario que controle eventuales decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho mediante un examen integral de la decisión recurrida.²¹

En el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez dentro de la sentencia *Herrera contra Costa Rica*, se lanzan algunas interrogantes adicionales que provienen de la tesis central sostenida por la Corte IDH.

El juez García Ramírez explora con detalle el derecho a la doble instancia, y en primer término distingue el papel del recurso extraordinario de revisión, que por su naturaleza es especial, frente al de casación y apelación.

¹⁷ Ley de Apertura de la Casación Penal, ley n.º 8503, del 18 de abril de 2006.

¹⁸ Con detalle sobre dicha influencia, Llobet: o. cit., pp. 230-231.

¹⁹ Ibídem, p. 231.

²⁰ Mauricio Herrera contra Costa Rica, numeral 159.

²¹ Ibídem, numerales 161 y 164.

La perspectiva del voto razonado parte de la idea de que el recurso ordinario previsto para el análisis de la sentencia condenatoria debe estar preordenado a proteger los derechos humanos del individuo. Por ello, el tribunal superior debería poder entrar al fondo de la controversia, examinar los hechos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas y la valoración de estas, el derecho invocado y su aplicación, las reglas de determinación y fijación de las penas, el bien jurídico penalmente tutelado, la culpabilidad del agente y el concurso de atenuantes y agravantes. Tantos temas, según lo propuesto por el juez García Ramírez, solo pueden ser atendidos mediante un recurso de amplio espectro, que permita un “sistema de suplencia” de los agravios a cargo del tribunal de alzada, el cual pueda, en tal situación, sortear las insuficiencias y los errores de una defensa deficiente.²²

Desde nuestro punto de vista, el juez García Ramírez no estaba proponiendo convertir la casación en una *apelación sui generis*. Al respecto comenta:

35. Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente solo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocromático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia.

Con Llobet²³ podemos concordar en que la Corte IDH realmente no está obligando a Costa Rica a que introduzca el recurso de apelación, o a que transforme el recurso de casación en una apelación. La temática tiene interés pues, como lo explica nuestro tratadista, si en el caso de Mauricio Herrera se entiende que su gestión ante la Corte IDH fue declarada con lugar por no haber contado con un recurso de apelación, podría entenderse que todo ciudadano que no haya contado con un recurso de apelación también podría haber sido afrentado, y en tal caso podría plantear un procedimiento

²² Cf. voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, numerales 28-32.

²³ Llobet: o. cit., pp. 261 ss.

de revisión de la sentencia.²⁴ Y esto con efectos retroactivos a la puesta en vigencia de la CADH.²⁵

El pronóstico de una interpretación tan ominosa sería que el sistema penal tendría que considerar que todas las personas condenadas adquirirían el estatus de presos preventivos, que tendrían derecho a una apelación de su sentencia y a la renovación de su juicio, con todas las desventajas de reabrir un procedimiento cerrado ya hace largo tiempo, en términos de la prueba testimonial, principalmente, que podría ya no estar disponible en la forma que lo estuvo al momento del juicio.

3. El papel de los medios de impugnación en el proceso penal acusatorio

El proceso penal acusatorio es una respuesta a los indudables excesos y limitaciones del inquisitivo, que regentó las formas procesales por muchos años. Esa época estuvo marcada por un quehacer judicial más cercano a la expiación de los pecados que a una forma de juzgamiento conforme al respeto de la dignidad humana.

El repotenciamiento de los derechos humanos en la justicia penal, y la búsqueda de un proceso penal que los realizara en todas y cada una de las etapas del proceso penal fue la condición necesaria para que se produjera el cambio esperado.

Hubo necesidad de cambiar las viejas tradiciones y las instituciones procesales que realizaban el inquisitivo, entre ellas el sitial incombustible del juez omnímodo que podía decidir el destino de una investigación y la condena de una persona según su particular percepción de la justicia. Esto se provocó, especialmente, con la separación de las actividades de investigar y juzgar, y concediendo un papel relevante al Ministerio Público. Este asumiría el monopolio de la acción penal pública, pero esta última orientada a la oportunidad reglada.

El énfasis en la oportunidad reglada y el pertrechamiento procesal del Ministerio Público fueron dos bastiones que permitieron hacer la cirugía mayor que requirió el proceso penal. Pero aún era necesario lograr un cambio importante en los roles de los

²⁴ Ibídem.

²⁵ Con más referencias a los criterios de la doctrina costarricense, cf. Llobet: o. cit., pp. 261-263.

intervinientes, aumentar, mejorar y profundizar el papel de la víctima en el proceso penal y aumentar el papel del derecho de defensa del justiciable.

Aun cuando se alzan voces críticas sobre la dificultad de entender este derecho de defensa y su verdadero alcance en el proceso acusatorio, resulta indudable que este resulta mejorado y ampliado en muchos aspectos, sobre todo desde el punto de vista de los medios de impugnación, como se analizará más adelante.

El proceso predominantemente adversarial que asumió Costa Rica, con un énfasis en la oralidad, ratificó que la tendencia era imparable: un proceso de partes, con un juez limitado en sus funciones de intervención y con un desplazamiento y eliminación de sus funciones investigativas, fueron los grandes bastiones de esa reforma procesal de 1996.

Cierto es que la reforma de 1996 solo debía continuar los avances vistos en 1975 con la reforma procesal vivida, que siguiendo las enseñanzas del Maestro Vélez Mariconde y el Código de Córdoba sentaba las bases para un procedimiento mixto moderno que regiría el quehacer procesal de Costa Rica por más de treinta años.

La reforma de 1996, orientada principalmente en los trabajos del Código Procesal Penal Modelo para América Latina, daría un golpe de timón a los muchos desaciertos que se mantenían con una legislación que requería una profunda modernización, sobre todo de cara a la materia de atención a los derechos de la víctima y a un uso más intensivo de la oralidad.

El juez de la oralidad, muy diferente al de la inquisición, abierto y disponible a la publicidad, comunicativo y atento a las necesidades del proceso, era un reto para los roles judiciales vigentes hasta la década de los noventa en Costa Rica. De hecho podemos decir que es este uno de los grandes temas que han acompañado la reforma judicial costarricense, y en el que todavía trabajamos con ahínco.

Sin embargo, es la falibilidad del juez, el error humano en la valoración de la prueba, en la decisión de los asuntos y en el análisis de consecuencias de los actos procesales, lo que ratifica la necesidad de un adecuado modelo de impugnaciones, con el fin de controlar el error judicial, corregir las decisiones incorrectas y proveer a una justicia consecuente con las formas y los contenidos del respeto a los derechos fundamentales.²⁶

²⁶ Un problema presente en todos los modelos procesales. Cf. Víctor Fairén Guillén: *Teoría general del derecho procesal*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 481-484. Esta es también la naturaleza de la *Berufung* en el sistema procesal penal alemán; al respecto cf. Diethelm Klesczewski: *Strafprozessrecht*, Colonia, Berlín y Múnich: Carl Heymanns, 2007, en especial en la nm. 571. La aceptación de la *Berufung* no estuvo, sin embargo, libre de controversia. Los representantes gubernamentales durante las discusiones legislativas en 1877 no dejaron de apuntar que la cuestión sobre los hechos no permite ser reabierta, así como que un nuevo procedimiento de la causa estaría afectado por el tiempo y la eventual influencia de los testigos por lo ocurrido durante el primer debate de la causa, lo que podría provocar una situación de deterioro del acervo probatorio. Esta última circunstancia es a la que se dirige con gran probabilidad el nuevo sistema de apelación que ha sido

Siempre es posible que un juez valore mal el testimonio de un testigo, no analice prueba ofrecida por la defensa o el Ministerio Fiscal o desarrolle una hipótesis de solución del caso basado en premisas lógicamente insostenibles. También es posible que el juez aplique mal el derecho sustantivo, niegue la aplicación de alguna figura de la Parte general que podría eliminar la tipicidad o la antijuridicidad de un hecho, o bien imponga una pena más gravosa que la que exige el legislador a través del programa de criminalización primaria contenido en la ley represiva.

Es por ello que la posibilidad de revisar estas decisiones, de cuestionarlas y de exigir un nuevo análisis sobre los temas procesales y de fondo es una garantía más del justiciable y del resto de los intervenientes en el proceso penal. Para ello se ha previsto un conjunto de reglas que abren la apelación; por ejemplo, para aquellos casos en que puede haber gravamen irreparable si no se resuelve la afectación de derechos humanos de una decisión judicial, o la casación para una revisión integral de la causa a fin de examinar eventuales lesiones al derecho de defensa y al debido proceso.²⁷

En la importancia de los medios de impugnación reside, casualmente, la gravedad del problema que quiero tratar en este trabajo, porque esta etapa es la que permite un amplio y eficiente control de las formas del proceso y de los principios que lo inspiran, pero también puede residir en ella una de las más graves carencias del proceso acusatorio moderno: cuando los medios de impugnación pierden su sentido de control y garantía para convertirse en una mera etapa sin sentido a la espera una justicia de casación tardía e innecesaria.

4. Apelación y casación como recursos del justiciable

La usual distinción entre apelación y casación suele hacerse radicar en la amplitud de la impugnación misma y en las facultades del tribunal superior sobre la sentencia emanada del tribunal de primera instancia. La apelación es así un *juicio sobre el hecho*,

asumido por Costa Rica y que entrará en vigencia en diciembre de 2011. Sobre la naturaleza de la *Berufung*, también Bernd Weiland: *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens*, Múnich: Beck, 1996, 2.^a edición, p. 203; Friedrich-Christian Schroeder: *Strafprozessrecht*, Múnich: Beck, 1993, nm. 293-295.

²⁷ “Artículo 452. Resoluciones apelables. Además de lo dispuesto en el procedimiento contravencional y en la ejecución penal, el recurso de apelación procederá solamente contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que sean declaradas apelables, causen gravamen irreparable, pongan fin a la acción o imposibiliten que esta continúe.”

que permite nueva valoración de la prueba, mientras que la casación es un *juicio sobre el juicio*, que viene a ser un examen argumentativo del fallo, es decir, un examen de los razonamientos.²⁸

Así las cosas, la apelación implica ubicar al tribunal que revisa en la misma condición del tribunal de instancia, pero limitado, eso sí, a los puntos de la impugnación.²⁹

En el caso de los sistemas escritos, el tribunal de apelación no tendría mayor problema al conocer los agravios, ya que las actas de las deliberaciones serían el objeto principal de su análisis. En cambio, en un sistema de oralidad, como el que ahora impera en Costa Rica, implicaría retornar a valorar las actuaciones conservadas en audio y video, y reproducir en dicha instancia el juicio que se dio ante el *a quo*. Las reservas planteadas por los accionantes en el caso *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, al indicar que solo en materia penal no hay una apelación prevista legalmente, no pueden ser asumidas como un elemento para declarar con lugar sus razones, pues los ejemplos que reproducen en materia civil y contencioso-administrativa (para la fecha de la sentencia) procedían de sistemas procesales eminentemente escritos. La materia penal ya para el año 2006 era predominantemente acusatoria y con muchas audiencias orales. Desde ahí reservar únicamente el recurso de casación para el juicio penal tenía una lógica procesal ineludible, derivada de la preservación de la inmediación generada en el juicio y porque es la obligación de los jueces de casación volver a las actuaciones orales que se produjeron en la especie para estimar y valorar los agravios deducidos por las partes.

Como bien lo explica Llobet, existiría también la posibilidad de pensar un recurso de apelación que es, en esencia, un nuevo juicio oral de la causa, en el que pueda recibirse de nuevo prueba, tal y como sucede en Alemania.³⁰ Orientar la propuesta en este sentido podría permitir recibir en la sede de apelación toda la prueba que había sido

²⁸ Una cuestión que no está libre de controversias. Al respecto del modelo de la *Berufung* alemana se pronuncia por ejemplo Kramer, quien indica que una nueva revisión de la cuestión decidida en primera instancia no significa una mejor decisión sobre los hechos, en especial por los ya apuntados problemas de replantear la cuestión a partir de cierto transcurso del tiempo y la afectación de la situación probatoria por lo vivido a través de la discusión en la primera instancia. Mantenerla como instituto procesal es, sin embargo, una cuestión esencial por las eventuales afectaciones a la forma de trabajo de los *Amtsgerichte* (tribunales locales) y porque eventualmente podría conducir a más retrasos procesales. Bernhard Kramer: *Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht. Ermittlung und Verfahren*, Stuttgart: Kohlhammer, 2009, 7.^a edición, nm. 336. Esta cuestión, habría que analizarla de manera diferente en el modelo asumido para la revisión costarricense, en virtud de que los "retrasos procesales" podrían provenir precisamente de la estructuración de una segunda instancia que es, perfectamente, un nuevo juicio de la causa, con todos los efectos procesales agregados como lo serían retrasos por agendas llenas de los tribunales, prolongación de los plazos de prisión preventiva y dificultades para lograr la participación de testigos y víctimas en una nueva audiencia del juicio de apelación.

²⁹ Llobet: o. cit., p. 265.

³⁰ Ibídem, p. 267.

evacuada en el juicio oral y público previo, es decir, una *segunda primera instancia*, como la calificó en su momento la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988.

Una tercera opción podría ser un recurso que permita recibir prueba sobre el hecho, sobre todo cuando se aleguen nuevos hechos o elementos de prueba que puedan controvertir los hechos discutidos en el juicio de instancia. Según Llobet, se trataría aquí de un recurso de apelación limitado o de una *casación ampliada*, ya que:

[...] a pesar de que se introducen aspectos de la apelación, la función fiscalizadora sigue teniendo un carácter esencial y la renovadora uno excepcional.³¹

Una cuarta posibilidad, también descrita por Llobet, consiste en derivar el análisis a las constancias audiovisuales del primer juicio, donde el tribunal de apelación fiscalice lo sucedido, pero que también puede renovar lo discutido mediante una nueva valoración de la prueba. Con ello hay ahorros procesales innegables: no hay que realizar otro juicio de la causa.³²

Esta *sentencia integradora compleja*, como la llama Daniel Pastor, pretende una renovación parcial de la discusión limitada a los puntos impugnados por el justiciable. No obstante, es posible que este último pretenda una revisión integral de toda la sentencia de primera instancia, con lo que podría tornarse en una nueva “primera instancia”, pero ahora en apelación.³³ En cierta forma, como afirma Ureña, esta “nueva imagen de la casación propuesta por Pastor ya ha sido alcanzada en Costa Rica con la Ley de Apertura de la Casación”, en la potestad de los jueces de casación de decidir qué elementos del primer juicio pueden repetirse y cuáles no, lo que evita la crítica de Binding.³⁴

La casación, por su parte, ya no puede caracterizarse de la manera limitada como se hacía en sus antecedentes históricos franceses. La doctrina ha insistido en que para que pueda entenderse abierta y amplificada en su análisis, e implicar un ejercicio realista de garantía, debe preverse que no esté constreñida al análisis de ciertos errores o a buscar que se cumplan ciertos requisitos formales.³⁵ Como lo sostiene Maier, no se trata

³¹ Ibídem, p. 268.

³² Ibídem, p. 269.

³³ Cf. Daniel Pastor: *La nueva imagen de la casación penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, pp. 146 ss.

³⁴ Ureña: o. cit., p. 135.

³⁵ Este es quizás uno de los grandes errores de la conversión de la casación costarricense en apelación, tal y como se ha alcanzado recientemente mediante una reforma legal. Se ha pretendido ampliar la apelación pero restringir la casación, haciéndola incluso servidora de la nomofilaquia al introducir un motivo de casación por jurisprudencia contradictoria entre los tribunales de apelación. La justicia penal habría estado mejor servida si

de derogar el recurso de casación e instaurar una apelación incompatible con el sistema oral, sino de rediseñarlo para que pueda cumplir con la misión que le ha encomendado el sistema interamericano de derechos humanos.³⁶

La doctrina ha empezado a observarlo como un remedio ordinario y como un recurso extraordinario, como solía entendérselo.³⁷ Es de esta forma que se lo compatibiliza con la expresión de motivos del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, que buscaba un recurso ordinario, amplio, que garantizara una revisión integral de la sentencia condenatoria.

Quizá el problema más importante que debe discutirse es si la *nueva imagen de la casación* ha sucumbido a su heredada naturaleza de *fiscalizadora* o adquiere ahora una tarea de renovación. Esto último es importante, ya que si se observa el trabajo de los tribunales de casación que operan en países cuya regulación permite trabajar de manera no formalista, puede hacer un control de las cuestiones sobre los hechos y sobre la prueba desde la óptica de la argumentación del fallo de instancia. De tal manera que una ampliación o *apertura* debería recaer principalmente en un análisis amplio de las cuestiones de hecho y de la prueba.

Como la Corte IDH no aclaró de cuál recurso hablaba, ya que dejó un *margen de apreciación* a cada Estado,³⁸ existe la posibilidad de construir un modelo posible de recurso que llene las expectativas de la Corte IDH. Sin olvidar que el juez García Ramírez, en su voto razonado, hizo alusión varias veces al recurso de apelación como aquel que había sido preferido por él. Lo menciona Llobet al acudir al caso *Castillo Petruzzi y otros*,³⁹ donde el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, a su vez en un voto razonado, indicó que no son solo las razones expuestas por la Corte IDH las que llevan a considerar lesiva la situación planteada (con relación a un tribunal militar), sino también el hecho de que el recurso no preveía suficiente extensión:

se hubiera mantenido el recurso de casación en manos de los tribunales de casación regionales en todas las materias penales sujetas a este recurso, dejando la última palabra, con un recurso de revisión limitado y con un análisis de admisibilidad estricto, en manos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Podría haberse pensado, si se deseaba establecer algún estándar de análisis de jurisprudencia contradictoria, dejar un motivo de revisión por esta razón, y de esa manera habría conservado la Sala un papel de orientación y análisis dogmático de la interpretación de la ley penal. Con el sistema ahora previsto en la ley, que entrará en vigencia en diciembre, tarde o temprano la Sala tendrá que enfrentar cuestionamientos sobre la rigidez o el formalismo del recurso de casación, lo que la obligará a abrir su admisibilidad y con ello a caer nuevamente en la situación de mora judicial que ahora enfrenta.

³⁶ Julio Maier: *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2.ª edición, 1999, p. 721.

³⁷ Cf. Chiara Díaz y Obligado: o. cit., p. 27.

³⁸ *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, numeral 161.

³⁹ Número 33 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

En el presente caso están reunidos diversos elementos que le permiten a la Corte concluir que no se respetó el derecho de las víctimas a una segunda instancia, pero no porque los organismos encargados de actuar en tal instancia pertenecieran a la justicia militar, sino porque no se desempeñaron como tribunales que reexaminaran la totalidad de los hechos de la causa, ponderaran el valor del acervo probatorio, recaudaran las pruebas adicionales que fueran menester, produjeran, de nuevo, una calificación jurídica de los hechos en cuestión a la luz de las normas penales internas y fundamentaran argumentativamente esa calificación. Solo por este último orden de razones y aunque no comparta las consideraciones que la condujeron al correspondiente resultado me uno a la conclusión adoptada por la Corte al declarar que el Estado violó el artículo 8.2 h) de la Convención Americana.⁴⁰

Lo cierto es que la Corte IDH no califica, en ningún momento de su fallo, que el recurso que llena las expectativas de la CADH sea el recurso de apelación y que abarque una renovación del juicio. Hay un margen de apreciación que, conforme a las reglas establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en opinión de Rainer Grote⁴¹ implica un margen dentro del cual los Estados pueden adoptar las medidas más adecuadas para cumplir con sus obligaciones. Dicho margen tiene como adresantes el legislador, los órganos ejecutivos y judiciales. Debe tenerse especial cuidado en atender a los fines, y a la comprensión de las fuerzas vivas del país que debe decidir, ámbito en el cual el juez internacional tiene poca información como para proveer desde su fallo a lo que mejor se acomoda a dicha condición y al contenido preciso de sus exigencias. El otro aspecto que debe tenerse en cuenta es el de la intensidad de la injerencia estatal en el derecho fundamental, ya que a mayor intensidad de injerencia deben esgrimirse mejores razones y análisis para legitimar la intervención estatal en dicho derecho fundamental.

Así las cosas, no podemos desprender del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica* que la Corte IDH haya buscado garantizar un recurso de apelación para el justiciable, con función renovadora, y es plenamente compatible con dicho fallo una casación ampliada que, además de fiscalizadora, pueda renovar allí donde sea posible conforme al principio de inmediación y conforme a los agravios planteados por las partes.

Como lo expone con razón Llobet, la Corte IDH no analiza por qué no es suficiente el control del cuadro fáctico que se hace en casación o la discusión que sobre la prueba se ha venido haciendo en esta sede, a partir de los agravios por falta de

⁴⁰ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros*, voto razonado del juez Carlo Vicente Roux Rengifo, número 33.

⁴¹ Rainer Grote: "Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el derecho europeo, con especial referencia al derecho alemán", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003*, pp. 106-107, citado por Llobet: o. cit., pp. 276-277.

fundamentación, violación a las reglas de la sana crítica o por inaplicación del principio de *in dubio pro reo*.⁴²

En realidad, la jurisprudencia de Costa Rica es mucho más avanzada que la que pudo analizar la Corte IDH y la que proveyeron los peritajes que fueron introducidos en el fallo, y es muy probable que de haber sido aquilatados los avances realizados en materia de discusión de la prueba y de los hechos en casación se hubiera concluido que es esta figura la que mejor contempla los derechos del justiciable a la revisión del fallo, sin obligar a repeticiones innecesarias del juicio, a la prolongación de una incertezas de su situación jurídica y, en algún caso, a una prolongación de su privación de libertad preventiva.⁴³

Quizá lo más importante es la forma en que se procede al examen de las cuestiones debatidas en casación por el quejoso; es decir, es más trascendente la forma en que se realiza el estudio de los agravios sin necesidad de reproducir de nuevo el juicio oral, y con ello los costes enormes en términos de gastos y de justicia material en el caso concreto. Una buena actitud del juez de casación puede ser más garantizadora de los derechos fundamentales del justiciable que introducir una instancia más en el proceso, cuyo fin y objetivos son meramente formales, ya que, al final, en todos los casos se buscará que lleguen hasta casación, no solo por razones lógicas y de costos profesionales de los litigantes, sino porque los afectados querrán agotar todas las etapas previstas en la legislación a su favor.⁴⁴

⁴² Llobet: o. cit., p. 280.

⁴³ Como será dable esperar con la actual regulación de la “apelación” introducida con la reforma de la impugnación penal en Costa Rica de 2010, la que, además de estos riesgos, acarrea una prolongación insoportable del proceso penal que podría afrentar el principio de justicia pronta y cumplida y un proceso penal sin dilaciones indebidas, caros principios constitucionales que debieron anteponerse a la decisión apresurada de este cambio legislativo.

⁴⁴ Cf. Llobet: o. cit., pp. 293-294. También debe recordarse que no se ha explicado suficientemente por qué debe haber un nuevo juicio de la causa cuando ya un tribunal de primera instancia ha emitido su criterio. O se considera que el juez de la primera instancia es poco confiable o se cree que un tribunal de rango superior tendrá mejor criterio y solidez para llegar a una decisión de justicia en el caso concreto. Si esta última fuera la razón para justificar el modelo de doble instancia, bastaría con aumentar el número de jueces de la primera instancia o encargarle esa materia a jueces de superior jerarquía en el orden del Poder Judicial, con el fin de evitar los retrasos, recargas y afectaciones a los derechos del justiciable que el sistema implica. La garantía de revisión del fallo y la realización de los derechos fundamentales no brota naturalmente de que un tribunal superior conozca la causa. A los efectos del nuevo juicio, y esto en términos del convencimiento sobre los hechos, es tan idóneo el criterio de un juez novato como el de un juez de un tribunal superior. Cf. Mercedes Pérez Manzano: “El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión su condena”, en *Derecho y justicia penal del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid: Colex, 2006, pp. 1122-1123.

5. El interés en el cambio de la apelación en el proceso penal costarricense

La sentencia de la Corte IDH denominada *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, del año 2004, señala el punto de inflexión de un proceso intenso de pensamiento sobre el papel de la casación en el proceso penal moderno.

Principalmente el tema de la revisión integral de la sentencia, pero por sobre todas las cosas la práctica de una casación cerrada y normativista, eran los fantasmas que según la Corte IDH había que exorcizar del proceso penal costarricense, precisamente cuando la casación estaba viviendo uno de sus mejores momentos y se habían dado pasos agigantados hacia una garantía de revisión integral de la causa.⁴⁵

Desde la sentencia, la posición de importantes juristas costarricenses iba en la dirección de que era necesario un cambio del sistema de casación costarricense con el fin de garantizar esa libertad de acceso a la justicia, así como para lograr una revisión amplia de la causa, tanto de la prueba como de los hechos y, por supuesto, de la aplicación del derecho sustantivo. Sin embargo, la cuestión central era cómo llegar a esto. Alcanzar lo que ya se tiene tiende a ser algo complicado.

Para el momento de la sentencia de la Corte IDH que condenó a Costa Rica, ya lo hemos afirmado, principalmente por tener una casación que en realidad cumplía con todos los elementos que esta sentencia echaba de menos, se sugirió que era necesario ampliar los alcances de esa sede y aumentar las competencias del Tribunal de Casación, que, si bien existía desde el Código de Procedimientos Penales y fue recogido en el Código Procesal Penal de 1996, vio nacer su competencia recién en la década de los años noventa.⁴⁶

⁴⁵ El fallo de la Corte IDH de 2004 realmente pretendía obligar a Costa Rica a contar con un recurso “[...] ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir [...]” (n.º 161). Para la fecha de este fallo ya Costa Rica tenía una sede de casación que garantizaba esto, tal como lo hemos analizado en las secciones anteriores.

⁴⁶ Como consecuencia de las discusiones provocadas por el fallo de la Corte IDH, Costa Rica aprobó la denominada Ley de Apertura de Casación Penal, n.º 8503 (*La Gaceta* n.º 108, 6.6.2006). Esta ley eliminó otras formalidades que aún tenía el recurso de casación en la ley procesal, se permitió la recepción de prueba en esta sede, todo con el objetivo de garantizar un examen amplio de la sentencia.

Para ese momento, el Tribunal de Casación (que luego se convirtió en varios tribunales regionales, con más de 20 jueces en todo el país) ya empezaba a desmarcarse de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación, y a producir una fértil interpretación de las instituciones procesales. Su trabajo ha sido reconocido en ámbitos profesionales y académicos, y su jurisprudencia calificada como de enorme calidad. Sin duda, el impacto de sus decisiones proporcionó confianza en que los criterios normativistas y rígidos que habían imperado en la vieja casación costarricense estaban superados, y dio la bienvenida a una época provechosa de discusión de los derechos de defensa y debido proceso.

La apelación, como tal, seguía limitada al gravamen irreparable y a unas pocas regulaciones procesales en que se permitía apelar directamente. Esto es, estaba limitada desde su concepción, pero no por lograr un proceso de doble instancia, sino para reducir su impacto en la duración del proceso. Sería entonces la casación que ya venía desarrollándose desde el Código de Procedimientos Penales de 1975, intensificada con la existencia del Tribunal de Casación, la que le daría realización al principio de doble instancia, garantizando un adecuado control de las garantías procesales y sustantivas.

Fue quizás la separación de las funciones entre el oficio del Tribunal y de la Sala de Casación lo que hizo más notoria la diferencia en el tratamiento de los problemas y el análisis jurídico de la legislación procesal. La Sala de Casación Penal perdió el sitial de honor, único y definitivo, que permitía dar criterios orientadores sobre la interpretación legal y el análisis de la interpretación de la argumentación judicial, y empezó a compartirlo con jueces que sin duda imprimieron un cambio trascendental en las formas de hacer dicha casación.

Muchos son los cambios en que se notó dicha nueva dirección. Primero vendría la interpretación del papel del derecho de defensa, y del ejercicio de las facultades probatorias en manos de la Policía Judicial y del Ministerio Público, para dar paso al desarrollo de una fértil jurisprudencia sobre el análisis lógico de la sana crítica y después proceder a hacer un cambio importante en la jurisprudencia sobre derecho sustantivo, especialmente en materia del análisis de la fijación de la pena. Junto con ello se produjeron cambios intensos en materia del análisis del concurso de delitos, y luego sobre el análisis de la tipicidad de ciertos hechos de relevancia, como los delitos sexuales y de drogas; estos últimos a raíz de los cambios legislativos de este siglo XXI que trasladaron esas competencias a los ya extendidos tribunales de casación de San José, Cartago, San Ramón y Santa Cruz en Guanacaste.

Con lo dicho es posible observar que en Costa Rica no había realmente una *crisis de la apelación* o del principio de doble instancia. Realmente había un problema de la

casación, que en una especie de monstruo de dos cabezas empezaba a decidir cambios jurisprudenciales basados en líneas ideológicas e interpretativas muy diversas.

Por un lado, el traslado de un importante porcentaje de los asuntos de casación a estos tribunales provocó una ampliación mensurable de su capacidad de decisión, ahora en materias con gran impacto social, como la criminalidad de drogas y los delitos sexuales. Por otra parte, la creación de varios tribunales y del nombramiento ya de tres secciones del Tribunal de Casación de San José aumentaba el espectro de resoluciones a todo el país. Porcentualmente y en cuanto a la calidad de las decisiones, la mesa estaba servida para una comparación de los servicios de justicia. Esto último en términos de agilidad en el trámite y en rapidez en la resolución de complejos asuntos jurídicos.

La casación originalmente atendida por el Tribunal de San José, que era el único en el país, limitada a la pequeña criminalidad y a otros asuntos poco complejos, terminó por ampliar su influencia por decisión del legislador. Sin duda, había también deseos de reducir el alto nivel de circulante de la Sala, y también trasladar competencias que generaban entrabamiento por su alta incidencia. De otra parte también había que agilizar el trámite de muchas causas. La duración de los procesos penales estaba agregando varios años al tiempo *normal*, producto de la espera en casación, y a esto había que darle una pronta respuesta.

En términos generales, el estado de la casación realmente debía ser medido no en los costos directos de la justicia para dividir e intensificar esta sede de dos cabezas, sino en los costos de justicia para los intervenientes, así como en la mejora de los plazos de duración del proceso.

No es razonable que no se pueda tomar en cuenta, por ejemplo, el tiempo de espera de un fallo definitivo cuando este plazo cobija la prisión preventiva del justiciable, o, por ejemplo, la calidad de los fallos en cuanto a su vinculación constitucional y legal. Pero tal parece que otros son los parámetros para medir la calidad de la justicia de casación.

Un proceso acusatorio basado en la oralidad como contraposición a la escritura y en el que hay un abandono de la prueba tasada o valorada a partir de la íntima convicción del juez debía tener, en contraposición, una apelación y una casación que permitan atacar actos jurisdiccionales que puedan provocar aplicaciones injustas del derecho, que coarten el derecho de defensa o que se opongan a los principios democráticos que inspiran el proceso penal. Para ello vienen en auxilio del juez las modernas tecnologías de la grabación de las audiencias, que permiten rescatar todo lo acontecido y ofrecen hoy un

mayor involucramiento del tribunal de casación en el examen de aquello que fue visto y entendido por el tribunal de mérito.

Aun con sus falencias, la tecnología disponible en el Poder Judicial de Costa Rica ha facilitado que la justicia de casación utilice este medio para imponerse de aquello que con inmediación fue analizado por el juez de juicio y contraponer los criterios del impugnante con lo que de hecho ocurrió en el debate. La sola existencia de esto ha definido la calidad de la justicia de casación, pero ha incidido también en la apelación: las audiencias se realizan con oralidad y quedan conservadas en registros audiovisuales (DVD) que abren la puerta a su crítica posterior. Esto ha provocado cambios en la casación misma, ya que se pueden discutir ampliamente no solo las razones de la sentencia y el protocolo del expediente, sino también las incidencias del juicio.⁴⁷

Independientemente de los cuestionamientos que pueden hacerse a una sentencia puramente oral en el proceso penal costarricense, debido a la carencia de un fundamento legal para ella y por la forma de su dictado, así como también por sus consecuencias para el imputado que carece de medios para estudiarla en prisión, podemos decir que el reino de la oralidad está entre nosotros y ha traído cambios impresionantes para la casación que habrá que estudiar más profundamente.

6. La sentencia Mauricio Herrera y la casación costarricense

En el debate costarricense ha ocupado un papel preponderante la opinión de que la Corte IDH había ordenado a Costa Rica modificar su legislación para introducir un *recurso de apelación*, ya que solo de esa manera podía garantizarse un amplio y profundo análisis de los hechos y de la prueba en el proceso penal.⁴⁸ Según esta opinión, que no es tampoco la de la mayoría de los jueces de casación de San José, el recurso de casación no cumpliría esta función por más que fuera amplio y se hubiera desformalizado.

⁴⁷ Aun cuando hay que reconocer que la revisión de una sentencia oral conservada en DVD ha ampliado el tiempo de estudio de esa pieza y ese tiempo también debe repartirse en el tiempo de estudio del recurrente y del fiscal, lo que puede también implicar mayor tiempo para la elaboración del recurso. Una temática que ofrece infinitud de bemoles para su debate.

⁴⁸ Crítico de esta opinión, Javier Llobet Rodríguez: "El recurso de apelación y la Corte Interamericana", en *La Nación*, 30 de marzo de 2010, disponible en <<http://www.nacion.com/2010-03-31/Opinion/PaginaQuince/Opinion2320484.aspx>>.

En el fondo de esta discusión late, por supuesto, una muy curiosa visión de los fines y funciones de la apelación. Como bien lo explica el profesor Llobet, la apelación tiene una función *renovadora*, ya que se puede volver a plantear la cuestión probatoria y el tribunal de apelación podría llegar a una decisión distinta a la del tribunal de origen.

La apelación sin duda implica sustituir al primer juez y su valoración sobre la prueba, ya que se puede recibir nueva prueba, la que a su vez será objeto de análisis del tribunal. En otras palabras, en sede de apelación se produce un nuevo juicio.⁴⁹

Desde este punto de vista es que se puede plantear un debate jurídico sobre los efectos pragmáticos de esta apelación en la forma de un nuevo juicio, no si se trata realmente de un medio de salvaguardar formas jurídicas lesionadas o el mismo derecho de defensa o el debido proceso. La cuestión más bien debería de plantearse en dos sentidos: 1) si esta apelación realmente resuelve las inconsistencias de la casación, y 2) si ella producirá la deseada discusión jurisdiccional, en segunda instancia, de los hechos y la prueba. Estos dos aspectos apuntan a la verdadera problemática que se trata aquí: si una segunda instancia, que implica en términos generales un nuevo juicio, va a optimizar la averiguación de la verdad material. No debe de olvidarse que volver a plantear el problema jurídico en un nuevo juicio de la causa podría verse afectado por la duración de las instancias, la fragilidad de la memoria humana o por la necesaria contaminación del acervo probatorio.⁵⁰

La apelación se enfrentará a un imputado en prisión, muy probablemente, y también a las dificultades propias de un proceso que ya ha sido decidido, bien o mal, en una primera instancia. El acusado espera una nueva decisión de la apelación y, eventualmente, deberá prepararse para acudir a la casación a fin de que se vuelva a decidir su punto jurídico. Las chances de un reenvío se abren de nuevo ante él y la historia podría comenzar de nuevo (como la angustiosa epopeya de Sísifo, antiguo rey de Éfira, que por negarse a volver al Hades fue condenado a subir una pesada piedra por una cuesta empinada, que cada vez que alcanzaba la cima rodaba hacia abajo para obligarlo a volver a subirla a la cima desde el principio).

⁴⁹ Como bien lo señala Walter Antillón en su artículo "La Caja de Pandora", aún inédito, esta legislación intenta trocar los nombres como si las causales y las competencias de apelación pudieran ser otorgadas a los antiguos tribunales de casación, en una especie de intercambio de etiquetas, cuando las diferencias entre la casación y la apelación subsisten en la legislación y en la misma praxis jurídica.

⁵⁰ Problemas también presentes en la discusión sobre la apelación en Alemania, cf. Klesczewski: *Strafprozessrecht*, o. cit., nm. 571.

Hay que recordar que el proceso penal está retando a un sujeto sobre el que ha recaído sentencia e intenta una revisión completa de su caso por medio de la apelación. En esta instancia se revisarán los hechos y la prueba, y se discutirá nuevamente la corrección del fallo, pero el acusado ya tiene probablemente una sentencia en contra, y no le será fácil controvertir la prueba de la acusación sometida a los privilegios de instrumentos de investigación procesal en los que ha podido intervenir muy poco, y mucho menos controvertirlos con éxito en los casos de criminalidad organizada o de flagrancia.

El acusado desafía entonces a una primera sentencia que puede tener su peso específico, que podría ser confirmada por el tribunal de apelación, lo que le deja únicamente la posibilidad de que la casación le sea favorable.

El artículo 467 reformado postula claramente que la casación penal procederá contra las sentencias de apelación. El criterio de admisibilidad de esta casación está señalado por el artículo 468, que indica que el recurrente podrá alegar la existencia de precedentes contradictorios planteados en el tema de interés por los diversos tribunales de apelación, o de los criterios de estos últimos con respecto a los precedentes de la Sala de Casación, o cuando una sentencia inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal.

Estos dos artículos dan el sentido general que la casación costarricense parece estar construyendo con la reforma: una casación que es un filtro de calidad (comparativo?) con los tribunales de apelación, y que le da la última palabra a la Sala de Casación sobre las tendencias de la jurisprudencia, lo que hace renacer, como el Ave Fénix, la nomofilaquia como sentido final y único de la casación.

El artículo 468 oculta en la última parte una última arma: para determinar si un precepto legal ha sido inobservado o erróneamente aplicado y constituye un defecto de procedimiento, el recurrente deberá enfocarse contra los actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que haya reclamado ese vicio oportunamente y pedido la subsanación del defecto o haya hecho manifestación de recurrir en casación. Quedan a salvo los defectos absolutos ya regulados en el artículo 178 del Código Procesal Penal.

Este oscuro artículo señala ya el camino de un eventual cierre de la entrada de casación vía admisibilidad, que probablemente devuelva al país a una situación donde podría ser atacado de nuevo ante la jurisdicción internacional de derechos humanos por volver a tener una casación cerrada y formalista!

Habrá que esperar cuántos asuntos realmente llegarán a contar con éxito en casación y observar si el filtro de admisibilidad tornará el arte del casacionista en una

filigrana de argumentos procesales para poder demostrar que un precepto ha sido inaplicado, inobservado o aplicado erróneamente.

Junto con ello habrá un juicio de reenvío que puede ser ordenado por la Sala de Casación al propio tribunal de apelación para que sea este el que dicte una nueva sentencia o al tribunal de juicio (primera instancia).

Se hace la salvedad en el artículo 475 de que el tribunal del reenvío estará integrado por nuevos jueces. Lo mismo se dice del recurso de casación que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío del tribunal de apelación, que deberá ser conocido por la Sala de Casación, esta vez integrada por magistrados distintos a los que se pronunciaron en la primera ocasión. Se trata de una regla difícil de cumplir. Es imaginable una sucesión de idas y venidas del asunto que originalmente fue conocido en apelación y casado, que podría encontrar que ya no hay un tribunal fresco o una sala renovada que pueda conocerlo, tal y como sucede hoy con las diligencias de revisión por violaciones al debido proceso y al derecho de defensa (artículo 498.g del Código Procesal Penal).

7 • ¿Qué nos hace esperar este cambio en la legislación procesal?

Esta reforma, aún fresca, apenas nos permite atisbar algunos de sus efectos: prolongación del proceso, extensión práctica de la prisión preventiva, aumento de los costos de la litigación en materia penal, y un enfrentamiento decisivo en los papeles asumidos tradicionalmente por la Sala de Casación y los Tribunales de Casación, con la ventaja estratégica y legal que esta legislación concede a la Sala de la Corte Suprema de Justicia.

La reforma es, en sí misma, variopinta; comienza con una regulación de la oralidad, indicando que toda persona tendrá derecho a una decisión judicial definitiva en un plazo razonable, y agrega: “Para el logro de este objetivo, se preferirá la tramitación oral mediante audiencias en el proceso”.

La anterior regulación de la reforma del artículo 4 del CPP está prevista para entronizar el proceso oral por audiencias, y quizás es una tímida forma de darle el contexto legal que aún no tiene la emisión de sentencias orales en el proceso penal. Este último será uno de los aspectos que más retrasarán no solo la fase recursiva ante la sentencia

de primera instancia, sino también en sede de apelación, cuando algún Tribunal de Casación asuma tal tipo de sentencia para dar por cerrada la fase de apelación y corresponda conocer del asunto en casación. Hay en la actualidad un pesado fardo de análisis y discusión de la sentencia oral que ha entrabado de manera innecesaria la fase de casación y es probable esperar que esto aumentará de manera exponencial conforme todas las audiencias y actos del proceso queden consignados en DVD. Puede ser posible imaginar la gran cantidad de tiempo y dinero que tendrán que costear los recurrentes para hacer una revisión integral de la causa en orden a plantear la apelación y luego la casación. Iguales efectos de tiempo y dinero tendrán que preverse para la revisión y casación de la sentencia.

El artículo 33, de la interrupción de la prescripción, fue igualmente reformado para hacer que el dictado de la sentencia de apelación interrumpa el plazo de la prescripción. Es esperable que el prolongado trámite de apelación y luego de casación produzca que muchas causas prescriban en estas sedes; de ahí que la previsión del 33 no sea del todo acorde con las circunstancias.

El problema de prolongación de la prisión preventiva se avizora con el artículo 258, ya que se prevé que el tribunal de apelación podrá prorrogar la prisión preventiva por seis meses más cuando disponga el reenvío; pero también la Sala Penal podría ampliar la prisión preventiva por seis meses más de los términos de ley ya autorizados. Lo que previsiblemente sucederá es que la prisión preventiva se mantendrá también para los sucesivos reenvíos que pudieran generarse luego de que la sentencia (del reenvío) vuelva a ser recurrida. En esencia, todas las sentencias de apelación serán recurridas, haya razón o no para ello, lo que generará un flujo de casos incontenible en la Sala de Casación, la que tendrá que imponer un filtro férreo de admisibilidad si no quiere terminar sometida por el peso de esa carga de asuntos, lo que propondrá, de nuevo, la circunstancia de una casación técnica y muy formalista.

Habrá de hacerse un análisis estadístico de la aplicación de la ley de apelación para observar si estas disfunciones aparecen y en qué medida, pero ya es esperable un efecto en los costos del litigio penal y en los eventuales preparativos del traslado de los asuntos en manos de la Sala de Casación a los tribunales de apelación regionales.

Siempre permanecerá abierta la pregunta de si esta solución es la mejor frente a los problemas de la casación que fueron dictaminados por la Corte IDH y si la apelación ofrece alguna garantía adicional al justiciable que permita aquilatar esta reforma como necesaria, idónea y oportuna.

8 • El doble conforme y el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria

Plantea particulares complicaciones la definición del principio del doble conforme. Por una parte, se lo usa como sinónimo para el principio de doble instancia⁵¹ y, por otra, para el derecho del justiciable que luego de dos sentencias absolutorias debe declararse inadmisible el recurso del Ministerio Público.

Se trata entonces de una encrucijada entre el principio de doble instancia y el derecho del justiciable a no tener un Ministerio Público que usa la causa como una especie de oportunidad para condenarlo en dos juicios seguidos.

Requisito indispensable para aplicar el doble conforme es que las dos sentencias que sirven de base a la decisión, tanto la sentencia base como la conforme, hayan superado el test de razonabilidad.⁵²

El tribunal que ha de revisar la sentencia origen y la conforme debe ser uno con capacidad suficiente para tratar todas las cuestiones y definir si los fallos superan el estándar de razonabilidad que han de cumplir las sentencias condenatorias. De tal manera que en estas circunstancias no existiría un derecho garantizado al acusador para que se revisaran *ad infinitum* las absolutorias dictadas en contra de una persona. El Estado tendrá una única oportunidad de llevar a juicio penal al ciudadano y lograr su condena, y hasta allí llega el deber de tolerar el enjuiciamiento.⁵³

La doctrina ha propuesto también la posibilidad de interpretar la doble conformidad en conjunción con el modelo de casación clásico. Existiría, entonces, una cámara de apelaciones que intervendría en la instancia ordinaria de la revisión de las condenas o las absoluciones, y la casación quedaría para revisar las cuestiones de aplicación del derecho. Así, el tribunal de apelación vería de la absolución o condena del justiciable y a la casación le correspondería la discusión sobre la argumentación jurídica del fallo.⁵⁴

⁵¹ Cf. Daniel Fedel: *El recurso de casación. Doble conforme y garantías constitucionales*, Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2009, p. 27.

⁵² Ibídem, p. 30.

⁵³ Ibídem, p. 182.

⁵⁴ Cf. Ezequiel Iribarren: "¿Es necesario ampliar la casación para asegurar el doble conforme?", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 3, n.º 3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 305.

La práctica ha permitido observar que el recurso del fiscal en contra de la sentencia absolutoria persigue una nueva oportunidad de juicio en que una integración diversa le permita alcanzar la condenatoria que no alcanzó en primera instancia.

La derogatoria del doble conforme en la reforma del sistema de impugnación en Costa Rica no lleva sino a la persecución a ultranza del justiciable, y a abrir un camino irrefrenable hacia la condena como objetivo final del proceso penal.

En opinión de Maier, tanto la CADH como el PIDCP modificaron directamente la historia de los medios de impugnación, ya no como una carta blanca para obtener una condena, sino para garantizarle al justiciable una revisión integral de la sentencia que lo condena.⁵⁵

La orientación es fácilmente discernible hacia un recurso a favor del condenado y no a favor del acusador, lo que disminuye la función de control prevista en favor del Ministerio Fiscal. En otras palabras, se trataría de un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, de tal manera que solo esta sea recurrible, y solo por él. La absolución quedaría firme por su solo pronunciamiento, impidiendo cualquier persecución ulterior.⁵⁶

9. ● Ámbito de la apelación en el modelo costarricense

Según la reforma proveniente de la ley 8837, que a su vez reforma los numerales 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465 y 466 del Código Procesal Penal, se incluye una nueva redacción del artículo 459 del CPP, el cual define el ámbito del recurso de apelación. Según la norma, este recurso

[...] permitirá el examen integral del fallo, cuando la parte interesada alegue inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El tribunal de alzada se pronunciará sobre

⁵⁵ Cf. Julio Maier: "El recurso contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?", en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Edición homenaje a Ricardo C. Núñez*, nueva serie, 1995, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, citado por Fernando Díaz Cantón: *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 160.

⁵⁶ Julio Maier: *El recurso...*, o. cit., p. 147.

los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que encuentren en la sentencia.

Así las cosas, la revisión que se produce en esta instancia tiene que ver con la argumentación del fallo y también con cualesquiera otros vicios o yerros que hayan sido planteados por el recurrente y que puedan ser atendidos por el tribunal de apelación.

Las causales que introduce el artículo 495 son explícitas sobre esta función de análisis, en primer lugar por defectos absolutos o quebrantos al debido proceso. Esta causal, ya de por sí amplísima, le da una competencia suficientemente abierta al tribunal de apelación para analizar íntegramente al fallo. Por ello, la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba y la fundamentación jurídica del fallo, que se agrega que también podrán discutirse, parecen ser causales poco descriptivas, ya que las afectaciones al debido proceso abarcan estas posibilidades y otras más que han sido ya desglosadas por la jurisprudencia constitucional costarricense.⁵⁷

Con todo, la revisión del fallo abarca los hechos y la prueba, y podría abarcar también la fundamentación y determinación judicial de la pena.

La normativa establece pocos requisitos o formalidades para la presentación de la apelación. El artículo 460 dispone únicamente que el recurso se planteará por escrito o por medio de sistemas de registro autorizados, como el fax o —podría pensarse— el correo electrónico con certificado digital. En cuanto a la fundamentación de los agravios, se indica que deben consignarse las razones de inconformidad, el agravio concreto que se produce y la pretensión.

El escrito podrá ofrecer prueba en apelación. El artículo 464 prevé al respecto lo siguiente:

La parte recurrente podrá ofrecer, en el escrito de interposición del recurso, pruebas nuevas sobre los hechos objeto del proceso o sobre la forma en que fue realizado un acto, cuando se contradiga lo señalado en las actuaciones, en el acta, en los registros del debate o la propia sentencia. El tribunal aceptará como nueva solo la prueba ofrecida en su oportunidad pero que sea arbitrariamente rechazada, la que aparezca como novedosa con posterioridad a la sentencia y aquella que, aunque existiendo previamente, no estuvo en posibilidad efectiva de ser ofrecida por el interesado en su momento.

⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 1739-92, de las 11:45 h del 1.º de julio de 1992. Un comentario de esta sentencia y sus implicaciones puede verse en Alfredo Chirino Sánchez: "La sentencia del debido proceso y su importancia para el principio de estricta legalidad penal", en *20 años de justicia constitucional: 1989-2009. Historia, memorias y derechos fundamentales*, San José (Costa Rica): UNED, 2009, pp. 877-882.

Con todo, el propio Tribunal de Apelaciones podrá solicitar prueba de oficio si así lo estima pertinente. El artículo 464 establece la posibilidad de recibir pruebas testimoniales en esta sede si a partir de la revisión de los registros de la audiencia se producen dudas sobre lo que los testigos o peritos han depuesto. Si así ocurre, se reciben dichos testimonios con las mismas reglas del debate. Se trata, entonces, de la realización de principios tales como los de oralidad, inmediación, contradictorio.

Las regulaciones podrían hacer estimar que el sistema acogido por el legislador costarricense lo fue de una apelación limitada, ya que la sentencia de origen es de referencia. Sin embargo, las facultades a las partes para ofrecer prueba en esta sede y la amplitud de la revisión del fallo de primera instancia podrían provocar que de hecho la revisión del fallo sea mucho más amplia e intensa que en una apelación limitada. La praxis forense actual permite imaginar que habrá un uso compensatorio de esta sede, si ocurre, como todo parece indicarlo, que la casación se convierta en una instancia bastante cerrada y formalista.⁵⁸

La apelación podría provocar, entonces, el reenvío de la causa para nueva sustanciación ante el mismo tribunal que dictó la sentencia de primera instancia; no obstante, tendrá que tener una nueva integración para celebrar el nuevo juicio.

La apelación “limitada” que parece haber configurado el legislador procesal costarricense será sometida a la práctica recién en diciembre de 2011. Ocurrirá cuando los tribunales de casación de todo el país se reconviertan en tribunales de apelación y haya que adecuar las prácticas a la nueva dinámica procesal y al flujo de casos que duplicará la carga de expedientes que actualmente atienden los tribunales de casación. Por ello, solo se puede hacer una prognosis sobre un futuro del que nada sabemos. Es allí donde los temores más intensos pueden convertirse en una realidad evidente.

⁵⁸ Los recurrentes podrán acudir a la sede de casación cuando consideren que se han producido precedentes contradictorios entre diversos tribunales de apelaciones, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal. También se reserva acceso a esta sede cuando la sentencia del tribunal de apelaciones inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal. La puerta de la admisibilidad podría ser muy selectiva en estos dos supuestos, y por esa vía alcanzar un cierre hermético de la casación costarricense. Habría que esperar si ante tal hipótesis Costa Rica puede ser demandada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que la casación volvería a convertirse en la instancia formalista que el fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica* quería evitar.

10 • Conclusiones preliminares

Una revisión crítica del basamento constitucional y de correspondencia con la ideología de los derechos humanos en el derecho del justiciable a recurrir la sentencia permite afirmar que los tiempos para una ampliación del derecho de impugnación han llegado.

Al mismo tiempo es posible detectar circunstancias que podrían llevar al traste con un efectivo derecho a la impugnación de la sentencia, como lo sería, por ejemplo, no tomar en cuenta la posible prolongación del proceso y el remanente de prisión preventiva que esta extensión excesiva podría provocar.

La sentencia *Mauricio Herrera contra Costa Rica* ha provocado que el tema de la casación tenga un papel muy importante en el horizonte de proyección de la reforma procesal penal de esta primera década del siglo XXI, pero, sin duda, sus ingredientes y contradicciones ya estaban claros hacia finales del siglo XX.

Más allá de la cuestión de si este fallo de 2004 de la Corte IDH ha impulsado una casación convertida en “apelación” o una doble instancia que llena la premonición de Binding, es muy probable que observemos cambios dolorosos que ya no establecen ninguna ponderación ni equilibrio entre un adecuado, eficiente e idóneo derecho a recurrir la sentencia conforme a los instrumentos internacionales en derechos humanos y la duración del proceso. Y esta falta de consideración de la duración del proceso llevará, irremediablemente a procesos judiciales sin fin, que mantienen acusados de banquillo que son el efecto colateral e indeseable de un mal diseño de la política de reforma.

Un ingrediente que afecta al “nuevo” estilo del proceso penal para los Estados, que se puede caracterizar perfectamente a partir de la amplitud y profundidad de los ataques que permite a la esfera de derechos del ciudadano y, en consecuencia, por sus efectos sobre la libertad del ser humano, pero también por su enorme contenido simbólico, también podría extenderse a la justicia internacional. Estas características no pertenecen únicamente al llamado *nuevo proceso penal*, sino también a cierto tipo de política populista que se ha convertido, en un proceso acelerado, en la política de seguridad dominante en varios países occidentales.

Es bastante claro que la lógica de lucha frontal contra la criminalidad, tal y como está postulada en estos momentos, implicará, tarde o temprano, más peligros para la esfera de libertades de los ciudadanos; por ello estos peligros se pretenderán minimizar

al utilizar la estrategia de los *fines simbólicos* del derecho penal, a fin de tranquilizar a la colectividad en el sentido de que sus problemas de seguridad están siendo atendidos por los prácticos y por los legisladores. El balance, al final de todo el proceso, es el deterioro de las garantías procesales y un vaciamiento de los contenidos de tutela de muchos derechos y libertades constitucionales.

En tiempos de necesidad y crisis parece claro que el camino hacia un *Estado de seguridad* está justificado políticamente, con lo que se hacen esperables, por supuesto, más reducciones al esquema de garantías receptado en el proceso penal. La política legislativa actual se caracteriza por un uso indiscriminado del derecho penal. Se echa mano a las soluciones del *sentido común* y no se escuchan las voces de ningún experto que advierta sobre los riesgos de esta huida hacia el derecho penal del enemigo y al derecho de reacción inexorable.

La reacción frente a este triste y angustiante estado de la política criminal solamente puede ser encontrada en los principios de garantía del Estado de derecho y en una perspectiva de acercamiento a los problemas de seguridad de la sociedad que ponga su atención en los derechos ciudadanos que están siendo deteriorados o vaciados de contenido, en busca de una solución que definitivamente no puede brotar del derecho penal.

La casación, pero también la apelación y la revisión de la sentencia, se encuentran en un momento muy difícil ante estos retos de la política criminal. Por una parte debe contarse con un proceso penal que llegue a la fijación de una verdad procesal lo más pronto posible, pero también debe proveer los medios para una discusión lo más amplia posible de la causa, y con medios posibles para alcanzar una aplicación justa y humana del derecho.

Sin duda, la “nueva” casación, que se vislumbra vigorosa luego del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, podría lograr un control efectivo de estos instrumentos de investigación y generar eficiencia y eficacia en el combate de estos eventuales vicios. La reforma que pretende convertir la casación en apelación, sin embargo, pone un problemático signo de interrogación en los eventuales éxitos que podrían esperarse de medios de impugnación que repiten lo que no debería repetirse a favor de la seguridad jurídica y de la justicia pronta y cumplida.

Resulta necesaria una observación más cercana a las interpretaciones que ha hecho y hará la jurisprudencia de derechos humanos sobre estos temas, con el fin de apuntalar un criterio más firme sobre el futuro posible del derecho a recurrir la sentencia condenatoria en el derecho penal internacional.

LOS ELEMENTOS CONTEXTUALES DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Javier Dondé Matute

RESUMEN. En el presente artículo se analizan las sentencias en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos examina los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad: el ataque generalizado o el ataque sistemático, la población civil y la conducta subyacente, con el propósito de señalar la existencia de un crimen de lesa humanidad. Se analizan la interpretación y la aplicación que ha hecho la Corte de estos elementos, las consecuencias jurídicas de determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad y finalmente el abandono del concepto en sentencias subsecuentes. Asimismo, se formula una crítica a la Corte Interamericana respecto de su competencia, la imprecisión e intrascendencia de dichos pronunciamientos. Si bien no se ha repetido un pronunciamiento similar al realizado en los casos que se analizan, la Corte podría continuar haciendo estas declaraciones para contextualizar las violaciones de derechos humanos.

Palabras clave: crímenes de lesa humanidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho internacional de los derechos humanos, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG. Der vorliegende Artikel geht auf die Urteile ein, in denen der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte die kontextbezogenen Elemente von Verbrechen gegen die Menschlichkeit untersucht – genereller oder systematischer Angriff, die Zivilbevölkerung und das zugrundeliegende Verhalten –, um das Vorliegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit belegen zu können. Dabei wird auf die Auslegung und Anwendung dieser Elemente durch den Gerichtshof ebenso eingegangen wie auf die rechtlichen Folgen der Feststellung, dass ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorliegt, und, abschließend, auf die Abkehr von diesem Konzept in nachfolgenden Urteilen. Gleichzeitig wird der Interamerikanische Gerichtshof hinsichtlich seiner Zuständigkeit sowie der fehlenden Präzision seiner Entscheidungen und ihrer Bedeutungslosigkeit kritisiert. Wenn es auch

über die untersuchten Fälle hinaus nicht zu ähnlichen Stellungnahmen gekommen ist, könnte der Gerichtshof doch auch weiterhin solche Erklärungen abgeben, um die Menschenrechtsverletzungen zu kontextualisieren.

Schlagwörter: Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, internationales Recht der Menschenrechte, Rechtsprechung.

ABSTRACT. This article analyses the judgments in which the Inter-American Court of Human Rights examines the contextual elements of crimes against humanity: widespread or systematic attacks, civilian population and underlying conduct, in order to indicate the existence of a crime against humanity. The Court's interpretation and application of these elements is studied, together with the legal consequences of determining the existence of a crime against humanity and finally the way subsequent judgments abandoned the concept. The Inter-American Court is criticized with respect to its jurisdiction as well as the lack of precision and insubstantiality of these decisions. Although later cases have not repeated the holdings of the ones analysed, this type of declarations by the Court is beneficial in that they set human rights violations in context.

Keywords: crimes against humanity, Inter-American Court of Human Rights, international human rights law, case law.

1. ● Introducción

En fechas recientes la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en torno a diversas violaciones a derechos humanos que constituyen igualmente crímenes internacionales, como ejecuciones extrajudiciales, tortura y desaparición forzada de personas, principalmente. Sin embargo, lejos de pronunciarse sobre la concreta violación de derechos humanos, como corresponde conforme a su competencia, la Corte IDH ha hecho pronunciamientos en torno a la calidad de crimen de lesa humanidad (CLH) que tienen tales conductas. En otras palabras, ha señalado que estas se comenten como parte de un “ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil”, elementos contextuales necesarios para que se pueda señalar en el ámbito del derecho penal internacional (DPI) que dicha conducta se ha actualizado.

En el presente estudio se analizará la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a los elementos contextuales del CLH para determinar el alcance que este tribunal regional le ha dado a cada uno de ellos. Una vez establecido el alcance jurisprudencial de estos elementos típicos, se verán las consecuencias jurídicas que la Corte IDH deriva de hechos que considera constituyen CLH y se harán algunos cuestionamientos críticos en torno a ella. Consecuentemente, no se abordará el desarrollo de los CLH en el ámbito del DPI, pues ello escapa al alcance de este estudio.¹

Como una aclaración importante, debe señalarse que el presente estudio no abordará las conductas en particular que constituyen CLH, como son las ejecuciones extra-judiciales, la tortura y la desaparición forzada de personas. Aunque inevitablemente se hará referencia a ellas, el tema central son los elementos contextuales.

2. Conceptualización y consecuencias

La Corte IDH empezó a pronunciarse sobre la comisión de CLH en el 2006. En tres casos resueltos entre el 26 de septiembre y el 25 de noviembre de ese año formalizó su postura en torno a la comisión de CLH por órganos estatales.² De estos casos se desprende la postura de la Corte IDH en esta materia y se fijan algunas posturas en torno al contenido del concepto y los elementos contextuales.

¹ Sobre los CLH en el ámbito concreto del derecho penal internacional véase Kai Ambos y Steffen Wirth: "El derecho actual sobre crímenes contra la humanidad", en Kai Ambos: *Los crímenes más graves en el ámbito internacional*, INACIPE, 2005; Guénaël Mettraux: *International Crimes and Ad Hoc Tribunals*, parte III, Oxford: Oxford University Press, 2005, para una perspectiva desde la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

² Véase el caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153 (Antônio Cançado Trindade). En este voto particular ya se había vinculado el derecho internacional de los derechos humanos al DPI. Sin embargo, el vínculo entre las violaciones a derechos humanos y los CLH no fue adoptado inmediatamente.

3. Primer pronunciamiento: *Almonacid Arellano*³

El caso *Almonacid Arellano* fue el primero en el que la Corte IDH se pronunció sobre la existencia de un CLH, por la comisión de una ejecución extrajudicial en el contexto de la represión a los disidentes políticos en Chile durante la dictadura de Augusto Pinochet. Es importante recalcar el razonamiento de la Corte IDH en este primer caso para comparar su razonamiento con casos posteriores.

El razonamiento de la Corte IDH para identificar la comisión de CLH comenzó con una descripción de los hechos consistente en *la represión generalizada dirigida a las personas que eran consideradas opositoras por el régimen como política de Estado*, la cual incluyó:

[...] una práctica masiva y sistemática de fusilamientos y ejecuciones sumarias, torturas (incluida la violación sexual, principalmente de mujeres), privaciones arbitrarias de la libertad en recintos al margen del escrutinio de la ley, desapariciones forzadas y demás violaciones a los derechos humanos.⁴

La Corte IDH continuó la relación de hechos manejando cifras que apuntaban a la comisión masiva de violaciones de derechos humanos durante la represión.⁵ Asimismo, señaló quiénes eran, comúnmente, las víctimas de la represión:

[...] funcionarios destacados del régimen depuesto y connotadas figuras de izquierda, así como sus militantes comunes y corrientes; jefes y dirigentes políticos, sindicales, vecinales, estudiantiles (de enseñanza superior y media) e indígenas; representantes de organizaciones de base con participación en movimientos de reivindicaciones sociales [...].⁶

A continuación, la Corte IDH narró la práctica de las ejecuciones extrajudiciales, por ser, en concreto, la materia de la presente violación a derechos humanos.⁷

³ Véase el caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, cit, § 61-62. Aunque en este caso se hace una detallada descripción de las actividades de la Operación Cóndor, que se describe como un operativo masivo y sistemático en coordinación entre los gobiernos *de facto* en Sudamérica para combatir a los disidentes políticos, la Corte IDH no se pronunció sobre la comisión de CLH.

⁴ Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 82.4.

⁵ Ibídem, § 82.5.

⁶ Ibídem, § 82.6.

⁷ Ibídem, § 82.7.

Una vez dado por comprobado lo anterior, la Corte IDH procedió a señalar que los CLH, y en particular el asesinato, son una conducta prohibida por el derecho internacional desde la creación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, lo cual fue confirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 en virtud de los denominados Principios de Núremberg.⁸ Además, esto fue reconocido en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).⁹ Con esto, la Corte IDH llegó a la siguiente conclusión:

[...] hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.¹⁰

Es importante señalar dos afirmaciones que hizo la Corte IDH: primero, que los elementos contextuales constitutivos de los CLH eran los mismos en Núremberg que en 1973, año en que se ejecutó a Almonacid Arellano; segundo, que es posible que se cometa este crimen internacional con una sola conducta. Estas dos cuestiones se comentarán más adelante, pero por su importancia vale la pena transcribir el párrafo conducente, en el que se señala cuáles son los elementos contextuales de un CLH de conformidad con la Corte IDH:

La Corte, además, reconoce que el Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal

⁸ Ibídem, § 97-98.

⁹ Ibídem.

¹⁰ Ibídem, § 99.

Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor contra Dusko Tadic*, al considerar que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable”. Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.¹¹

4. Aplicación de estos principios: los casos peruanos

Al poco tiempo de resuelto el caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH hizo un pronunciamiento en cuanto a la comisión de CLH en el caso *Penal Castro y Castro*. En este asunto, el contexto que la Corte IDH identificó fue el conflicto armado en Perú durante los años ochenta y hasta el 2000, entre fuerzas gubernamentales y diversos grupos armados, como Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. En este conflicto armado se llevaron a cabo diversas violaciones a derechos humanos, entre las que destaca la comisión de actos de tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. Estas conductas, de conformidad con la Comisión de la Verdad y Reconciliación, fueron cometidas mayoritariamente, aunque no de forma exclusiva, por el Estado.¹²

En el caso concreto la Corte IDH identificó un plan del gobierno para ejecutar a los internos de los pabellones 1A y 4B del Penal Castro y Castro, en donde se había recluso a personas acusadas o sentenciadas por delitos de traición a la patria y terrorismo, conductas imputadas a los miembros de los mencionados grupos armados.¹³ Durante el operativo analizado en este caso, la Corte IDH determinó que las fuerzas de seguridad, militares y policiales, encubrieron la ejecución y tortura de los internos de este penal bajo el pretexto de un traslado de las mujeres privadas de libertad a otro penal de máxima seguridad.¹⁴

La Corte IDH repitió el *dictum* de *Almonacid Arellano* y consideró que el conflicto armado y la planificación del supuesto operativo eran suficiente evidencia para

¹¹ Ibídem, § 96 (citas omitidas).

¹² Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, § 197.1 y 197.5.

¹³ Ibídem, § 197.13.

¹⁴ Ibídem. § 197.16.

determinar que los elementos contextuales del CLH se habían actualizado.¹⁵ Sin embargo, no se especificó si se trataba de un ataque generalizado, sistemático o ambos.

En todo caso, la Corte IDH enfatizó que en distintos momentos el ministro del Interior, el director de la Policía Nacional¹⁶ y el presidente de la República¹⁷ asistieron al penal durante la comisión de los hechos. Este último, inclusive, sostuvo una reunión con el Consejo de Ministros y otras autoridades policiales y militares para evaluar la situación y, entre otras acciones, “el corte de luz, agua y alimentos para los internos, así como el incremento de los ataques con armas de fuego y explosivos”.¹⁸

En el caso *La Cantuta*, fallado unos días después, la Corte IDH se pronunció con mayor claridad respecto de los elementos contextuales, en particular lo relativo al ataque sistemático. Los hechos en los que derivó este caso consisten en la toma de las instalaciones de la Universidad de la Cantuta por fuerzas gubernamentales, policiales y militares, y los subsecuentes actos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones de los que fueron víctimas alumnos y profesores.

Para dar por comprobado el elemento contextual de ataque sistemático, la Corte IDH hizo en primera instancia un recuento de la situación que se vivía en Perú en la década de los ochenta y principios de los noventa. Se señaló que en la época de los hechos había una ofensiva gubernamental para combatir a grupos considerados como subversivos a través de “[p]rácticas sistemáticas y generalizadas de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas en la época en que ocurrieron los hechos”.¹⁹ La Corte IDH procedió a detallar el *modus operandi* de las fuerzas de seguridad en la comisión de estas conductas,²⁰ de lo cual concluyó:

Los hechos del presente caso revisten una particular gravedad por el contexto histórico en que ocurrieron: un contexto de práctica sistemática de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, perpetrada por las fuerzas de seguridad e inteligencia estatales, cuyas características y dinámica han sido esbozadas en los hechos probados. Es decir, los graves hechos se enmarcan en el carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población designados como subversivos o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno, con pleno conocimiento

¹⁵ Ibídem, § 402-404.

¹⁶ Ibídem, § 197.1.

¹⁷ Ibídem, § 197.28.

¹⁸ Ibídem, § 197.30.

¹⁹ Caso *La Cantuta contra Perú*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 80.

²⁰ Ibídem, § 80.3, 80.5 y 80.18.

e incluso órdenes de los más altos mandos de las fuerzas armadas, de los servicios de inteligencia y del poder ejecutivo de ese entonces, mediante las estructuras de seguridad estatales, las operaciones del denominado “Grupo Colina” y el contexto de impunidad que favorecía esas violaciones.²¹

Y agregó:

La particular gravedad de los hechos se revela en la existencia de toda una estructura de poder organizado y de procedimientos codificados mediante los cuales operaba la práctica de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. *Estos no constituían hechos aislados o esporádicos, sino que llegaron a configurar un patrón de conducta durante la época en que ocurrieron los hechos*, como método de eliminación de miembros o sospechosos de pertenecer a organizaciones subversivas, empleada en forma sistemática y generalizada por agentes estatales, la mayoría de las veces por miembros de las Fuerzas Armadas.²²

Como se puede observar de estos párrafos, la Corte IDH menciona varios elementos para determinar cuándo considera que se está frente a un ataque sistemático. En primer lugar, identifica a las personas agredidas, por considerarlas disidentes políticos. Esta identificación premeditada coincide con otro elemento de los CLH: la población civil. En segundo lugar, identifica a un grupo específicamente formado por el gobierno para realizar estas conductas, como lo fue el Grupo Colina. Y, por último, señala una finalidad específica que consiste en la eliminación de los miembros de organizaciones subversivas. Esta descripción coincide con lo que en DPI se entiende por *ataque sistemático*, cuya clave es la naturaleza organizada de los actos violentos, de acuerdo con un plan o política, de tal manera que sea imposible su ocurrencia accidental.²³

Una vez que la Corte IDH dio por comprobados estos hechos, resultó sencillo calificarlos como CLH,²⁴ pues ya se habían configurado los elementos expuestos en *Almonacid Arellano*.

De estos casos se pueden desprender algunas conclusiones interesantes. El denominador común es que en las respectivas sentencias la Corte IDH señaló que se había cometido un CLH. En *Almonacid Arellano* estableció que este crimen internacional

²¹ Ibídem, § 81.

²² Ibídem, § 82, cursivas añadidas.

²³ *Prosecutor v. Al Bashir*, Case ICC-02/05-01/09-3 (Pre-Trial Chamber), Warrant of Arrest, 4 March 2009, § 81; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Case ICC-01/04-01/07-717 (Pre-Trial Chamber), Confirmation of charges, 30 September 2008, § 397-398.

²⁴ Caso *La Cantuta*, cit., § 115 y 225.

está compuesto de cuatro elementos: el ataque generalizado o el ataque sistemático, la población civil y la conducta subyacente, que puede ser una sola. Es importante, como se verá, que la Corte IDH haya señalado que en 1973 todavía seguía vigente el concepto previsto en Núremberg.

En los casos siguientes no se profundizó el concepto derivado en *Almonacid Arellano*; solamente se aplicó a casos concretos. Al respecto hay dos cuestiones relevantes.

La primera, en lo correspondiente al elemento *población civil*, es que en el caso *Penal Castro y Castro* se menciona que las personas victimizadas eran miembros de Sendero Luminoso, reconocido por la Corte IDH como un grupo armado. De esta forma, parece que se equipara como población civil a los miembros de un grupo armado que deponen las armas, en este caso por ser privados de la libertad. En este mismo sentido, el TPIY ha caracterizado como población civil no solo a los que han depuesto las armas, sino también a aquellos que han quedado fuera de combate, como los detenidos, que sería precisamente el caso de los miembros de Sendero Luminoso.²⁵ En este punto en particular hay coincidencia con los criterios ya desarrollados por el DPI.

La segunda es el elemento de *conocimiento de dicho ataque*. En *Almonacid Arellano* no se reconoció que este fuera un elemento contextual de los CLH; sin embargo, en los casos peruanos hay referencias a ello. Como se señaló, en el caso *Penal Castro y Castro* se subrayó la presencia de altos mandos del gobierno peruano, incluido el presidente, en el lugar de los hechos. Igualmente, en *La Cantuta*, al describir el ataque sistemático, se hizo alusión al conocimiento de las autoridades de lo ocurrido, lo cual estaría claramente vinculado a este elemento subjetivo. Sin embargo, en ningún momento se exigió su comprobación ni se vinculó a la responsabilidad estatal.

5 • Consecuencias

La declaración de que estas conductas constituyen CLH no es gratuita. De ella la Corte IDH ha derivado consecuencias concretas. En primer lugar, en el caso *Almonacid Arellano* fue necesario declarar que la ejecución de la víctima fue un CLH para señalar que dicha conducta estaba sujeta a la obligación de investigar, procesar y sancionar

²⁵ *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, ICTY, Judgement, 3 March 2000, § 209, 214. Sobre la evolución jurisprudencial del concepto véase Ambos y Wirth: o. cit., pp. 130-138.

violaciones a los derechos humanos.²⁶ Consecuentemente, cualquier obstáculo para perseguir los CLH es una violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al negar a las víctimas el derecho de protección judicial y recurso efectivo.²⁷ Así pues, al tratarse de un CLH, la ejecución de Almonacid Arellano no podía ser objeto de amnistía²⁸ y estaba sujeta a las limitaciones de la cosa juzgada fraudulenta.²⁹ En este mismo sentido, en *La Cantuta*, la Corte IDH determinó que los CLH son, además, imprescriptibles.³⁰

Sin embargo, como se verá, en otros casos se han derivado estas mismas consecuencias sin la necesidad de analizar los elementos contextuales ni realizar un pronunciamiento en el sentido de que se habían cometido CLH.

6. Abandono del concepto

Ya se mencionaron los casos en los cuales, en el lapso de dos meses, la Corte IDH se pronunció sobre la comisión de CLH. Sin embargo, no ha vuelto a realizar este tipo de pronunciamientos a pesar de que ha tenido la oportunidad para hacerlo. Es decir, aunque se han dado situaciones similares a las que motivaron la identificación de CLH en casos posteriores, la Corte IDH no ha vuelto a realizar de señalamientos este tipo. Los casos son muchos, por lo que en este apartado solamente se hará mención de algunos de forma meramente ejemplificativa.

En 2007 hubo oportunidad de declarar la comisión de un CLH por agentes del Estado en el caso de la *Masacre de la Rochela*. En este caso, la Corte IDH identificó un patrón de violencia en contra de funcionarios judiciales, como se precisa en el siguiente párrafo:

Los hechos del presente caso se produjeron dentro de un contexto de violaciones contra funcionarios judiciales dirigidas a impedir sus labores, intimidarlos, amedrentarlos y así lograr la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos. Fue dentro de ese contexto de riesgo para los funcionarios judiciales que el Estado no adoptó las medidas necesarias para

²⁶ Véase el caso *Almonacid Arellano*, cit., § 114.

²⁷ Ibídem, § 127.

²⁸ Ibídem, § 152.

²⁹ Ibídem, § 154.

³⁰ Véase el caso *La Cantuta*, cit., § 225.

garantizar la seguridad de los miembros de la Comisión Judicial en el cumplimiento de sus labores, situación reconocida en varias sentencias del Consejo de Estado.³¹

En este párrafo se evidencia la identificación de un ataque sistemático y la identificación de *población civil*, consistente en los funcionarios públicos encargados de las investigaciones de violaciones a derechos humanos. Esta situación es similar a lo que se dio por comprobado en el caso de *La Cantuta*, pero sin que la Corte IDH se haya pronunciado sobre la existencia de CLH.

Otro caso es *Ticona Estrada*. En este, la Corte IDH identificó “una política planificada de intimidación, acoso y exterminio contra los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR) y cualquier grupo de personas, organización política o sindical que se opusiera de cualquier modo a los propósitos de la Junta Militar”.³² Esta frase claramente apunta a la comisión sistemática de violaciones a derechos humanos en contra de la población civil; sin embargo, la Corte IDH no se pronunció sobre la comisión de CLH.³³

Otro ejemplo es el caso *Anzualdo Castro*. Este es ilustrativo respecto del abandono del criterio, pues se trata de un asunto que derivó de la desaparición forzada de la víctima, acontecida en el mismo tiempo y, por lo tanto, en el mismo contexto de “combate a la subversión” que originaron los casos de *Penal Castro y Castro* y *La Cantuta*.³⁴ Sin embargo, no hubo declaración alguna en cuanto a la comisión de CLH. El contraste y el cambio de criterio es más notorio en este caso, dado que se trata de la misma situación por la que en 2006 Corte IDH había declarado la existencia del contexto propio de los CLH, pero en 2009 (año en el cual se resolvió el caso *Anzualdo Castro*) ya no estaba dispuesta a hacerlo.

Basta hacer la simple mención del caso *Masacre de las Dos Erres* para advertir que, aun en los casos más recientes en los cuales la Corte IDH ha dado por comprobado un

³¹ Caso de la *Masacre de la Rochela contra Colombia*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C, n.º 163, § 81.

³² Caso *Ticona Estrada y otros contra Bolivia*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C, n.º 191, § 47.

³³ En este mismo sentido véase el caso *Radilla Pacheco contra México*, Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, n.º 209, § 116, 132-133, 152. En diversas partes de la sentencia la Corte IDH señala la existencia de un patrón de desapariciones masivas dentro del contexto del combate a la guerrilla, pero sin afirmar que la desaparición de la víctima haya sido un CLH.

³⁴ Véase el caso *Anzualdo Castro contra Perú*, Corte IDH, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2009, serie C, n.º 202, § 48-49.

patrón de violencia sistemático³⁵ o generalizado³⁶ en contra de la población civil,³⁷ no se ha vuelto a declarar la existencia de un CLH.

Sin embargo, no se puede concluir de forma contundente que la Corte IDH haya abandonado los pronunciamientos sobre la existencia de CLH en sus sentencias. En la resolución del reciente caso *Cepeda Vargas* hizo el siguiente pronunciamiento:

En casos de violaciones graves a los derechos humanos la Corte ha tomado en cuenta, en el análisis de fondo, que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad, por haber sido cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población, a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y las consecuencias jurídicas. Con ello, la Corte no realiza, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna. En este sentido, las necesidades de protección integral del ser humano bajo la Convención han llevado a la Corte a interpretar sus disposiciones por la vía de la convergencia con otras normas del derecho internacional, particularmente en lo relacionado con la prohibición de crímenes contra la humanidad, que tiene carácter *jus cogens*, sin que ello pueda implicar una extralimitación en sus facultades, pues, se reitera, con ello respeta las facultades de las jurisdicciones penales para investigar, imputar y sancionar a las personas naturales responsables de tales ilícitos. Lo que la Corte hace, de acuerdo con el derecho convencional y el derecho consuetudinario, es utilizar la terminología que emplean otras ramas del Derecho Internacional con el propósito de dimensionar las consecuencias jurídicas de las violaciones alegadas *vis-à-vis* las obligaciones estatales.³⁸

Es difícil extraer conclusiones ciertas de esta afirmación. Por un lado, la Corte IDH insiste en que seguirá usando criterios de DPI para explicar los alcances de la responsabilidad estatal y las consecuencias jurídicas derivadas de ella, incluidas las consecuencias jurídicas de las violaciones. Sin embargo, como ya se vio, hay un gran número de casos en los cuales la Corte IDH no ha necesitado recurrir al concepto de CLH para derivar consecuencias jurídicas como la garantía de no repetición.

Por otro lado, parece matizar la postura inicialmente establecida en *Almonacid Arellano* al indicar que se recurrirá al DPI solamente para determinar el contexto de las violaciones. Es decir, este será el único fin que se buscará al pronunciarse sobre la

³⁵ Véase el caso de la *Masacre de las Dos Erres contra Guatemala*, Corte IDH, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C, n.º 211, § 82.

³⁶ Ibídem, § 152.

³⁷ Ibídem.

³⁸ Véase el caso *Manuel Cepeda Vargas contra Colombia*, Corte IDH, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2010, serie C, n.º 213, § 42.

existencia de un CLH. Este caso parece marcar el inicio de un nuevo criterio en el uso de los criterios de DPI.

7. Críticas a los pronunciamientos sobre la existencia de CLH realizados por la Corte IDH

En realidad, resulta afortunado que la Corte IDH se haya abstenido de declarar la existencia de CLH en fechas más recientes, pues los razonamientos que sirvieron de base para hacer este tipo de declaraciones son altamente criticables, sobre todo a la luz del desarrollo que se ha dado en el DPI en cuanto al concepto de CLH y sus consecuencias. En este apartado se plantearán las siguientes objeciones a las resoluciones de la Corte IDH: la falta de competencia para declarar la existencia de un CLH, la imprecisión en el uso de conceptos y la inconsistencia de dichos pronunciamientos.

7.1. Competencia de la Corte IDH

Quizá la crítica más directa que se puede hacer de los pronunciamientos de la Corte IDH es que carece de competencia para declarar la comisión de CLH. El artículo 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala:

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de esta Convención: A. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [...] y B. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. [...].

Este precepto claramente señala que la Corte IDH solamente tiene competencia para determinar si un Estado ha violado la Convención Americana de Derechos Humanos; es decir, si ha cometido una violación a los derechos humanos.³⁹

La consecuencia de dicha violación acarrea responsabilidad estatal, como se indica en el párrafo 1 del artículo 63 de la propia Convención:

³⁹ Sobre la extralimitación en las facultades de la Corte IDH bajo el amparo del activismo judicial véase Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de los derechos humanos y el derecho penal internacional*, Montevideo, Universidad de Göttingen y Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25-62.

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Lo que la Corte IDH hace al pronunciarse sobre la existencia de un CLH es ampliar sus facultades más allá de lo que establece la Convención Americana de Derechos Humanos, que es su instrumento fundacional. En estricto sentido, la comisión de CLH implica responsabilidad penal (internacional); es decir, responsabilidad para el individuo y no para el Estado.

Antes de que la Corte IDH se pronunciara sobre la comisión de CLH, tenía mucho cuidado en separar sus funciones de las de un tribunal penal:

En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables por sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.⁴⁰

En este sentido, no se debe perder de vista que los CLH son crímenes internacionales, por lo que pertenecen al ámbito del DPI, mientras que las violaciones a los derechos humanos pertenecen al ámbito de la responsabilidad estatal.⁴¹ Si bien hay esfuerzos por tratar de borrar esta diferencia,⁴² por lo menos dos aspectos deben tomarse en consideración para seguir sustentándola.

Los CLH se han desarrollado siempre en el contexto del DPI. Desde las primeras formulaciones en la Carta del Tribunal de Núremberg hasta la redacción vigente prevista

⁴⁰ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, Corte IDH, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, § 134.

⁴¹ Véase Antonio Cassese: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 23, quien enfatiza que el DPI conlleva responsabilidad del individuo, a diferencias de otras formas de responsabilidad que son únicas del Estado.

⁴² Véase el caso *Goiburú*, cit.; véase también Juan Méndez: *Regional Courts and Commissions. Consultative Conference on International Criminal Justice*, United Nations, pp. 1-2, quien acepta que hay diferencias entre los tribunales regionales de derechos humanos y los tribunales penales internacionales, derivados en parte de su creación en tiempos y contextos históricos distintos. Sin embargo, argumenta que hay un sistema jurídico de protección en el cual hay un intercambio importante de criterios jurisprudenciales.

en el ECPI, su naturaleza siempre ha sido la de un crimen internacional y su formulación siempre se ha elaborado en el contexto del poder punitivo internacional.

De lo anterior, es ilustrativo lo previsto en los Principios de Núremberg elaborados por la Comisión de Derecho Internacional y avalados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁴³ En este documento se establecieron las bases del DPI, cuyo desarrollo se ha consolidado a partir de la década de los noventa. Entre los puntos a destacar está la existencia de la responsabilidad penal internacional (principio I). Esto se traduce en la existencia del poder punitivo internacional y la posibilidad de responsabilizar y sancionar a las personas que cometan crímenes internacionales. Por su parte, se establece que uno de los crímenes internacionales que acarrean tal tipo de responsabilidad son los CLH (principio VI). De esta forma queda reconocido que la comisión de CLH está dentro de este ámbito de responsabilidad internacional.

Los CLH protegen ciertos bienes jurídicos que en ocasiones coinciden con derechos humanos internacionalmente reconocidos, pero esto no siempre es así.⁴⁴ Sin embargo, es importante recordar que el DPI tiene las mismas funciones que el derecho penal nacional, entre las que destaca la protección de bienes jurídicos en el ámbito internacional, no así la protección de derechos humanos.⁴⁵

En otras palabras, hay derechos, como la vida, que son derechos humanos, pero cuando se convierten en el objeto de protección de un tipo penal (internacional) su naturaleza jurídica cambia y se transforman en bienes jurídicos tutelados. En estos casos, la protección es la propia de cualquier bien jurídico tutelado: la sanción por su lesión o puesta en peligro. Se identifica con el ámbito penal y debe ser juzgada por tribunales competentes.

La justificación de la Corte IDH para pronunciarse sobre CLH se apoya en el concepto de *cross-fertilization*, que es la idea de que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el DPI encuentran un área de convergencia en los CLH como reflejo de una “conciencia jurídica universal”.⁴⁶ Sin embargo, esta postura omite reconocer

⁴³ Principios del derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y en los juicios de Núremberg, Comisión de Derecho Internacional, 2.^a sesión, 1950.

⁴⁴ Véase Gerhard Werle: *Principles of International Criminal Law*, La Haya: T. M. C. Asser Press, 2005, pp. 40-42; véase también, Kriangsak Kittichaisaree: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 3-4, Antonio Cassese: o. cit., p. 23.

⁴⁵ Véase Javier Dondé Matute: “Tipos penales en el ámbito internacional”, México: INACIPE, 2006, pp. 1-20 y 81-84, sobre un análisis de los conceptos de poder punitivo internacional, bien jurídico en el ámbito internacional y su relación con los CLH.

⁴⁶ Véase el caso Goiburú, cit., § 40-43.

por lo menos dos aspectos propios del derecho penal que hacen metodológicamente imposible esta convergencia jurisprudencial.⁴⁷

Ante un tribunal penal, la comisión de un CLH debe comprobarse más allá de la duda razonable.⁴⁸ Sin embargo, ante los tribunales de derechos humanos, como la Corte IDH, la comprobación no es tan estricta.⁴⁹ Esta afirmación es trascendente, pues la declaración de que un Estado violó derechos humanos es más fácil de comprobar, ya que la exigencia probatoria es menor que el hecho de que una persona cometió CLH. Inclusive, lo anterior pudo llevar a resoluciones contradictorias entre lo señalado por tribunales internacionales, sean penales o de derechos humanos. Esta situación hace preferible distinguir con claridad entre las competencias de ambos.⁵⁰ Así, los CLH deben quedarse dentro del ámbito de los tribunales penales.

Además de las exigencias probatorias, que son diferentes en DPI y en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), la interpretación del concepto de CLH es distinta en ambos ámbitos. En materia penal, rige el principio de estricta aplicación de la ley penal, lo cual no es ajeno al DPI. El propio ECPI la reconoce en su artículo 22.2 al señalar: “La definición del crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía”.

Este principio, reconocido ampliamente en el ámbito nacional e internacional,⁵¹ tiene consecuencias negativas para la *cross-fertilization*, pues sujeta las interpretaciones judiciales que se hacen en derecho penal a cánones más estrictos que en otras materias. En efecto, al darle cumplimiento a esta norma de interpretación, la clasificación de una conducta como CLH en el ámbito penal debe ser diferente a la que se haga en otras materias. Este es un serio problema si se pretende tomar una sentencia de DPI y

⁴⁷ El concepto de *cross-fertilization* no tiene un significado único. Se emplea no solo para designar el uso de jurisprudencia de una rama del derecho en otra, que es el sentido aquí expresado, sino también para describir la relación entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario. Al respecto véase Phillippe Sands: “Treaty, Custom, and the Cross-fertilization of International Law”, en *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 1, 1998, pp. 85-106.

⁴⁸ Véase el artículo 66.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴⁹ Véase el artículo 42 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este precepto se permite la presunción legal en contra. Para un análisis detallado de la práctica probatoria de la Corte IDH véase el trabajo del Dr. Dino Carlos Caro Coria en este volumen, en el que se subrayan la flexibilidad en el uso de pruebas y la carga probatoria en contra del Estado como entidad acusada.

⁵⁰ Véase Javier Dondé Matute: “El caso *Bosnia-Herzegovina vs. Serbia and Montenegro* y la evolución del derecho penal internacional”, en *Criminogénesis*, vol. 4, 2009, pp. 75-82. En ese artículo se comentan algunas discrepancias de criterios entre el TPIY y la Corte Internacional de Justicia en la determinación de los alcances del genocidio cometido durante el conflicto de los Balcanes.

⁵¹ Sobre los alcances del principio de legalidad penal véase Javier Dondé Matute: *Principio de legalidad penal: Perspectivas de derecho nacional e internacional*, México y Barcelona: México Universitario y Bosch, 2007.

aplicarla al ámbito de los derechos humanos o, peor aun, en el sentido opuesto, pues el juez penal que dictó dicha resolución estuvo sujeto a limitaciones que no constreñían al juzgador en otras ramas del derecho. Esto crea una asimetría en las interpretaciones entre la materia penal y cualquier otra rama que hace que el *cross-fertilization* parte de premisas divergentes y haga inviable su aplicación.⁵²

En conclusión, no es posible equiparar las violaciones a derechos humanos con los CLH, pues la naturaleza jurídica del objeto de protección es distinta, las consecuencias jurídicas son distintas, y también es distinta su forma de comprobación e interpretación conceptual. Estas son, además, razones para reforzar la incompetencia de la Corte IDH para declarar la comisión de CLH.

7.2. Imprecisión en la determinación del concepto de CLH

El concepto de CLH que ha usado la Corte IDH es impreciso, ya que no toma en consideración los antecedentes y cambios que el tipo penal ha sufrido a lo largo del tiempo, por lo menos desde su “codificación” en la Carta del Tribunal de Núremberg hasta el ECPI.⁵³ En el caso *Almonacid Arellano* se señaló que solamente existen cuatro elementos contextuales para comprobar un CLH: ataque generalizado o sistemático, población civil y la conducta subyacente, que puede ser una sola. La Corte IDH mencionó que en el Estatuto del Tribunal de Núremberg:

[Se] proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra.⁵⁴

⁵² Véase Jocelyn Courtney: “Enforced Disappearances in Colombia: A Plea for Synergy between the Courts”, en *International Criminal Law Review*, vol. 10, 2010, pp. 679-711. La autora argumenta que los criterios de la Corte IDH pueden servir para determinar la admisibilidad de un caso ante la CPI, haciendo factible el *cross-fertilization* en ese contexto. Véase también Stephane Jaquemet: “The cross-fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 83, n.º 843, setiembre 2001, pp. 651-673. Esta práctica puede ser usada entre ramas del derecho que tengan premisas similares.

⁵³ Véase Ambos y Wirth: o. cit., pp. 101-118. Los autores detallan la evolución del elemento de contexto desde la Carta del Tribunal de Núremberg hasta la creación de los Paneles Especiales para Timor Oriental. En este estudio se destaca lo cambiante del concepto de CLH, de tal forma que solamente es necesario un contexto general que cambia según el “legislador” de turno o el juez que interpreta.

⁵⁴ Véase el caso *Almonacid Arellano*, cit., § 96.

Posteriormente, El Estatuto del Tribunal de Núremberg y los Principios que se redactaron por la Asamblea General de las Naciones Unidas tipificaban los CLH de la siguiente manera:

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra.⁵⁵

Como se puede observar, en el Estatuto del Tribunal de Núremberg no se hacía mención a los ataques generalizados o sistemáticos. Pero —lo que es más importante— se incluían elementos adicionales que no fueron considerados por la Corte IDH, como son el elemento discriminatorio y la conexión con un crimen contra la paz o crimen de guerra.

Es decir, la comisión de un CLH en Núremberg requería que fuera cometido con un fin discriminatorio y que se diera en conexión con un conflicto armado. Estos elementos todavía se consideraban vigentes en 1993, cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas redactó el Estatuto del TPIY,⁵⁶ como se desprende del texto del artículo 5:

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando estos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil.

Es importante notar que los elementos contextuales de ataque sistemático y generalizado no aparecen en el texto del Estatuto del TPIY, sino que fueron incorporados jurisprudencialmente.⁵⁷ Debe señalarse que también se eliminaron los requisitos del nexo con el conflicto armado⁵⁸ y el móvil discriminatorio.⁵⁹ Sin embargo, esto no formó parte del razonamiento en el caso *Almonacid Arellano* ni queda claro que para 1973, año

⁵⁵ Principios del derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y en los juicios de Núremberg, cit., principio VI (a).

⁵⁶ Security Council resolution 827 (1993), on establishment of the International Tribunal for Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, S/Res/827, 25 de mayo de 1993.

⁵⁷ Véase *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Case n.º IT-96-23 and IT-96-23/1, Appeals Chamber, 12 junio 2002, § 95.

⁵⁸ Ibídem, § 86.

⁵⁹ Véase *Prosecutor v. Tadic*, Case IT-94-1, Appeals Chamber, 15 julio 1999, § 283.

de comisión de los hechos, estos elementos ya no se encontraran vigentes. Es más, si la Corte IDH consideró que el concepto de CLH redactado en Núremberg seguía vigente, debió haberlo incorporado en su razonamiento. En este mismo sentido, hay evidencia para suponer que los CLH deben estar vinculados a la política de una entidad organizada o estatal. Este requisito surge en la jurisprudencia posterior a Núremberg y hasta la creación de los tribunales *ad hoc*.⁶⁰ Sucele lo mismo que con los demás elementos, ya que si bien hay un análisis de la participación estatal, lo cual es obvio en el contexto de la violación de derechos humanos y de la Corte IDH, en ninguna parte de la sentencia se vincula como elemento de los CLH o se propone su desaparición.

Por otro lado, hay evidencia para suponer que, si bien el nexo con el conflicto armado ya había desaparecido de la definición típica para 1973, todavía era necesario que el CLH se cometiera con un móvil discriminador. Cuando se redactó el Estatuto de las salas extraordinarias para Camboya, se tomó mucho cuidado en establecer el concepto de CLH vigente en 1975,⁶¹ solamente dos años después de la ejecución de Almonacid Arellano. El concepto que se empleó ya no incluía el nexo con el conflicto armado, pero mantenía el móvil discriminador: requería que la conducta se cometiera “en razón de [la] nacionalidad o permanencia a un grupo político, étnico, racial o religioso [de la población civil]”,⁶² lo cual significa que el ataque que constituye el CLH debe cometerse para discriminar.⁶³ La Corte IDH debió por lo menos haber estudiado este móvil.

Esto no significa que los elementos mencionados no se hubieran verificado en el caso *Almonacid Arellano* y en los demás en los que la Corte IDH consideró que se habían cometido CLH. La crítica es que no los incorporó en su descripción, con lo que creó un desfase entre el DIDH y el DPI.

Adicionalmente, si la Corte IDH retoma el criterio de señalar que ciertas conductas constituyen CLH, debe tomar en consideración el momento de comisión. El concepto de CLH es muy dinámico, ha cambiado en cada oportunidad que se ha tenido para tipificarlo. Esto significa que resulta de suma importancia no aplicar retroactivamente el

⁶⁰ Véase Ambos y Wirth: o. cit., p. 108.

⁶¹ Véase *Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly resolution 52/135, 18 February 1999*, § 66. “As noted above, the accountability of the Khmer Rouge must be determined in light of the law as of 1975, regardless of developments in international law since then”. Cf. Ambos y Wirth: o. cit., pp. 107-108, quienes señalan que el nexo con el conflicto armado empezó a deteriorarse desde la redacción de la Ley del Consejo de Control n.º 10, al terminar la Segunda Guerra Mundial.

⁶² Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, adoptada por la Asamblea Nacional el 2 de enero de 2001, artículo 5.

⁶³ Véase *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A-T (Trial Chamber), 7 junio 2001, § 81.

concepto y sujetarse al concepto vigente. En efecto, toda vez que los casos *Penal Castro y Castro* y *La Cantuta* ocurrieron en la década de los ochenta, se debió haber estudiado si el concepto había cambiado respecto a 1973.⁶⁴

Es importante hacer una aclaración. En este apartado no se critica el hecho de que al identificar el contenido de los elementos contextuales la Corte IDH haya cometido un error. Al contrario, parece que los conceptos de ataque sistemático y población civil coinciden con los criterios derivados del DPI, por lo menos en la aplicación en los casos peruanos. La crítica es que el carácter evolutivo y dinámico de los CLH hace necesario analizar los elementos vigentes en el momento de los hechos. En esto consiste la imprecisión a la que alude el título del apartado.

7.3. Intrascendencia de los pronunciamientos

Sería importante que la Corte IDH se pronunciara sobre la comisión de CLH si de ello resultaran consecuencias importantes. En los casos en los cuales se señaló la existencia de un CLH, ello se derivó de que estas conductas no podían ser objeto de amnistías o prescripción y estaban sujetas a las reglas de la cosa juzgada fraudulenta. En otras palabras, no era posible establecer medidas que fomentaran la impunidad. Sin embargo, desde los primeros casos que llegaron a la Corte IDH, se estableció que generar impunidad era en sí una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos.⁶⁵ Inclusive, la Corte IDH ha señalado que las leyes de autoamnistía y prescripción generan impunidad y son violatorias de la garantía de un recurso efectivo, sin necesidad de señalar la existencia de un CLH.⁶⁶

En este orden de ideas, resulta importante destacar el caso de la *Comunidad Moiwana*, fallado apenas unos meses antes que *Almonacid Arellano*. En este caso la Corte IDH tuvo que resolver sobre una matanza cometida en contra de los miembros

⁶⁴ Véase Otto Triffterer: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observer's notes, article by article*, 2.^a edición, Múnich y Baden-Baden: Beck, Hart y Nomos, 2008, p. 168. Comenta el autor que aun en la conferencia de Roma no había consenso en torno a los elementos contextuales (*chapeau*) que debía contener el artículo 7 del Estatuto de Roma.

⁶⁵ Véanse los casos *Velásquez Rodríguez*, cit., § 166, y *Castillo Páez contra Perú*, Corte IDH, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C n.^o 43, § 106-107. Hay un vínculo entre el derecho a un recurso efectivo (artículo 25.1 de la CADH) y la impunidad; caso de los *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala*, Corte IDH, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C n.^o 63, § 226.

⁶⁶ Véase el caso *Barrios Altos contra Perú*, Corte IDH, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.^o 75, § 41-43. (Este caso es emblemático pues ocurrió en el mismo contexto que los casos donde hubo declaración de la existencia de CLH.)

de la comunidad N'djuka, en la aldea de Moiwana.⁶⁷ Después de ese conflicto armado, un gobierno civil promulgó la Ley de Amnistía de 1989.⁶⁸

Dicha ley excluía de su aplicación a los CLH, definidos como “aqueños crímenes que, de conformidad con el derecho internacional, se encuentran clasificados como tales”.⁶⁹ Igualmente, en 1994 se reformó el Código Penal para declarar imprescriptibles los CLH y los crímenes de guerra.⁷⁰ Sin embargo, a pesar de las referencias expresas a los CLH en la ley de amnistía, la Corte IDH obvió esta situación, reiteró su postura en el sentido de que las violaciones a los derechos humanos deben investigarse y sancionarse,⁷¹ sin la necesidad de referirse a la posible comisión de un crimen internacional. Esta postura evidencia que no es necesario señalar que se cometió un CLH para considerar que las violaciones a derechos humanos no están sujetas a medidas que puedan generar impunidad.

Es interesante notar que existen algunos casos en los que se menciona que hubo “violaciones graves a los derechos humanos” o inclusive “muy graves violaciones a los derechos humanos” sin explicar en qué consiste la gravedad; sin embargo, se derivan conclusiones similares a las previstas para los denominados CLH, como la inaplicabilidad de las leyes de amnistía,⁷² la imprescriptibilidad⁷³ y la cosa juzgada fraudulenta.⁷⁴ Una forma de determinar la gravedad podría ser a través de la comprobación de los elementos contextuales, pero este análisis no se lleva a cabo, lo que deja estas frases llamativas sin contenido o materialidad, pero también evidencia que no es necesario que se declare la existencia de un CLH para derivar estas consecuencias.

En varios casos, la Corte IDH ha declarado la existencia de un *patrón sistemático de conducta* y ha señalado que ello constituye una violación agravada de derechos humanos. En estos casos no se llega al extremo de pronunciarse sobre la comisión de un CLH, aunque la frase *patrón sistemático de conducta* es muy parecida al elemento contextual *ataque sistemático*. Tampoco se toman en cuenta otros elementos, como la población

⁶⁷ Caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, § 86.12-86.24.

⁶⁸ Ibídem, § 86.14.

⁶⁹ Ibídem, § 86.39.

⁷⁰ Ibídem, § 86. 41.

⁷¹ Ibídem, § 167.

⁷² Véase el caso *Barrios Altos*, cit., § 41.

⁷³ Véanse los casos *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, § 276-277; *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, Corte IDH, fondo reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171.

⁷⁴ Véase el caso *Carpio Nicolle y otros contra Guatemala*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre 2004, serie C, n.º 117, § 130-131.

civil. A pesar de ello, la Corte IDH ha determinado que se trata de una forma *agravada de violación a derechos humanos*, de nuevo sin la necesidad de señalar la comisión de un CLH.⁷⁵

Adicionalmente, al momento de cuantificar la reparación del daño en los casos en los que se hizo dicha declaratoria, no se menciona que por tratarse de un CLH se haya sumado una reparación adicional a la que correspondería por un acto aislado o, simplemente, no constitutivo de este crimen internacional.

En el orden de las reparaciones cabe notar que en el caso *Almonacid Arellano* y en *La Cantuta* se procedió a establecer garantías de no repetición mediante la eliminación de los obstáculos para realizar los procesos penales.⁷⁶ Sin embargo, las garantías de no repetición como parte de la reparación no son exclusivas de estos casos; se han realizado en los supuestos de violaciones al derecho a la vida, en el contexto de ejecuciones extrajudiciales.⁷⁷

De las anteriores reflexiones se llega a la conclusión de que no existe una consecuencia jurídica de la declaración por la Corte IDH de que se ha cometido un CLH, pues igualmente llega a consecuencias similares sin establecer dicha comisión.

8. Conclusiones

En una serie de casos en el 2006, la Corte IDH inició una línea de jurisprudencia en la que resolvió que se habían cometido CLH. El análisis de estos casos lleva a concluir que las resoluciones de este tipo están plagadas de imprecisiones y son gratuitas.

Al hacer estos señalamientos, la Corte IDH cometió una serie de imprecisiones en la identificación de los elementos contextuales que convierten una conducta aislada en un CLH. También ha creado confusión en cuanto a su propia competencia y a la de los tribunales penales internacionales, que son la instancia adecuada para señalar cuándo se ha cometido un crimen internacional. Otra consecuencia de lo anterior es el desconocer la diferencia entre responsabilidad estatal y responsabilidad penal internacional.

⁷⁵ Véase el caso de la *Masacre de la Rochela contra Colombia*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de de mayo de 2007, serie C, n.º 163, § 76, 80-83 y 98.

⁷⁶ Véanse los casos *Almonacid Arellano*, cit., § 144, 151-157, y *La Cantuta*, cit., § 226.

⁷⁷ Véanse los casos *Bulacio contra Argentina*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 138; *Masacre de la Rochela*, cit., § 280 ss.; *Myrna Mack Chang*, cit., 281 ss., y *Carpio Nicolle*, cit., § 126-135.

Igualmente, derivó consecuencias jurídicas: la inaplicabilidad de mecanismos que generan impunidad como las amnistías, la prescripción y la aplicación de la cosa juzgada fraudulenta, por ejemplo. Sin embargo, estas consecuencias ya las había derivado de las violaciones a derechos humanos que, aunque se pudieran calificar de masivas o sistemáticas, no fue necesario retomar un concepto de DPI para considerar que imposibilitan la adecuada protección de los derechos humanos al impedir que sus violaciones sean investigadas, procesadas y sancionadas. Asimismo, no se derivó —o la Corte IDH no razonó— el aumento en la reparación de daño por la comisión de un CLH, por lo que este tipo de declaraciones carece de sentido.

Afortunadamente, la Corte IDH no ha vuelto a declarar la comisión de CLH, a pesar de haber tenido oportunidad para ello. Así es que por el momento estos errores de razonamiento han cesado con el abandono de estos pronunciamientos. Sin embargo, al reservarse la facultad de continuar haciendo estas declaraciones para “contextualizar” las violaciones de derechos humanos, lo único que se puede pedir es que los pronunciamientos sean más informados y técnicos en el uso de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.

En estas líneas se ha tratado de demostrar que en varios niveles esto fue un error, por lo que si la Corte IDH vuelve a declarar que se han cometido CLH en una situación particular, estas resoluciones serían contrarias al derecho internacional, y en particular al DPI y a la competencia de la propia Corte IDH.

DERECHOS HUMANOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES. OBSERVACIONES SOBRE EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESTATUTO DE ROMA

*Emanuela Fronza**

RESUMEN. Este trabajo analiza el artículo 21, párrafo 3, del Estatuto de Roma, que requiere a los jueces que interpreten y apliquen ese tratado de manera conforme con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Tal norma, vinculante para el intérprete, establece un límite superior en la persecución de los crímenes internacionales y exige a los jueces el rigor necesario para asegurar el respeto de este estándar. A partir de algunas decisiones de la Corte Penal Internacional, se busca identificar ciertos problemas que suscita esa norma con referencia a sus funciones originarias y al uso que hacen los jueces de la sumamente vaga fórmula de *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Respecto de otros sistemas supranacionales e internacionales, se pone de manifiesto que la Corte, juez de la compatibilidad con los derechos humanos, no está sujeta al control de ningún órgano superior, lo que muestra no solo la especificidad de este sistema penal, sino también algunas de sus imperfecciones.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, interpretación del derecho, normas jurídicas, Estatuto de Roma.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag analysiert Art. 21 Abs. 3 des Römischen Statuts, das die Richter verpflichtet, diesen Vertrag in Übereinstimmung mit den international anerkannten Menschenrechten auszulegen und anzuwenden. Diese für die Auslegung verbindliche Norm legt hohe Standards für die Verfolgung von Verbrechen gegen das Völkerrecht fest und fordert von den Richtern die zu ihrer Einhaltung nötige Strenge. Ausgehend von bestimmten Entscheidungen des Internationalen Strafgerichtshofs sollen einige Probleme herausgearbeitet werden, die sich aus der genannten Vorschrift hinsichtlich ihrer ursprünglichen Funktionen

* Agradezco a Alejandro Kiss y Elena Maculan por su ayuda para la preparación de esta contribución. Gracias también a Héctor Olásolo

und des Gebrauchs, den die Richter von der äußerst unklaren Formulierung *international anerkannte Menschenrechte* machen, ergeben. Ein Vergleich mit anderen supranationalen und internationalen Systemen lässt erkennen, dass der Gerichtshof, der über die Vereinbarkeit mit den Menschenrechten richtet, keinerlei Kontrollen eines übergeordneten Organs unterworfen ist, was nicht nur den besonderen Charakter dieses Strafrechtssystems, sondern auch einige seiner Unzulänglichkeiten verdeutlicht.

Schlagwörter: internationales Recht der Menschenrechte, Rechtsauslegung, Rechtsnormen, Römisches Statut.

ABSTRACT. This work analyses Article 21 paragraph 3 of the Rome Statute, which requires judges to interpret and apply the treaty in a manner consistent with internationally recognized human rights. That binding rule sets the upper limit for the prosecution of international crimes and judges must abide by this standard. Based on some decisions by the International Criminal Court, an attempt is made to identify issues raised by the rule with regard to its original functions and the way judges use the vague formula of *internationally recognized human rights*. As compared with other supranational and international systems, it is worth noting that the Court has authority to evaluate consistency with human rights and it operates without control by any superior body, which shows that this criminal system is very specific and not quite perfect.

Keywords: international human rights law, interpretation of the law, legal rules, Rome Statute.

1. Introducción

Por primera vez en la historia del derecho y de la justicia penal internacional, se observa en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) una norma que indica el derecho aplicable (artículo 21 del ECPI).¹

¹ Esta norma expresa claramente la voluntad del sistema de la Corte de autonomizarse respecto de otras fuentes externas y de establecer las fuentes aplicables (la autonomía del sistema es formalizada también por el artículo 10 del ECPI). Por el contrario, el pluralismo de fuentes y el rol asignado al juez son elementos que se ubican en una dimensión de continuidad con rasgos del derecho penal internacional preexistente en materia de fuentes aplicables. La práctica de la Corte denota la utilización de fuentes muy diversas (por ejemplo, se citan el *Report* del secretario general de las Naciones Unidas sobre "The Establishment of a Special Court of Sierra Leone" (CSL), sentencias de la Cámara de Apelación de la misma Corte, los Convenios de Ginebra, la Convención sobre

Los redactores del ECPI, en discontinuidad con las experiencias anteriores, han decidido no solamente indicar las fuentes, sino también ordenarlas según una jerarquía que se encuentra cristalizada en el párrafo 1, letras *a*, *b* y *c*, de esa misma disposición.²

Este trabajo no pretende analizar el sistema de fuentes en el ECPI, sino que se concentra exclusivamente en la cláusula de cierre contemplada en el párrafo 3 del artículo 21,³ que, casi de manera pleonástica, afirma:

La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

El objetivo específico de nuestro análisis es tratar de identificar la función de este artículo en el sistema de la Corte Penal Internacional (CPI) y · sin pretensión de exhaustividad· demostrar, a través del examen de algunas *decisions* de este tribunal, cómo esa disposición ha sido utilizada y qué problemas plantea.⁴

los Derechos del Niño de 1989 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

² “1. La Corte aplicará: a) en primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) en segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) en su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos”. Al respecto cf. I. Bantekas: “Reflections on some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law”, en *International Criminal Law Review*, n.º 6, 2006, pp. 121-136; Gilbert Bitti: “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden: Martinus Nijho, 2009, pp. 285, 294; A. Pellet: “Applicable Law”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John Jones: *Commentary on the ICC Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2002; Alexander Zahar-Goran Sluiter: *International Criminal Law: A critical Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 79-105; Paul Akande: “Sources of International Criminal Law”, en Antonio Cassese (dir.): *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009; Matteo Costi y Emanuela Fronza: “Le fonti”, en Enrico Amati, Valentina Caccamo, Matteo Costi y Antonio Vallini: *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán: Giuffré, 2010, p. 77.

³ Sobre el § 3 del artículo 21 del ECPI, véase Daniel Sheppard: “The International Criminal Court and ‘Internationally Recognized Human Rights’: Understanding Article 21 (3) of the Rome Statute”, en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010, pp. 43-71; Leena Grover: “A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3, 2010; Rebecca Young: “Internationally recognized human rights’ before the International Criminal Court”, en *International Comparative Law Quarterly*, n.º 60, 2011, pp. 189-208.

⁴ Respecto de la referencia a los derechos humanos en la práctica de los tribunales *ad hoc*, véase Elisabeth Lambert-Abdelgawad : “Les Tribunaux pénaux internationaux pour l’ex-Yougoslavie et le Rwanda et l’appel aux

2. El artículo 21, párrafo 3, del ECPI: la “interpretación y aplicación”. ¿La Corte como *Haus ohne Hüter*?

En primer lugar, cabe señalar que la norma examinada distingue entre aplicación e interpretación, actividades que en realidad no son fácilmente distinguibles.⁵

Puesta por el legislador y destinada a los jueces de la CPI, impone un límite a su actuación (la compatibilidad con los derechos internacionalmente reconocidos),⁶ sea en el momento interpretativo, sea en el momento aplicativo, que se refiere a las fuentes mencionadas en los apartados del párrafo 1 del mismo artículo. Al tope de la jerarquía prevista en el artículo 21 del ECPI, los redactores de este tratado colocan a los derechos humanos „internacionalmente%reconocidos. Por ello, entre las varias interpretaciones posibles, es necesario elegir la que sea compatible con los principios inherentes a esos derechos.

El párrafo 3 del artículo 21, en consecuencia, establece un límite superior de respeto a los derechos humanos, tal como se hace en otros sistemas internacionales o supranacionales. Piénsese, por ejemplo, en el sistema de la Unión Europea y la necesidad de respetar los derechos fundamentales.⁷ Una comparación con este sistema parece interesante porque permite reflexionar sobre elementos que, por un lado, caracterizan al sistema de la CPI y, por el otro, muestran la especificidad de este sistema.

El párrafo 3 del artículo 21 tiene como función obligar a los jueces a actuar de manera compatible con los derechos humanos. Sin embargo, el sistema de la CPI, a diferencia del sistema de la Unión Europea, no prevé ninguna jurisdicción superior competente para controlar la compatibilidad de su acción con el límite (superior)

sources du droit international du droit de l’homme”, en Mireille Delmas Marty, Emanuela Fronza y Elisabeth Lambert Abdelgawad (dirs.) : *Les sources du droit international pénal*, París : Société de Législation Comparée, 2005.

⁵ Que la actividad interpretativa pueda ser separada de la aplicación al caso en concreto es un debate muy vivaz. En el marco de la teoría del derecho, véase Gustavo Zagrebelsky: *La legge il suo diritto*, Bolonia: Il Mulino, 2011, el que evidencia que la aplicación suscita la necesidad de la interpretación y, por lo tanto, que se trata de momentos no separables.

⁶ En la versión en inglés de este párrafo se habla de una interpretación y aplicación que tiene que ser *consistent*; en el texto en francés se usa el término *compatible*.

⁷ El sistema establecido por la ECPI parece todavía más estricto porque se aplica no solamente a la interpretación, sino también a la aplicación. Ergo, no se puede interpretar ni aplicar una norma del ECPI si eso produce resultados discriminatorios o incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

puesto por aquella norma. En este sentido, parece una *lex imperfecta*, ya que no existe un guardián que pueda censurar eventuales antinomias y garantizar así el respeto de los derechos humanos. En otras palabras, el sistema de Roma ha previsto un organismo (la CPI) que puede defender al ECPI, pero no una jurisdicción competente, más allá de la CPI, que pueda defendernos del ECPI y de la actividad y las decisiones de la CPI.

La CPI no forma parte de un sistema *multilevel*, al menos en cuanto no existen organismos que puedan controlar su actividad.⁸ Es conocida la posibilidad en el ámbito europeo de que actúen diferentes jurisdicciones para identificar y solucionar una posible incompatibilidad con los derechos fundamentales, con base en una interpretación conforme a la Convención Europea, el derecho comunitario o el derecho nacional.⁹ Ahora bien, si la CPI optara en un caso por una interpretación o aplicación incompatible con el criterio establecido en el artículo 21, párrafo 3, es difícil imaginar que ella misma admitiera esa incompatibilidad. En efecto, la CPI es el *dominus* de este test de compatibilidad a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por lo tanto, en el futuro sería útil tratar de encontrar un mecanismo de control no solo en abstracto, sino también en concreto, para que sea posible plantear una eventual antinomia entre una decisión de la CPI y los derechos humanos a los que se refiere aquella norma.

La jurisprudencia de la CPI cita a menudo el párrafo 3 del artículo 21,¹⁰ y de esa jurisprudencia se desprende claramente la función de parámetro interpretativo y

⁸ Sobre el sistema *multinivel* de protección de los derechos fundamentales, cf. Vittorio Manes: "Introduzione", en Vittorio Manes y Vladimiro Zagrebelsky (dir.): *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milán: Giuffré, 2011.

⁹ Sobre este método, cf. Giusi Sorrenti: *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milán: Giuffré, 2006; para un análisis en el marco del derecho penal, cf. Francesco Viganó: "Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranaziali", en Corso-Zanetti (dir.): *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, p. 617; cf. también los artículos contenidos en el volumen a cargo de Vittorio Manes-Filippo Sgubbi: *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bolonia: Bononia University Press, 2007.

¹⁰ Más allá de las sentencias que vamos a analizar, se puede decir que la jurisprudencia de la CPI no siempre se refiere al párrafo 3 del artículo 21 con respecto a los mismos conceptos. Y esta referencia implica la utilización de otras normas (en abstracto tendrían que ser solamente instrumentos de interpretación) a veces individualmente y otras de manera conjunta. Por ejemplo, podemos citar la siguiente decisión: *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case ICC-01/04-01/06 OA8, Reasons for "Decision of the Appeals Chamber on the Defence Application 'Demande de suspension de toute action ou procédure afin de permettre la désignation d'un nouveau Conseil de la Défense' Filed on 20 February 2007 issued on 23 February 2007", Appeals Chamber, 9 de marzo de 2007 (§ 12), donde se afirma que el derecho del acusado a su representación legal en cabeza de un consejo, es un "derecho humano internacionalmente reconocido", y se citan varios tratados internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI), United Nations Document A/6316 (1966), 23 de marzo de 1976; Convención Europea de Derechos Humanos; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; Convención Americana de Derechos Humanos). Siempre en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 OA

aplicativo que tiene aquella norma. Al respecto, se puede citar como ejemplo una decisión pronunciada en el caso *Bemba*,¹¹ donde se establece lo siguiente:

39. The Chamber also takes into consideration the evidentiary principles as interpreted in previous decisions of the Court, as well as internationally recognised human rights standards as provided for in article 21(2) and (3) of the Statute.

Asimismo, se puede mencionar otra decisión de la CPI, pronunciada en el caso *Lubanga Dyilo*,¹² que parece especialmente interesante para entender cómo los derechos humanos tienen una eficacia preceptiva, vinculante para la interpretación y aplicación de las normas, sin que ello implique convertirlas en fuente del derecho:

*37. Breach of the right to freedom by illegal arrest or detention confers a right to compensation to the victim (see article 85 (1) of the Statute). Does the victim have any other remedy for or protection against breaches of his/her basic rights? The answer depends on the interpretation of article 21 (3) of the Statute, its compass and ambit. Article 21 (3) of the Statute stipulates that the law applicable under the Statute must be interpreted as well as applied in accordance with internationally recognized human rights. Human rights underpin the Statute; every aspect of it, including the exercise of the jurisdiction of the Court. Its provisions must be interpreted and more importantly applied in accordance with internationally recognized human rights; first and foremost, in the context of the Statute, the right to a fair trial, a concept broadly perceived and applied [...].*¹³

El artículo 21, párrafo 3, es utilizado también como puerta de entrada para argumentos adicionales que sustenten una interpretación efectuada por la CPI. Por ejemplo, la Cámara de Apelaciones,¹⁴ al afirmar que las personas que no sean testigos ni víctimas o familiares pueden ser protegidas a través de la *non-disclosure* de su identidad, en aras de garantizar su seguridad, busca apoyo en el artículo 21, párrafo

¹¹ OA 10, en particular en la *Sentencia relativa a las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008* (Appeals Chamber, 11 de julio de 2008), el juez Pikis, en su voto en disidencia (§ 13 ss.), también se valió del artículo 21, § 3, para citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo que establece límites a la participación de las víctimas y expresa el contenido de la noción de *juicio justo*.

¹² *The Prosecutor v. Bemba Gombo*, 01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, *Decision on Confirmation of Charges*, 15 de julio de 2009.

¹³ Cf. *Lubanga Dyilo*, 01/04-01/06-772, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, Appeals Chamber, 14 de diciembre de 2006, § 36-37.

¹⁴ Cursivas añadidas.

¹⁴ *The Prosecutor v. Katanga (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, *Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled "First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements"*, Case ICC-01/04-01/07 (OA), Appeals Chamber, 13 de mayo de 2008, § 57 y 58.

3, diciendo que su interpretación es conforme („*in adherence*“) a lo afirmado en ciertas sentencias del Tribunal Europeo.

2.1. Los derechos humanos “internacionalmente reconocidos”

Como hemos visto, el artículo 21, párrafo 3, del ECPI exige que la CPI interprete y aplique el derecho de conformidad con los derechos humanos *internacionalmente reconocidos*.

Esta formulación, que difiere de la que habla de derechos „generalmente“ reconocidos, no es nueva dentro del panorama internacional.¹⁵ El mismo test de compatibilidad, pese a que utiliza palabras parcialmente diferentes, puede encontrarse también en otros textos cuya aplicación es competencia de diferentes jurisdicciones penales internacionales. El texto del acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos en este país¹⁶ prevé en su artículo 12 (sobre procedimiento), párrafo 2:

Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) [...] shall exercise their jurisdiction in accordance with international standards of justice, fairness and due process of law, as set out in Articles 14 and 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, to which Cambodia is a party.

Esta formulación nos parece similar a la que ha sido utilizada en el párrafo 3 del artículo 21 del ECPI.¹⁷

Siempre en el marco de las ECCC, podemos mencionar la „*Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004*“ En efecto, el nuevo artículo 20, párrafo 1,¹⁸ y el nuevo artículo

¹⁵ Se encuentra la misma expresión en *United Nations Mission in Kosovo (UNMIK)*, Section 3 of UNMIK Regulation n.º 2000/6, each internationally-nominated judge or prosecutor has to take before the Special Representative of the Secretary-General upon appointment: “In carrying out the functions of my office, I shall uphold at all times the highest level of internationally recognized human rights, including those embodied in the principles of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its protocols”. Cf. Lorenzo Gradoni: *Human rights in practice*, en prensa, p. 5.

¹⁶ *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea*, firmado el 6 de junio de 2003 y en vigor desde el 29 de abril de 2005.

¹⁷ Para un análisis de las fórmulas utilizadas en otros textos aplicables por las jurisdicciones internacionales, cf. Lorenzo Gradoni: o. cit.

¹⁸ Nuevo artículo 20: “The Co-Prosecutors shall prosecute in accordance with existing procedures in force. If these existing procedures do not deal with a particular matter, or if there is uncertainty regarding their inter-

23, párrafo 1,¹⁹ hablan de „international standards%osin determinar su contenido. De la misma manera, el nuevo artículo 33, párrafo 2, se refiere a „international standards of justice%²⁰

Ahora bien, cabe preguntarse si el contenido de esta expresión tan vaga coincide con el de „generally recognized% si es diferente.

En realidad, el ECPI utiliza ambas en diversos artículos.²¹ Excluyendo a la norma sobre el derecho aplicable, el ECPI habla de normas generalmente reconocidas, por ejemplo, en el artículo 106, párrafo 1, con respecto a la ejecución de la pena y a las condiciones de reclusión.²²

Podemos preguntarnos si la expresión *internacionalmente reconocidos* incluye también a las normas regionales sobre derechos humanos, además de a las universales.²³

Esta formulación, en suma, contiene un *quid pluris* respecto de la fórmula derechos humanos *universalmente* reconocidos. Hablar de derechos humanos *internacionalmente* reconocidos permite recurrir también a fuentes como la Convención Europea o la Convención Americana de Derechos Humanos, así como a la jurisprudencia de las cortes respectivas, que son internacionales pero no universales.

Es interesante volver a mencionar el caso *Lubanga*, en particular una decisión en la que el juez Pikis, en su voto disidente, expresa que *internationally recognized human rights* tiene que ser entendida como expresión que lleva a la CPI a recurrir no

pretation or application or if there is a question regarding their consistency with international standards, the Co-Proseprocedural rules established at the international level”.

¹⁹ Nuevo artículo 23: “All investigations shall be the joint responsibility of two investigating judges, one Cambodian and another foreign, hereinafter referred to as Co-Investigating Judges, and shall follow existing procedures in force. If these existing procedures do not deal with a particular matter, or if there is uncertainty regarding their interpretation or application or if there is a question regarding their consistency with international standards, the Co-Investigating Judges may seek guidance in procedural rules established at the international level”.

²⁰ Nuevo Artículo 33: “The Extraordinary Chambers of the trial court shall exercise their jurisdiction in accordance with international standards of justice, fairness and due process of law, as set out in Articles 14 and 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights”. Cabe señalar también la regla 21 de las Internal Rules (as revised on 17 September 2010). Además, la Sala Preliminar de las ECCC, en la “Fully reasoned Decision on Ieng Thirith’s Appeal against the Coinvestigating Judges’ Order rejecting Request for Stay of Proceedings (D264/2)”, del 10 de agosto de 2010, usa los *international standards* para extender más allá de la letra de las Internal Rules la competencia habilitada por la apelación, concerniente a la legalidad de la detención. Véanse especialmente los párrafos 13 y 14.

²¹ El artículo 69, § 7, dispone: “No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando [...]”

²² “La ejecución de una pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión de la Corte y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos”.

²³ Algunos autores subrayan la naturaleza confusa de esta fórmula. Cf. Paul Akande: o. cit.

solo a la costumbre, sino también a instrumentos universales y regionales.²⁴ Afirma ese juez:

16. Article 21 (3) of the Statute ordains the application and interpretation of every provision of the Statute in a manner consistent with internationally recognized human rights. Internationally recognized human rights in this area, as may be distilled from the Universal Declaration of Human Rights and international and regional treaties and conventions on human rights [...].

De manera similar, en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares III en el caso *Bemba*,²⁵ se establece:

13. The principle of fairness of proceedings is a fundamental element in criminal proceedings, including its pre-trial phase, and it is mirrored in many provisions of the relevant legal instruments of the Court. As the Appeals Chamber previously held, article like every other article of the Statute must be interpreted and applied in accordance with internationally recognized human rights, as provided for in article 21(3) of the Statute. In this context, the Single Judge refers to the principle of fair trial as enshrined in international legal instruments, such as article 10 of the Universal Declaration of Human Rights, article 14 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights, article 6 (1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 8 (1) of the American Convention on Human Rights and article 7 (1) of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

De este ejemplo se desprende que, aunque sea difícil imaginar una antinomia entre las normas que debe aplicar la CPI y los derechos internacionalmente reconocidos, los jueces nunca podrían elaborar un concepto de juicio justo incompatible con lo que dicen otras jurisdicciones sobre derechos humanos.

Por lo tanto, la expresión *internacionalmente reconocidos* agrega algo diferente, lo que parece confirmado por el hecho de que cuando el legislador quiso realmente referirse a un orden jurídico universal, así lo hizo. Al respecto, cabe señalar el artículo 7, párrafo 1, letra *b*, donde se prevé el crimen de persecución como crimen contra la humanidad, y especialmente el criterio establecido en esa norma para determinar

²⁴ *Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Situation in the Democratic Republic of the Congo), "Judgment on the Appeal of Mr. Lubanga Dyilo against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled 'Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo'"*, Separate Opinion of Judge Georghios M. Pikis, Case 01/04-01/06 (OA 7), 13 de febrero de 2007, § 16. El juez, mediante el artículo 21.3, recurre a varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos: Declaración Universal (artículo 9), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 5), y tratados regionales como la Carta Africana (artículo 6) o la Convención Interamericana (artículo 7).

²⁵ Cf. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-75, "Decision on the Prosecutor's application for leave to appeal Pre-Trial Chamber III's decision on disclosure (25 August 2008)", (ICC, Pre-T.Ch. III, Kaul J.).

los grupos que pueden ser víctimas de este crimen: „[...] otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables”²⁶

En cambio, el artículo 21, párrafo 3, al hablar de *internationally recognized*, sugiere que los redactores del ECPI quisieron referirse a una categoría diferente, más amplia, internacional.

Cabe mencionar que la CPI pone en evidencia la especificidad de la jurisprudencia regional, la cual, como hemos dicho, a veces es citada para identificar y definir los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por ejemplo, en una decisión en el caso *Prosecutor contra Kony, Otti, Odhiambo and Ongwen (Situation in Uganda)*, del 16 de septiembre de 2009,²⁷ la Cámara de Apelaciones afirmó:

66. [...] Furthermore, and contrary to the contention of Counsel for the Defence, internationally recognised human rights standards do not necessarily extend all the rights enshrined in article 67 of the Statute to persons who have not yet been surrendered to the Court or appeared voluntarily before it. The decisions of the Inter-American Court of Human Rights and of the European Court of Human Rights on which Counsel for the Defence relies are related to procedural contexts different from the instant case.

Tras asumir que el artículo 21, párrafo 3, funciona como una norma *casi constitucional* en el sistema del ECPI²⁸ y que permite introducir en él normas y principios derivados de fuentes externas, la doctrina²⁹ ha puesto en evidencia que la CPI no ha elaborado todavía cómo seleccionar esas fuentes y cómo aplicar las reglas derivadas de ellas.³⁰

En cambio, lo que se advierte – y se critica – en muchas decisiones de la CPI es una aproximación que Sheppard define como *shotgun approach*. Con esta expresión el autor quiere referirse a un mecanismo interpretativo adoptado (por ejemplo, por el

²⁶ Cf. artículo 7, § 1, letra h: “Crímenes de lesa humanidad 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...] h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

²⁷ *The Prosecutor v. Kony, Otti, Odhiambo and Ongwen (Situation in Uganda), Judgment on the Appeal of the Defence against the “Decision on the Admissibility of the Case under Article 19(1) of the Statue” of 10 March 2009, Case ICC-02/04-01/05 OA 3, Appeal Chamber, 16 de setiembre de 2009, § 66.*

²⁸ Sheppard: o. cit., p. 46.

²⁹ Ibídem.

³⁰ Ibídem, p. 44.

juez Kaul sobre la interpretación de *fairness*) en aras de calificar un concepto o principio como derecho humano internacionalmente reconocido. Consiste en citar muchas fuentes diferentes que prevén el mismo concepto o principio, pero sin detenerse en analizar el valor jurídico de los instrumentos que se citan (si son vinculantes o solo declaran principios) ni por qué deberían tener relevancia instrumentos regionales aplicables en continentes diferentes al del caso que se juzga (ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos en el continente africano).

Se deduce que estos instrumentos internacionales, tan diferentes entre sí y con un alcance aplicativo distinto, son utilizados como indicador de la existencia de una costumbre internacional al respecto (es decir, que de acuerdo con la costumbre internacional, ese principio es un derecho humano internacionalmente reconocido).³¹

3. El artículo 21, párrafo 3, como norma de guía para la actividad de la Corte

Antes de analizar decisiones que hacen referencia al párrafo 3 del artículo 21, parece oportuno intentar aclarar cuáles son la naturaleza y las funciones de esta norma.

En efecto, mientras que el párrafo 1 (letras *a*, *b* y *c*) del artículo 21 señala las fuentes aplicables, el párrafo 3 no contiene una fuente suplementaria. Esta norma, en otras palabras, no es una fuente de derecho, en el sentido de que no puede reconocer nuevos derechos a las víctimas o a los imputados más allá de lo que ya prevé el ECPI. Por decirlo de algún modo, no es una letra *d* del párrafo 1, sino que guía a los jueces en la interpretación y aplicación de las otras fuentes del derecho.

Además, si la CPI aplicara de manera correcta los párrafos 1 y 2 del artículo 21 (que exigen también una carga argumentativa más compleja para los jueces), el párrafo 3 sería muy poco utilizado. Como hemos dicho, no se trata de una fuente, sino de una disposición que puede introducir normas (parámetros) en el sistema de la CPI, a fin de comprobar la compatibilidad de la actividad de esta Corte con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*test de compatibilidad*).³²

³¹ Ibídem, p. 7.

³² La dificultad se debe a que el ECPI va más allá de la flexibilidad inherente al *human rights law*, al introducir un test de reconocimiento internacional, pero sin aclarar los criterios para superar este test. Ibídem, p. 47.

En efecto, se trata de una disposición que marca un límite interno a los jueces, con el objetivo de garantizar el respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y el fin antidiscriminatorio. Entre todas las interpretaciones posibles, los jueces tienen que elegir la que sea compatible con esos estándares, por lo que quedan excluidas las interpretaciones y aplicaciones que sean abstractamente admisibles de acuerdo con las disposiciones estatutarias o las reglas de procedimiento y prueba, pero no según el párrafo 3.

En cambio, si se interpreta esta norma como disposición que indica una fuente ulterior, se anula su diferencia con los párrafos 1 y 2, ya que estos permiten que los jueces recurran a fuentes diferentes por fuerza y contenido.

Por el contrario, el párrafo 3 solamente exige que el intérprete compruebe que su interpretación y aplicación sea coherente; no requiere aplicar *tout court* otras fuentes sobre derechos humanos internacionalmente reconocidas que puedan crear nuevos derechos. Una interpretación semejante terminaría por convertirse en una enmienda aunque informal del artículo 21 del ECPI, y podría ser peligrosa si se tiene en cuenta la tendencia autopoietica y autorreferencial de las jurisdicciones penales internacionales,³³ rasgo general que es confirmado por la actividad de la CPI.

4. El uso del artículo 21, párrafo 3, en la jurisprudencia de la Corte: algunas decisiones paradigmáticas

Después de estas consideraciones preliminares, intentaremos mostrar, a través del análisis de algunas decisiones de la CPI, la utilización del artículo 21, párrafo 3, y los elementos problemáticos que surgen de esta primera jurisprudencia.

Por razones obvias, no podremos abarcar toda la jurisprudencia de la CPI.³⁴ Hemos seleccionado algunas decisiones paradigmáticas, en nuestra opinión,

³³ Véase la contribución de J. De Hemptinne en Mireille Delmas Marty, Emanuela Fronza y Elisabeth Lambert Abdalgawad (dirs.): *Les sources du droit international pénal*, París: Société de Législation Comparée, 2005.

³⁴ No vamos a examinar aquí todas las cuestiones que plantea el artículo 21, § 3. Por ejemplo, quedaría fuera la pregunta acerca de si esta norma otorga nuevos poderes a la CPI. A este respecto se habla de *inherent powers* de la CPI. También se dice que poderes que no se pueden desumir del ECPI se pueden recabar del artículo 21, § 3 (en este sentido, Gradoni habla de *effect of power conferring* de esta norma; véase *Human rights in the practice*, cit.).

acerca de aspectos problemáticos que pueden surgir de la dimensión *viviente* de esa disposición.

4.1. ¿Qué fuentes pueden servir para interpretar de modo compatible el derecho aplicable? El recurso a los Principios Básicos sobre los Derechos de las Víctimas

Es interesante citar una decisión en el caso *Lubanga*,³⁵ en la que la Sala de Primera Instancia I se pronunció sobre la noción de daño (*harm*) y, al referirse al artículo 21, párrafo 3, del ECPI, y por su intermedio a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, amplió la definición de daño relevante para la atribución de la calidadd de víctima, a partir de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (*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*).

En el voto de la mayoría, el artículo 21, párrafo 3, ha sido utilizado como puerta de entrada para incorporar los Principios Básicos sobre los Derechos de las Víctimas, a fin de adoptar su definición amplia de daño y la consecuente concepción amplia de víctima (párrafos 34-35 y 92).

Cabe poner de manifiesto que, en su voto disidente, el juez Blattman critica esa interpretación de la mayoría. En realidad, el juez no critica el uso del artículo 21, párrafo 3 (lo que, por el contrario, apoya), sino el hecho de que mediante esta norma se recurra a los Principios Básicos (párrafos 4 y siguientes del voto citado). Afirma que los principios 8 y 9 que cita la mayoría no constituyen „una autoridad fuertemente persuasiva o decisiva%que la CPI debería utilizar, debido a que su contenido había sido expresamente discutido y rechazado durante los trabajos preparatorios del ECPI (párrafo 5). Es decir que, para el juez, el recurso a otros instrumentos internacionales que establezcan derechos es admisible, a condición de que no impliquen ir en contra de lo que fue expresamente rechazado a la hora de adoptar el ECPI (párrafo 4).

³⁵ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on victims’ participation”, Trial Chamber I, 18 de enero de 2008. Sobre esta decisión y otra jurisprudencia sobre el tema de protección de las víctimas, cf. Alejandro Kiss y Héctor Olásolo: “El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de las víctimas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12, 2010, pp. 7 ss.

Asimismo, el juez critica la interpretación de la mayoría porque implica una definición imprecisa de *víctimas* que pone en peligro el derecho del imputado a un juicio justo y de duración razonable.

Por último, recuerda que otras Salas de la CPI han dado interpretaciones diferentes de las nociones de daño y víctima, más restrictivas, y que apartarse de esos precedentes sin ningún respaldo normativo conlleva el riesgo de producir una pluralidad de interpretaciones diferentes que engendren confusión y disparidades entre las víctimas.

El 11 de julio de 2008, la Cámara de Apelaciones³⁶ confirmó parcialmente la decisión de la Sala de Primera Instancia al afirmar que solo puede ser considerado víctima quien haya padecido un daño personal, sin necesidad de que este sea también directo, y que las víctimas que participan en el juicio pueden, en principio, presentar pruebas relacionadas con la culpabilidad o la inocencia de los acusados e impugnar la admisibilidad o la pertinencia de las pruebas. Por otra parte, afirmó que la participación de las víctimas, de acuerdo con la regla 85, está limitada a lo relacionado con los crímenes descritos en los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares (párrafos 53-65).

4.2. La ausencia de decisiones como criterio interpretativo para el test de compatibilidad

En la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I,³⁷ firmada por la jueza Sylvia Steiner, se analizan los derechos de las víctimas a presentar pruebas y a refutar la prueba presentada por la Fiscalía y la Defensa. Esta decisión nos parece interesante para observar de qué manera se puede recurrir a la jurisprudencia de los organismos regionales, mediante el artículo 21, párrafo 3, como modalidad de interpretación de las normas aplicables.³⁸

³⁶ CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 11 de julio de 2008, acerca de las apelaciones del fiscal y el defensor contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I, de 18 de enero de 2008, sobre la participación de las víctimas.

³⁷ ICC-01-04-01/07, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, 13 may 2008. Sobre la jurisprudencia acerca de las víctimas y también sobre la incoherencia de esa jurisprudencia, véase Kiss y Oláso: o. cit., pp. 7-9.

³⁸ Cabe señalar que, a menudo, la CPI cita la jurisprudencia de los organismos regionales. Por ejemplo, parece muy importante recordar que justamente esta jurisprudencia ha sido utilizada por los jueces para afirmar nuevos derechos de las víctimas, como el derecho a la verdad y a la justicia. Para fundamentar la existencia de este derecho que define como “bien establecido”, la CPI cita no solamente las normas de los Convenios de Ginebra, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Cf. CPI: *Situation in The Democratic Republic Of The Congo in the Case of The Prosecutor*

La jueza cita los sistemas nacionales que reconocen tales derechos (Francia, Alemania, España y Brasil), y al mismo tiempo recurre a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos, para establecer que esos derechos son compatibles con los estándares internacionalmente reconocidos sobre los derechos de defensa y a un juicio imparcial. Llega a esta conclusión a raíz de dos argumentos: en primer lugar, la *ausencia* de decisiones de esos órganos que declaran que el reconocimiento de tales derechos de participación infringe los derechos del acusado, o que la previsión de derechos de persecución no acompañados por poderes de investigación infringe esos derechos; en segundo lugar, la existencia de sentencias de tales órganos que, en cambio, reconocen que el derecho de la víctima de participar en la fase de investigaciones preliminares ha sido especialmente útil para la lucha contra la impunidad, y por ende constituye un mecanismo efectivo para cumplir con las obligaciones internacionales de persecución y castigo que recaen sobre todo Estado.

Por lo tanto, de acuerdo con los estándares de derechos humanos, la participación de las víctimas no es ilegítima. La CPI interpreta el artículo 68, párrafo 3, del ECPI, de acuerdo con jurisprudencia sobre estándares internacionales. El problema es que la jueza Steiner interpreta esta norma valiéndose de la falta de jurisprudencia sobre el punto específico. De esta manera, la conformidad de esos derechos de participación con los derechos humanos internacionalmente reconocidos es derivada de una argumentación que podemos definir como indirecta. La sentencia, en efecto, llega a inferir un principio de la ausencia de fallos de las cortes regionales, y de esta ausencia deriva, mediante un

v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 13 May 2008, § 32, nota 39. En esta misma decisión (§ 39 y nota 42), se cita jurisprudencia regional para fundamentar el derecho a la justicia, y se subraya la existencia abundante de sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo. Sobre el derecho a la verdad véase también ICC 01/0401/06, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Situation in Democratic Republic of the Congo, Observations from the Legal Representatives of the Victims in response to the documents filed by the Prosecution and the Defence in support of their appeals against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009*, Chamber of Appeals, 23 de octubre de 2009. La fuerza de la jurisprudencia del Tribunal Europeo también es puesta de manifiesto por las Cámaras especiales para Camboya; véanse *Co-Prosecutors v. Nuon*, *Decision on Appeal against Order on Extension of Provisional Detention of Nuon Chea*, Case File n.º 002/19-09-2007-ECCC/OCU (PTC13), Pre-Trial Chamber, 4 de mayo de 2009, § 47, y la sentencia en el caso *Duch*: Trial Chamber, *Co-Prosecutors v. Kaing Guek Eav ("Duch")*, Judgement, Case File/Dossier 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 de julio de 2010, § 498, en lo que concierne a la definición de crímenes contra la humanidad y el derecho de defensa (§ 498). La CPI utiliza la jurisprudencia regional respecto del derecho sustantivo, pero sobre todo en relación con el derecho procesal. No siempre el uso de la jurisprudencia regional es riguroso. Por ejemplo, respecto de los estándares de prueba, la CPI cita muchas decisiones de las Cortes regionales que parecieran apoyar un mismo estándar, pero si se analiza más profundamente esta jurisprudencia se descubre que realmente no se está refiriendo a los mismos estándares.

razonamiento que no nos parece correcto, la compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

4.3. El artículo 21, párrafo 3, del Estatuto: ¿de norma limitadora a norma peligrosa?

Otra decisión que nos permite reflexionar sobre la formulación y la posible utilización del artículo 21, párrafo 3, es la adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares III, en la persona del juez Hans-Peter Kaul.³⁹

Sin que podamos detenernos aquí a analizar la decisión en su conjunto, queremos solamente poner de manifiesto un aspecto que adquiere relevancia particular para nuestra reflexión. Específicamente, el juez Kaul admite que una persona fallecida puede ser víctima ante la CPI en ciertas condiciones: primero, si era una persona natural al momento del delito (artículo 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba); segundo, si su muerte fue provocada por un crimen de competencia de la CPI; por último, si su heredero ha efectuado una presentación escrita en nombre del fallecido (párrafos 39-52).

Además, el juez Kaul establece que los derechos de la víctima fallecida (de participación en el procedimiento) pueden ser ejercidos por su heredero. El caso sería asimilable al de la acción interpuesta en nombre de la víctima cuando esta sea un menor o un discapacitado, o bien brinde su consentimiento, según la regla 89.3 de las *Rules*, pero no encuentra respaldo normativo en esa disposición, sino en el artículo 21, párrafo 3, del ECPI. Ello significa que tal participación tiene que ser admitida de manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y (tal como literalmente surge de la decisión) con la jurisprudencia correspondiente. Según el juez, de acuerdo con estas fuentes resulta “evidente” (*self-evident*) que la víctima no deja de ser tal a causa de su fallecimiento (§ 40).

En este caso, el párrafo 3 del artículo 21 es utilizado por el juez para introducir como argumentos jurídicos algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de las víctimas a la reparación. De acuerdo con estas sentencias (*Aloeboetoe et al. contra Surinam y Garrido y Baigorria contra Argentina*), el derecho a la reparación, en caso de muerte de la víctima directa, se transmite a sus herederos, y se une al derecho a la reparación del que gozan estos por derecho propio, ante los daños padecidos por la muerte de su ser querido. El juez reconoce que las sentencias citadas se ocupan del derecho a la reparación, pero opina que sus conclusiones pueden

³⁹ ICC-01/05-01/08-320, PTC III, “Fourth Decision on Victims’ Participation”, 12 de diciembre de 2008.

ser extendidas a los derechos de participación, que son instrumentales, *inter alia*, para la obtención de una reparación.

El juez llega a la conclusión de que la persona fallecida es víctima ante la CPI y que sus derechos de participación pueden ser ejercidos por su heredero, siempre y cuando este sea a su vez una víctima que goza de derechos de participación.

Si bien nuestro análisis está centrado en el artículo 21, párrafo 3, aquí utilizado como norma interpretativa para admitir la participación de víctimas fallecidas y afirmar su compatibilidad con los estándares de derechos humanos internacionalmente reconocidos, podemos decir que, en principio, esta condición del heredero existe siempre, porque la muerte de un ser querido le provoca de por sí un daño.⁴⁰ Ahora bien, ¿qué es lo que gana el juez al reconocerle al fallecido el estatus de víctima? ¿No es suficiente reconocérselo a su heredero por derecho propio (a causa del daño provocado por la muerte de un ser querido) y por ende otorgarle directamente a él los derechos de participación?

Más allá de estas consideraciones sobre el concepto de víctima, la decisión nos parece ilustrativa de cómo el artículo 21, párrafo 3, puede ser utilizado para ampliar conceptos o derechos del ECPI, y de esta manera demuestra también su lado oscuro, sus potencialidades peligrosas, si se tiene en cuenta, además, que muchos de esos conceptos están formulados de manera tan amplia que permiten el ingreso de otros principios o derechos.

La manera de actuar de los jueces demuestra los riesgos implícitos en llenar silencios (o lagunas) del ECPI, a costa de subvertir los derechos protegidos y afirmados en él. Ninguna importación es sin costos para la estructura del sistema de la CPI. De hecho, mientras que el artículo 21, párrafo 3, en las intenciones de los redactores tenía la finalidad de limitar a la CPI, si es utilizado como en esta decisión puede, a la inversa, convertirse en un vehículo para ampliar e introducir nuevos derechos (en este caso a favor de las víctimas).

4.4. El artículo 21, párrafo 3, como norma que no permite crear nuevos derechos

En esta decisión sobre el derecho de las víctimas a participar en la investigación de los crímenes en sus lugares de comisión y a impulsar las actuaciones

⁴⁰ Tal vez sea por ello que el juez establece ciertas condiciones de carácter formal (véanse § 48-51): 1) el heredero debe dejar claro si actúa por su cuenta o en nombre del fallecido; 2) debe brindar suficiente información acerca de la identidad propia y del fallecido y de la relación entre ellos; 3) debe efectuar una presentación por escrito a ese respecto. Sobre este aspecto específico, véase Kiss-Olásolo: o. cit., pp. 5-7.

que deriven de esa investigación, la CPI analiza un aspecto relevante para nuestra reflexión, a partir de una laguna del derecho detectada por el fiscal: el ECPI no prevé expresamente un mecanismo para examinar las decisiones que rechazan la posibilidad de apelar una resolución (y no solamente una sentencia). El fiscal sostiene que para colmar esta laguna hay que aplicar el artículo 21, párrafo 1, letra *c*, del ECPI, y buscar la existencia de tal regla en los ordenamientos nacionales.

La CPI rechaza su planteamiento porque de los ordenamientos citados no se puede inferir la existencia de un principio unívoco al respecto, sino que, por el contrario, existen sistemas nacionales importantes que no lo prevén. La inexistencia de este mecanismo no infringe los derechos humanos internacionalmente reconocidos, porque no se trata de un derecho humano fundamental (§ 38).

Por lo tanto, la CPI concluye en que no existiría la laguna señalada por el fiscal, ya que el ECPI define exhaustivamente el derecho a apelar las decisiones de primera instancia, lo que es confirmado por los trabajos preparatorios y conforme con la interpretación sistemática de la norma (§ 39).

Ante la inexistencia de la laguna en el caso concreto, el artículo 21, párrafo 1, letra *c*, no es aplicable al presente caso.

Aunque los jueces no establezcan una regla general, nos parece interesante preguntarnos si esta visión puede extenderse al artículo 21, párrafo 3. Una laguna en el derecho existe cuando cierta cuestión jurídica no tiene una solución en el sistema normativo. Al analizar si el sistema jurídico preveía una solución para la cuestión jurídica de la impugnación contra la decisión que rechaza la posibilidad de apelar, la fiscalía observa al „derecho% como a una noción general (§ 21 de la decisión 168) que se refiere a „*the applicable law in a wide spectrum of judicial action%* La Sala, en cambio, tiene una aproximación completamente ceñida a la ley (artículo 82 del ECPI) y a su texto, por lo que puede concluir que no había lagunas. Así, la CPI ha sentado una regla acerca de cómo se compone el sistema jurídico para evaluar si hay lagunas. Del mismo modo, es posible afirmar que debe mirarse a la ley y a su texto para determinar el alcance de lo que genuinamente se puede considerar interpretación.

La decisión examinada, por lo tanto, podría ayudar a determinar cómo operaría un límite al rendimiento que pueden tener los derechos humanos reconocidos internacionalmente: ellos solo pueden guiarnos en la interpretación de la ley y del derecho en ese sentido restrictivo. Esta categoría de derechos humanos internacionalmente

reconocidos (aún de difícil reconstrucción) no sirve para crear derechos nuevos, ni para el imputado ni para las víctimas, sino para interpretar los derechos que ya están previstos en el ECPI y las Reglas.

5. Conclusiones

La norma estudiada impone a los jueces, por un lado, una obligación de interpretación y aplicación compatible con los derechos humanos y, por el otro, un estándar más bajo que el previsto en el párrafo 1 del artículo 21, el que exige brindar la prueba de la vigencia de una norma aplicable y no solamente la de su compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El artículo 21, párrafo 3, introduce un estándar diferente y menos elevado, y también es susceptible de ser utilizado como vehículo de desformalización del derecho aplicable.

En realidad, si la CPI actuara de manera rigurosa y respetando lo establecido en el artículo 21, párrafo 1, letras *a*, *b* y *c*, no sería necesario recurrir al párrafo 3 del artículo 21, mucho menos en casos raros. Y en estos casos sería importante, de todas formas, garantizar un respeto riguroso de aquella disposición, debido a que no existe un control externo sobre la actuación de la CPI.⁴¹

Por último, quedan abiertas algunas cuestiones que parece oportuno mencionar.

Primero, podemos preguntarnos si el párrafo 3 podrá servir como norma para otorgar nuevos poderes (implícitos) a la CPI.⁴²

En segundo lugar, nos parece crucial la cuestión, ya mencionada, sobre el perímetro de la expresión muy vaga *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. ¿Derechos humanos internacionalmente reconocidos por quién? Existen, como ya hemos visto, varios vehículos de reconocimiento. Lo que se puede esperar es que

⁴¹ Sheppard: o. cit., p. 44.

⁴² Entre otras *decisions* relevantes a este respecto, podemos mencionar *Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, Case ICC-01/04-01/06 (OA4), 14 de diciembre de 2006, § 37. Cf. también *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, Judgment in the Appeal by Mathieu Ngudjolo Chui of 27 March 2008 against the Decision of Pre-Trial Chamber I on the Application of the Appellant for Interim Release, Case ICC-01/04-01/07 OA 4, Appeals Chamber, 9 de junio de 2008, § 15. Analiza este problema mediante el examen de la jurisprudencia de la CPI y de los Tribunales *ad hoc*, Gradoni: o. cit.

la CPI haga un esfuerzo para brindar, mediante su jurisprudencia, los criterios que sirvan de guía a los jueces en esta operación de identificar los límites y el contenido de esos derechos.

Finalmente, aún más importante parece el respeto de la CPI por el espíritu originario y la verdadera función del artículo 21, párrafo 3, del ECPI. Por lo tanto, la CPI se tendrá que esforzar para que las soluciones a las que llegue mediante interpretación y aplicación de las fuentes del artículo 21 no sean contrarias a los estándares internacionales, y que al pronunciar sus decisiones se preocupe por realizar este ejercicio y no, en cambio, por recurrir al artículo 21, párrafo 3, con otras finalidades, como por ejemplo la de convalidar *ex post* una solución adoptada respecto de una cuestión novedosa o muy delicada.

RELACIONES ENTRE EL “DERECHO A LA VERDAD” Y EL PROCESO PENAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Pablo Galain Palermo

RESUMEN. Este artículo se ocupa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida al *derecho a la verdad* que tiene la víctima individual y colectiva y su relación con el proceso penal, especialmente cuando se trata de crímenes de lesa humanidad. Se presenta someramente la evolución del derecho a la verdad en el ámbito interamericano y en los organismos internacionales y se analiza críticamente si estamos frente a un derecho de la víctima de conocer la verdad o frente a una obligación del Estado de investigar y sancionar. El trabajo se concentra en la relación entre el derecho de la víctima a la verdad y el crimen de desaparición forzada, y pretende responder a la cuestión de si el procedimiento penal es el mecanismo adecuado para esclarecer la verdad cuando se trata de la justicia de transición, cuyas exigencias de justicia, verdad y reparación tienen que ser satisfechas considerando aspectos jurídicos y políticos que permitan la mejor reacción a los crímenes contra los derechos humanos y no impidan la elaboración del pasado.

Palabras clave: crímenes de lesa humanidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, desaparición forzada de personas, derecho a la verdad, proceso penal, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Artikel befasst sich mit der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum *Recht auf Wahrheit* von einzelnen und kollektiven Opfern und dessen Verhältnis zum Strafprozess, insbesondere bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Die Entwicklung des Rechts auf Wahrheit im interamerikanischen Bereich und in den internationalen Organen wird kurz dargestellt und die Frage, ob wir es mit einem Recht des Opfers, die Wahrheit zu kennen, oder einer Verpflichtung des Staates zur Untersuchung und Bestrafung zu tun haben, einer kritischen Prüfung unterzogen. Die Arbeit konzentriert sich auf das Verhältnis des Opferrechts auf Wahrheit zum Verbrechen des gewaltsamen

Verschwindenlassens und bemüht sich um eine Antwort auf die Frage, ob ein Strafverfahren der angemessene Mechanismus zur Wahrheitsfindung ist, wenn es um die Übergangsjustiz geht, deren Anforderungen an Gerechtigkeit, Wahrheit und Wiedergutmachung unter Berücksichtigung unterschiedlicher rechtlicher und politischer Gesichtspunkte zu erfüllen sind, die eine optimale Reaktion auf die Verbrechen gegen die Menschenrechte ermöglichen und der Aufarbeitung der Vergangenheit nicht im Weg stehen.

Schlagwörter: Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, gewaltsames Verschwindenlassen von Personen, Recht auf Wahrheit, Strafprozess, Rechtsprechung.

ABSTRACT. This article deals with the case law of the Inter-American Court of Human Rights with respect to individual and collective victims' *right to the truth* and its relation to criminal proceedings, particularly in the case of crimes against humanity. It briefly presents the evolution of the right to the truth in the Inter-American sphere and in international organizations and offers a discussion of whether this is in fact the victim's right to know the truth or the State's duty to investigate and punish. The work focuses on the relation between the victim's right to the truth and the crime of forced disappearance, and attempts to establish if a criminal proceeding is the adequate mechanism for shedding light upon the truth in cases of transitional justice. Such processes involve providing justice, truth and reparations while considering the legal and political aspects for a response to crimes against humanity which does not preclude coming to terms with the past.

Keywords: crimes against humanity, Inter-American Court of Human Rights, forced disappearance of persons, right to the truth, criminal procedure, case law.

1 • Introducción

1. Este trabajo analiza en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el derecho a la verdad de la víctima, en su dimensión individual y colectiva, y su relación con la obligación estatal de perseguir las violaciones graves a los derechos humanos, especialmente en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad. Se asume como punto de partida que el “derecho a la verdad” es invocado en el ámbito interamericano por las instituciones protectoras de los derechos humanos, en el contexto de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y en las infracciones graves del derecho humanitario.

2. El problema central que este trabajo aborda está relacionado, por un lado, con la falta de autonomía conceptual del derecho a la verdad, que según la Corte IDH se legitima (adquiere su razón de ser) por su vinculación directa con la justicia penal y con la obligación estatal de persecución de los responsables de los crímenes de lesa humanidad,¹ y, por otro lado, se analiza la posibilidad de obtener la verdad a través de un procedimiento penal.

3. Del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH escogida surge la siguiente hipótesis: *La Corte IDH reconoce un derecho de la víctima en su dimensión individual y colectiva a la verdad que no es autónomo, sino que se relaciona directamente con la obligación estatal de castigar a los responsables y de modo indirecto con el derecho a la reparación.* En concreto, la jurisprudencia constante de la Corte IDH mantiene como una tesis: *Cuando se han cometido graves violaciones de los derechos humanos la verdad es un derecho de la víctima que tiene que ser satisfecho únicamente por medio del procedimiento penal.* Este trabajo, sin embargo, somete a verificación la siguiente hipótesis: *La víctima tiene derecho a conocer lo sucedido y a participar del proceso de elaboración de la verdad, que puede ser satisfecho por medios judiciales y/o extrajudiciales, que deben utilizarse de forma complementaria.*

2 • Evolución del derecho a la verdad en el ámbito interamericano y en los organismos internacionales

4. El derecho a la verdad estuvo vinculado principalmente al derecho internacional humanitario como un derecho de la víctima directa.² La práctica sistemática y masiva de las desapariciones forzadas en la década de 1970 hizo que el concepto del derecho

¹ La jurisprudencia de derechos humanos no relaciona, en principio, al *derecho a la verdad* con el derecho de la víctima a saber y/o a participar en el proceso de “búsqueda” o “elaboración” de la verdad, ni con la reparación ni con el derecho colectivo a la pacificación social (reconciliación) y democratización del sistema, sino que considera a este derecho como una especie de efecto derivado del deber estatal de persecución y/o castigo de los responsables de violaciones a los derechos humanos. Así se hace depender el derecho a la verdad de la justicia penal (se lo liga expresamente con el castigo de los responsables), de modo que la reparación de las víctimas (y la pacificación social) serían un efecto derivado de la justicia penal.

² Véase Proyecto ProFis: *Manual de procedimiento para la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: GTZ, 2.^a edición, 2011, capítulo 1.

a la verdad fuera objeto de mayor atención de los órganos internacionales³ y regionales de derechos humanos,⁴ ampliando el concepto de víctima a toda la colectividad.⁵ El derecho a la verdad luego se amplió a otras violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, los homicidios políticos y la tortura.⁶ En realidad, en el ámbito internacional no hay unanimidad de criterios, porque en varios instrumentos internacionales no se hace referencia explícita al derecho a la verdad, pero se lo relaciona de alguna forma con el derecho de los interesados a tener acceso a los resultados de una investigación y/o a disponer de recursos judiciales rápidos y efectivos.⁷ El desconocimiento de la verdad mantiene estrecha relación con la imposibilidad de interponer el derecho de hábeas corpus, esto es, se relaciona con el derecho de acceso a la justicia. El derecho de la víctima guarda relación con conocer la verdad y, en el ámbito de América Latina, tiene estrecha relación con los procesos de transición, como lo ha constatado la Corte IDH a partir del caso *Barrios Altos contra Perú*, como se verá más adelante.

5. La CADH no contiene ninguna disposición que refiera expresamente a los derechos de la víctima a la verdad o a la justicia, sino que únicamente contiene una disposición sobre el derecho a la reparación (artículo 63.1). No obstante esta falta de

³ En los organismos internacionales se acepta sin embates un “derecho a la verdad” de la víctima relacionado con determinadas obligaciones estatales. *El derecho a la verdad*, informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/12/19); AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06, aprobado en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006).

⁴ La Comisión de Derechos Humanos (1997) redactó un conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II), que han servido de base a la Corte IDH para relacionar el derecho a la verdad con algunas obligaciones estatales de garantía derivadas de los derechos contemplados en la CADH. Véase el caso *Blake contra Guatemala*, sentencia de fondo del 24.1.1998, serie C, n.º 36, § 97 ss. Allí se presenta una relación intrínseca del derecho a la verdad con otros derechos contemplados en la CADH, como el derecho de la víctima a las garantías judiciales (artículo 8), que abarca un derecho de los familiares de la víctima a la investigación de la desaparición forzada.

⁵ La OEA ha reconocido expresamente el derecho a la verdad en relación con el crimen de desaparición forzada de personas. OEA Permanent Council, Resolution OES/serieG CP/CAJP-2278/05/rev.4, 23.5.2005. En el ámbito de la OEA informes de la Com IDH sobre la situación de los derechos humanos en ciertos países de la región relacionan el “derecho a la verdad” con el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas y con el padecimiento constante de las víctimas mientras la verdad permanezca oculta. En ese contexto el conocimiento de la “verdad” pretende acabar con el sufrimiento y las penurias de los familiares y de cualquier persona con interés legítimo, por la incertidumbre en que se encuentran y por la imposibilidad en que se hayan de proporcionarles a las víctimas asistencia legal, moral y material (AG/Resolución 2175 (XXXVI-O/06, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006).

⁶ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/2006/91, 9.1.2006, *Promoción y protección de los derechos humanos*, estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁷ Ibídem. También, *Declaration on the protection of all persons from enforced disappearance*, resolución de la Asamblea General 47/133, 18.12.1992 (artículos 13.4 y 9.1); *Principles on the effective prevention and investigation of extralegal, arbitrary and summary executions, recommended by economic and social council*, resolución 1989/65, 24.5.1989 (principio 16).

positivización, la jurisprudencia de la Corte IDH ha considerado a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como los estándares en los que se basan los derechos de las víctimas. Según la Corte IDH, desde el caso *Velázquez Rodríguez*, la verdad se construye a partir de la obligación estatal de respetar los derechos de los ciudadanos (artículo 1.1 CADH), las garantías judiciales (artículo 8 CADH) y la protección judicial (artículo 25 CADH).⁸

3. Derecho a la verdad y obligación estatal de investigar (¿lucha contra la impunidad?)

6. El derecho a conocer la verdad se origina en el derecho internacional humanitario (DIH), como un derecho individual de los familiares de saber o conocer el destino de la víctima en casos de conflictos armados.⁹ El contenido del derecho que asiste a la víctima se relaciona con “conocer la verdad sobre esas violaciones de la manera más completa posible”.¹⁰ Hoy en día se reconoce a las víctimas, individual y colectivamente, un derecho a conocer la realidad de los hechos acontecidos.¹¹ Este derecho se entiende que consta de una arista individual y otra colectiva, que convierte a este derecho en inalienable, permanente y autónomo, un derecho que se emparenta con la obligación del Estado de investigar los hechos criminales contra los derechos humanos.¹² La falta de investigación y castigo de los culpables a causa de leyes de amnistía, caducidad o perdón (aunque también la prescripción de los delitos) ha sido uno de los impedimentos más comunes y motivo de reproche de la Corte IDH.¹³

⁸ Véase Manuel Quincho: *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, p. 51.

⁹ Véase el artículo 32 Protocolo Adicional I, de 1977, de la Convención de Ginebra de 1949.

¹⁰ E/CN.4/2005/102/Add.1. El derecho a la verdad se concentra en un derecho a conocer lo sucedido y a tener acceso a la información.

¹¹ Véase Catalina Botero y Esteban Restrepo: “Estándares internacionales y proceso de paz en Colombia”, en Rettberg (comp.): *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, p. 40.

¹² Caso *Heliódoro Portugal contra Panamá*, sentencia del 12.8.2008, § 38. Véase el artículo 24.2 CIPTPDF; <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm>>.

¹³ Véase Javier Dondé: “El concepto de impunidad: Leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Universidad de Göttingen, 2010, pp. 264 ss.; Juan Méndez: “Derecho a la verdad frente a las graves

7. Cuando se analizan las sentencias de la Corte IDH hay que tener en cuenta que ella ha desarrollado una serie de principios propios, que en principio rigen y deben ser interpretados en el contexto de la responsabilidad internacional de los Estados y no de la responsabilidad penal de los individuos.¹⁴ Los Estados americanos desde el momento en que aprueban la CADH adquieren obligaciones en relación con la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos. Con la ratificación de la CADH los Estados se constituyen en garantes de los derechos humanos (*deber de garante*).¹⁵ Para no violar ese deber de garantía el Estado no puede cometer (*acción*) ni tolerar (*omisión*) lesiones a los derechos humanos, así como tampoco puede proteger a los autores materiales (*encubrimiento*). Cuando se han violado los derechos humanos en su jurisdicción, su deber de garantía incluye la investigación y el castigo de los crímenes contra los derechos humanos y la reparación integral de las víctimas (artículo 1.1 CADH).¹⁶ Y esa es una obligación, dice la Corte IDH, que tiene que ser cumplida por las autoridades públicas; esto es, se trata de una obligación que no depende de la iniciativa privada de la víctima.¹⁷ La Corte IDH entiende que la obligación estatal tiene como contrapartida la existencia de idénticos derechos de la víctima y los identifican como: a) impartir justicia, b) investigar, c) encontrar la verdad y d) reparar.

8. En ese contexto amplio de deberes de garantía del Estado y de derechos de la víctima, la Corte IDH puede determinar que no solo la falta de investigación sino también la dilación indebida durante el procedimiento penal favorece la impunidad y atenta contra el fin preventivo de no repetición. Dentro del amplio concepto de dilaciones indebidas la Corte IDH también incluye el “ocultamiento de la verdad” por medio de la destrucción de pruebas o por el silencio público frente a un requerimiento específico de las víctimas.¹⁸ De esta forma, los caminos del derecho (*¿o deber?*) de “conocer la verdad”

violaciones a los derechos humanos”, en Abregú y Courtis (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, pp. 522 ss.

¹⁴ Véase voto razonado de Antônio A. Cançado Trindade en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, sentencia del 26.9.2006, §. 26 ss.

¹⁵ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 141.

¹⁶ Véase el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del 29.7.1998, § 166. Este derecho a la reparación luego es relativizado: “La Corte ha sostenido que, para cumplir con esta obligación de garantizar derechos, los Estados deben no solo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención, como las alegadas en el presente caso, y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculado y, *en su caso*, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos”. Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 142 (cursivas añadidas).

¹⁷ Caso *Albán Cornejo contra Ecuador*, sentencia del 22.11.2007, § 62.

¹⁸ Véase Corte IDH, opinión consultiva n.º 5, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la CADH)”, p. 30; caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, sentencia del 19.11.2006, § 88 ss. Véase, en la jurisdicción colombiana, Corte Constitucional de Colombia: “Acción de tutela instaurada por Javier Giraldo Moreno en contra

se entrecruzan con la impunidad y la mala praxis procesal penal (con fines de encubrimiento), así como con el fin preventivo de no repetición, sin que entre ellos existan fronteras claras en relación con los derechos de las víctimas y con las obligaciones del Estado.

9. De las sentencias de la Corte IDH es posible deducir una relación entre el conocimiento de la verdad, como un derecho de la víctima, y la lucha contra la impunidad en un sentido estrictamente penal, como una obligación estatal.¹⁹ Inclusive la Corte IDH afirma que la no investigación de los hechos es una prueba en contra del Estado omiso que sirve para imputar responsabilidad internacional.²⁰ Para no incumplir con esta obligación el Estado tiene que brindar todos los detalles sobre lo ocurrido y no se exonera de responsabilidad con la sola mención del lugar en que se hallan los restos de las víctimas.²¹ Es decir, según la Corte IDH el mero conocimiento de lo sucedido con la víctima (verdad) no es suficiente cuando se trata de lesiones contra la vida.²² Y esta relación entre el derecho a la verdad y la persecución penal cuando están en juego los bienes jurídicos de mayor relevancia está respaldada por la evolución que evidencia la protección internacional de los derechos humanos, la cual ha llevado a la consideración de los crímenes de lesa humanidad como imprescriptibles, crímenes que pueden ser perseguidos y castigados en cualquier momento y sin límite temporal.²³ La comunidad internacional impone el “castigo absoluto” de los responsables de los crímenes internacionales competencia de la CPI (artículo 29 ER), tal como se explicita en el Preámbulo del ER. Véase que la reactivación que está viviendo el interés internacional por la defensa de los derechos humanos y el castigo de los responsables tras el final de la Guerra Fría también guarda relación con las masacres cometidas en determinadas regiones (verbigracia, la antigua Yugoslavia, Ruanda, la República de Congo, etcétera; en América Latina: Colombia, Perú, Guatemala, etcétera), especialmente por funcionarios públicos (de derecho o de hecho),²⁴ que no pueden ser amparados por las instituciones

del Ministerio de Defensa Nacional, sentencia T-1025/07 de 03.12.2007”, en *Diálogo Jurisprudencial*, n.º 5, México, julio-diciembre 2008, pp. 3 ss.

¹⁹ Véase el caso *Las Palmeras contra Colombia*, sentencia del 6.12.2001, § 69; caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29.11.2006, § 224.

²⁰ Ibídem, § 42.

²¹ Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*. reparaciones (artículo 63.1 CADH), sentencia del 27.2.2002, serie C, n.º 92, § 109; caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, reparaciones (artículo 63.1 CADH), sentencia del 22.2.2002, serie C, n.º 91, § 75; caso *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*, § 57 ss.

²² Caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25.11.2000, serie C, n.º 70, § 191, 194 y 200; caso *Durand y Ugarte contra Perú*, sentencia del 16.8.2000, serie C, n.º 68, § 122 y 130, y caso *Villagrán Morales y otros (Niños de la calle) contra Guatemala*, sentencia del 19.11.1999, serie C, n.º 63, §. 228-230, 233 y 237.

²³ Cf. CICGCLH, Asamblea General, resolución 2391 (XXIII), de 26.11.1968.

²⁴ Caso *Masacre Pueblo Bello*, cit., § 96, 109 ss.

del Estado.²⁵ Estas masacres han sido también un punto de inflexión en la consideración de la Corte IDH con relación a las víctimas y sus derechos, cada vez más consideradas desde un aspecto colectivo.²⁶ Ellas permitieron consolidar estándares en las sentencias de la Corte IDH más allá del crimen de desaparición forzada de personas, como se puede apreciar a partir del caso *Myrna Chang*. Es evidente la relación entre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad y la visibilidad de un gran número de víctimas, que seguramente han incidido para la consideración de un derecho a conocer lo sucedido, que además de individual²⁷ se lo considera desde un aspecto colectivo, como un derecho de toda la sociedad a conocer la verdad.²⁸ Ahora bien, por más que la Corte IDH quiera contribuir con su jurisprudencia a una política criminal internacional de lucha contra la impunidad en un sentido estrictamente penal, basada en la garantía de no repetición, ella no puede ir más allá de su competencia para juzgar Estados.²⁹ Sin embargo, en muchas ocasiones la Corte IDH recurre a teorías propias del derecho penal, como la teoría del incremento del riesgo utilizada para la imputación objetiva de la responsabilidad individual para condenar al Estado infractor, y acepta formas de prueba mucho más laxas que las que se deben aplicar para la condena penal de los individuos. Estos aspectos tienen que ser tomados en cuenta por los tribunales nacionales al momento de cumplir

²⁵ Caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, sentencia del 25.11.2003, serie C, n.º 101, § 153; caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia del 18.9.2003, serie C, n.º 100, § 111, y caso *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia del 7.6.2003, serie C, n.º 99, § 110.

²⁶ Véase por todos el caso *19 comerciantes contra Colombia*, sentencia del 5.7.2004, § 85; caso de la *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, cit.; caso de la *Masacre de Mapiripán*, sentencia del 15.11.2005, serie C, n.º 134.

²⁷ En un principio el derecho a la verdad se limitó a las víctimas y los parientes de víctimas de ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, secuestro de menores o torturas, en tanto la víctima tiene un derecho saber o conocer qué es lo que sucedió, derivado de su condición de víctima.

²⁸ En la consideración del aspecto colectivo es importante la participación directa o indirecta del Estado en la comisión de las violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, el “terrorismo de Estado” y las masacres contra poblaciones étnicas, rurales y otras víctimas colectivas en contextos de estados de excepción han sido decisivos para convertir el derecho a la verdad en un derecho colectivo. Véase el caso *Masacre Pueblo Bello contra Colombia*, sentencia del 31.1.2006, § 65. El carácter colectivo de este derecho también se desprende de la naturaleza masiva y/o sistemática de las violaciones a los derechos humanos; así como de la naturaleza del bien jurídico protegido, del tipo penal realizado y de la gravedad de la violación. Véase Commission Resolution 2005/81 (E/CN.4/2005/102/Add.1). En el ámbito de los derechos humanos se reconoce este derecho de la víctima a la verdad en su dimensión individual y colectiva, incluso de forma independiente a las acciones judiciales que las víctimas puedan emprender. Ibídem.

²⁹ La Corte IDH así lo reconoce. Véase el caso *Raxcacó Reyes contra Guatemala*, sentencia del 15.9.2005, serie C, n.º 133, § 55; caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20.6.2005, serie C, n.º 126, § 61 s; caso *Castillo Petrucci y otros contra Perú*, sentencia del 30.5.1999, serie C, n.º 52, § 90; caso de la *Panel blanca (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala*, sentencia del 8.3.1998, serie C, n.º 37, § 71; caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12.11.1997, serie C, n.º 35, § 37.

con los requisitos establecidos en las sentencias de condena y de reparación promulgadas por la Corte IDH.³⁰

10. Uno de los problemas por resolver guarda relación con determinar si la obligación estatal de “hacer justicia” y luchar contra la impunidad se deriva del “derecho de la víctima a la verdad” o si tiene otro fundamento.³¹ En este trabajo no se cuestiona la obligación estatal de perseguir y castigar los crímenes contra los derechos humanos; ello incluso es necesario para la resolución del conflicto cuando el Estado se ha limitado a llevar a cabo políticas de olvido y de amparo de los responsables (principalmente cuando se trata de funcionarios públicos de derecho o de hecho). El análisis que aquí se realiza se enmarca en el contexto del derecho de la víctima a la verdad, y es en este ámbito que, cuando ella se hace depender o derivar exclusivamente del proceso penal, la cuestión no es ostensible.³² Véase que el “conocimiento de la verdad” es un fin en sí mismo,³³ y en todo caso, el proceso de *(re)construcción pública de la verdad* puede servir como punto de partida de la actividad jurisdiccional.³⁴ Pero el “derecho a la verdad” no se desprende del derecho a la justicia, sino que aquel podría servir de base a este.³⁵ Es decir, el Estado podría dar cabal satisfacción a su obligación de “conocer los hechos acontecidos” y “dar a conocer públicamente los hechos” sin necesidad de recurrir al procedimiento penal y a una pena, y es por ello que parece muy forzado derivar —sin distinción alguna— el derecho de la víctima a la verdad de un derecho de la víctima al castigo del responsable, cuando escoger la vía penal podría convertirse en un escollo para la satisfacción de otros derechos de la víctima, como el derecho a la reparación en un sentido amplio.³⁶ El pro-

³⁰ Lo determinante es, según la Corte IDH, al igual que sucede en la novela de Mary Shelley con el Dr. Frankenstein, que el Estado responderá no solo por la creación del monstruo que realizó los peores atentados contra la población civil, sino por la falta de control sobre él. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, cit., § 126.

³¹ Según la Corte IDH, los esfuerzos para conocer la verdad no son suficientes si no vienen acompañados del castigo de los responsables. Caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29.11.2006, § 161.

³² “La verdad debe encontrar su realización plena y no es subsidiaria necesariamente de la suerte del proceso penal. Las experiencias de amnistías e indultos en la región de algún modo condujeron a una definición más precisa del derecho a la verdad que ha dejado bien en claro la necesidad de su tutela autónoma”. Leonardo Fillipini y Lisa Magarrell: “Instituciones de la justicia de transición y contexto político”, en Rettberg (comp.): *Entre el perdón y el paredón*, cit., pp. 146 s.

³³ En los principios desarrollados por Louis Loinet, se considera que el derecho a la verdad o el derecho a saber es autónomo e inalienable. Véase ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/6, § 101.

³⁴ Véase Hernando Valencia Villa: *Diccionario de derechos humanos*, Madrid: Espasa-Calpe, 2003.

³⁵ La doctrina no soluciona este aspecto y se limita a sostener que la verdad es inseparable de la justicia. Sin embargo, aun cuando el Estado se vea impedido de investigar y castigar a los responsables, “sigue obligado a indagar la verdad allí donde todavía impere el secreto y el ocultamiento, y a revelar esa verdad a los familiares de las víctimas y a la sociedad”. Véase Juan Méndez: o. cit., p. 526.

³⁶ Méndez sostiene que el derecho a la verdad es parte de un derecho más amplio a la justicia que obliga al Estado a llevar a cabo cuatro tareas: “[...] obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se pueden

blema es que la Corte IDH, para argumentar en favor de un derecho permanente de la víctima al conocimiento de la verdad, parece desarrollar un principio de castigo absoluto (permanente e imprescriptible) del que dependería el derecho a conocer la verdad.³⁷ En opinión de la Corte IDH, el derecho de la víctima a la verdad tiene que ser satisfecho por medio de procesos judiciales,³⁸ y con estas decisiones no deja margen a otras formas de resolución del conflicto que concentren su atención en el conocimiento de la verdad y la reparación. Téngase en cuenta que este no es el único inconveniente, porque si ese principio de “castigo absoluto” que proviene del derecho penal internacional y que adopta la Corte IDH siguiendo una *jurisprudential cross-fertilization* entre aquel derecho y el derecho internacional de los derechos humanos³⁹ es trasladado al sistema penal nacional, puede ser violatorio de algunos principios y garantías materiales y formales (algunos contenidos en la Constitución) y contradecir las teorías modernas de la pena.⁴⁰ Para evitar estos inconvenientes entre principios del derecho penal internacional y del derecho internacional de protección de los derechos humanos con principios del derecho penal nacional, la “lucha contra la impunidad” como principio general de política criminal tendría que limitarse a crímenes y delitos contra la vida en los que el Estado (sus funcionarios de derecho y de hecho) tuvo algún tipo de participación o responsabilidad. La delimitación entre estos crímenes con participación del Estado y los delitos comunes es relevante para la conceptualización del derecho “a la verdad” de la víctima y la obligación estatal de investigar.

establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepaa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático). Estas obligaciones no son alternativas unas a otras, ni son optativas; el Estado responsable debe cumplir cada una de ellas en la medida de sus posibilidades y buena fe”. Véase Juan Méndez: o. cit., p. 526. Lo que este autor no explica es cómo se pueden llevar a cabo todas estas tareas obligatorias cuando la realización de una de ellas podría obstaculizar o impedir la realización de las otras. Ahora bien, al considerarlas obligaciones de medio y no de resultado, deja abierta la puerta de la necesidad de ponderación, que es la propuesta que en este trabajo se defiende.

³⁷ Paradigmático es el caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 183, en el que la Corte IDH sostiene que la prescripción favorece la impunidad, de modo que deberían quedar abiertas indefinidamente las vías para el castigo de los criminales, aunque no se asegure que por medio de la posibilidad infinita de castigar penalmente se pueda llegar a conocer la verdad.

³⁸ Véase el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, cit., § 150.

³⁹ Véase el voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, cit., § 27.

⁴⁰ Sobre el tema Winfried Hassemer: *Fundamentos del derecho penal* (trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Barcelona: Bosch, 1984, pp. 347 ss.; Pablo Galain Palermo: *La reparación a la víctima del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 312 ss.

4. Derecho a la verdad y crimen de lesa humanidad (desaparición forzada de personas)

11. En el caso *Castillo Páez contra Perú* la Corte IDH se refirió por primera vez a un derecho a la verdad en relación con el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas. Estableció en esa sentencia que el Estado tiene la obligación de investigar los hechos con la doble finalidad de encontrar el cuerpo de la persona desaparecida e informar a la familia sobre el destino de la víctima (concepción individual de la víctima). La “concepción colectiva” de la víctima y el derecho a conocer la verdad sobre los hechos acontecidos y sobre la identidad de los responsables fue consecuencia de la sistematicidad con la que las dictaduras y otros estados de excepción realizaron desapariciones forzadas en el continente americano. La Corte IDH relacionó, entonces, de un modo funcional o teleológico el *derecho a la verdad* con el *derecho a la justicia*, interpretada de modo restrictivo como justicia penal, en tanto se exige que la justicia persiga una política criminal de lucha contra la impunidad. En *Velásquez Rodríguez contra Honduras* la Corte IDH sostuvo: “[...] la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar [...]”.⁴¹ La continuidad de la desaparición consiste en una lesión permanente a la *dignidad humana* de la víctima y de sus familiares,⁴² así como el desconocimiento constante de la situación de la víctima es parte del núcleo del injusto penal que permite un ligamen entre desconocimiento de la verdad e injusto penal que permanece en el tiempo, mientras el Estado incumpla con su obligación de investigar (y sancionar) a los responsables.⁴³ De algún modo, en esta práctica delictiva hay una sospecha contra los funcionarios públicos y otros actores que cuentan con la aquiescencia del Estado, que ofrece argumentos a la jurisprudencia de los derechos humanos para sostener, acertadamente, que existe un deber del Estado de poner en conocimiento de la autoridad judicial sobre toda persona detenida en sede

⁴¹ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 155 ss.

⁴² Ibídem, § 165.

⁴³ La Corte IDH ha relacionado la falta de conocimiento de la verdad con los tratos crueles e inhumanos, como si el desconocimiento de la verdad significara la violación de un derecho de las víctimas por omisión del Estado en la investigación y la búsqueda de la verdad. Véase el caso *Anzualdo Castro contra Perú*, sentencia del 22.9.2009, § 113.

policial o militar (o cualquier centro de reclusión clandestino),⁴⁴ pero también, permite extender el concepto de víctima a toda la sociedad, que tiene derecho a saber y controlar el funcionamiento de las instituciones públicas.⁴⁵ Este deber de la autoridad tiene relación con el derecho de las víctimas (directas o individuales e indirectas o colectivas) a conocer la situación de las personas detenidas o privadas de libertad por agentes del Estado⁴⁶ y de alguna forma refuerza la obligación del Estado de investigar a los responsables para satisfacer el derecho a conocer la verdad (y desvincularse de los autores del crimen).⁴⁷ No obstante, los criterios utilizados por la Corte IDH no son claros en cuanto ella ha manifestado que la obligación principal del Estado es la de investigar los hechos acontecidos y subsidiariamente la de castigar a los responsables,⁴⁸ de modo que si no se puede identificar a los autores, de todas formas subsiste el derecho a conocer la verdad.⁴⁹ Esta argumentación no permite deducir una relación absoluta de medio a fin entre el derecho a conocer la verdad y el castigo de los responsables, sino, en todo caso, entre el derecho a la verdad y el derecho al conocimiento público de la investigación sobre la verdad.⁵⁰ El principio de *máxima divulgación* es una condición fundamental del Estado democrático e implica que el Estado tiene la obligación de investigar y divulgar los hechos lesivos de los derechos humanos, obligación que puede ser controlada por los ciudadanos (*control democrático*).⁵¹ Según la Corte IDH no corresponde, sin embargo, una confusión entre el derecho a la verdad con el derecho de acceso a la información pública, que es una forma de contribuir a hacerlo efectivo, pero sí puede recurrirse a él para argumentar que este principio no sugiere que el derecho a conocer la verdad deriva

⁴⁴ Con base en este deber que se exige en el tipo penal uruguayo (artículo 21 de la ley 18026) hemos sostenido en otro trabajo que estamos ante un *delito de infracción de un deber*. Véase Pablo Galain Palermo: "Uruguay", en Kai Ambos (coord.): *Desaparición forzada*, o. cit., pp. 163 s. Véase *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 155.

⁴⁵ Véase *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 158. En el caso por la desaparición forzada de Kenneth Anzualdo Castro, llevada a cabo por funcionarios públicos peruanos en 1993, los representantes de las víctimas alegaron, entre otros derechos fundamentales recogidos en la CADH, la violación del derecho a la verdad, fundado normativamente en el artículo 13 CADH, en perjuicio de los familiares de Kenneth Ney Anzualdo Castro y "de la sociedad peruana en su conjunto". Véase el caso *Anzualdo Castro contra Perú*, sentencia del 22.9.2009, § 4. La Corte IDH condenó al Estado peruano por la violación de los derechos consagrados en los artículos 3, 4.1, 5.1, 5.2, 7.1, 7.6, 8.1 y 25 de la CADH, en relación con las obligaciones dispuestas en los artículos 1.1, 2 y I.b y III de la CIDFP.

⁴⁶ Sobre el derecho colectivo a recibir información de las instituciones públicas, véase el caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, cit., § 77.

⁴⁷ Caso *Gelman contra Uruguay*, sentencia del 24.2.2011 (fondo y reparaciones), § 77.

⁴⁸ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 116 (cursivas añadidas).

⁴⁹ Caso *Castillo Pérez contra Perú*, sentencia del 3.11.1997, § 90.

⁵⁰ Caso *Las Palmeras contra Colombia* (reparaciones y costas), sentencia del 26.11.2002, serie C, n.º 96, § 67; caso *Valle Jaramillo y otros contra Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27.11.2008, serie C, n.º 192, § 233.

⁵¹ Véase caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, cit., § 86.

del derecho a la justicia (interpretado como derecho al castigo de los responsables), sino que se trata de un derecho autónomo relacionado con el principio de dignidad humana de la víctima, que tiene que ser contemplado por el Estado en el ejercicio de sus funciones públicas.⁵² Lo que la Corte IDH parece dejar abierto es una posible relación entre la divulgación de la investigación sobre la verdad obtenida por medio de procesos penales e *investigativos*⁵³ (que se supone no son penales; por ejemplo, una comisión parlamentaria, una comisión de la verdad) y un efecto de reparación (aunque la Corte IDH no lo diga expresamente y considere esta divulgación pública de la verdad como una “justa expectativa que el Estado debe satisfacer”).⁵⁴

12. En jurisprudencia constante a partir del caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH ha interpretado la desaparición forzada de personas como una violación del derecho a la libertad personal,⁵⁵ así como del derecho a la integridad física y psíquica,⁵⁶ y también del derecho a la vida.⁵⁷ Esta interpretación parece haber sufrido una variante con el caso de *Bámaca contra Guatemala*,⁵⁸ confirmada en *Anzualdo Castro contra Perú*, en cuanto la Corte IDH agregó un nuevo elemento a dicha jurisprudencia, al afirmar que la figura de la desaparición forzada constituye, también, una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la víctima (artículo 3 CADH).⁵⁹ Últimamente, la Corte IDH ha sostenido:

[...] la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. La práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se

⁵² Véase *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 154, 156, 165; caso *Anzualdo Castro contra Perú*, cit., § 113.

⁵³ Caso *Las Palmeras contra Colombia*, cit., § 67 (cursivas añadidas).

⁵⁴ Ibídem.

⁵⁵ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 155.

⁵⁶ Ibídem, § 156.

⁵⁷ Ibídem, § 157.

⁵⁸ Caso *Bámaca contra Guatemala*, cit., § 178 ss.

⁵⁹ Caso *Anzualdo Castro contra Perú*, cit., § 87 a 101. Además la Corte IDH reconoce nuevamente el carácter de norma imperativa de *jus cogens* a la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad. Véase <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/noticias/boletin_3.pdf>. Queda claro que este crimen de lesa humanidad lesiona diversos derechos, entre los cuales puede derivarse un derecho a conocer la verdad, por cuanto el desaparecido, mientras permanezca el estado de ausencia, se ve privado del reconocimiento de su personalidad jurídica, independientemente de que se encuentre vivo o muerto. De la misma opinión, Pablo Galain Palermo: “Uruguay”, o. cit., p. 155, nota 75.

fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*.⁶⁰

13. Según la Corte IDH, el derecho “a la verdad” y el derecho a la justicia (como investigación y castigo) se encuentran estrechamente relacionados y “los esfuerzos para realizar una búsqueda efectiva y una investigación eficiente” se medirán según “la gravedad y la magnitud de los hechos denunciados”.⁶¹ Véase que la magnitud de los hechos tiene relación con los crímenes cometidos, especialmente cuando ellos se realizan contra poblaciones enteras en forma de ejecuciones extrajudiciales múltiples, en particular cuando se trata de etnias o poblaciones rurales.⁶² La Corte IDH entiende que el contexto en el que los crímenes se cometen tiene importancia para considerar la gravedad de las violaciones de los derechos humanos,⁶³ y por ello también debería tenerla para determinar el contenido de la obligación estatal de castigar las violaciones a los derechos humanos. Este contexto es aplicable para los casos de conflictos armados internos o de regímenes en los que no rige el Estado de derecho.⁶⁴ La gravedad de la violación tiene que ser determinante para establecer la relación entre el derecho “a la verdad”, el derecho de acceso a la justicia y la obligación de investigar (y castigar) que tiene el Estado. Las violaciones masivas de derechos humanos en contextos de excepción en los que no rige el Estado de derecho o cuando se produce una suspensión momentánea de las garantías individuales (y el Estado emplea un uso desmedido de la fuerza por medio de sus fuerzas armadas)⁶⁵ y/o cuando se llevan a cabo contra determinadas comunidades (étnicas, campesinas, de zonas marginales o barrios populares) o enemigos políticos (subversivos, sediciosos, terroristas) han sido determinantes para consolidar una concepción colectiva de la víctima y para reafirmar la *ligatio* entre un derecho “a la verdad” y un derecho a la justicia, en el sentido de “justicia penal” y castigo retributivo, en detrimento de un derecho a la justicia más amplio basado en el conocimiento público de la verdad en el sentido de la reparación y reconciliación (pacificación social, justicia restaurativa). El ligamen se torna más fuerte cuando la Corte IDH establece que mediante el procedimiento penal se puede alcanzar el conocimiento de la verdad y, de este modo, se cumple con el fin

⁶⁰ Caso *Gelman contra Uruguay*, cit., § 74 s.

⁶¹ Caso *La Cantuta contra Perú*, cit., § 130.

⁶² Caso *Comunidad Moiwana contra Surinam*, sentencia del 15.6.2005, serie C, n.º 124, § 144.

⁶³ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 118.

⁶⁴ Véase por todos *Almonacid Arellano contra Chile*, cit., § 96 ss.

⁶⁵ Como aconteció en el caso *El caracazo contra Venezuela*, sentencia del 11.11.1999, <http://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_58_esp.pdf>.

preventivo de no repetición.⁶⁶ Pero además, la Corte IDH se refiere constantemente a un derecho de la víctima a saber o conocer lo sucedido (qué aconteció) en cuanto a conocer los nombres de los autores de los delitos (quién lo hizo).⁶⁷

14. De todo esto puede concluirse que el “derecho a la verdad”, por un lado, deriva de un derecho individual (dignidad humana) que puede ser independiente del derecho (individual y colectivo) a la justicia, pero, por otro lado, el “derecho a la verdad” está relacionado con la obligación estatal de investigación y eventual persecución penal de los crímenes más graves contra los derechos humanos. Sin embargo, aunque la Corte IDH no lo exprese con claridad, si bien la justicia penal es una de las formas de realización del derecho “a la verdad”, este puede trascender al derecho y a la justicia penal en particular, para ser satisfecho por otros mecanismos.⁶⁸ Estos mecanismos deben de ser considerados complementarios en el proceso de “conocimiento de la verdad”, como de algún modo se puede inferir del caso *Almonacid*.⁶⁹ Además, aunque esto no parezca llamar la atención de la Corte IDH, la doctrina penal no acepta pacíficamente que el proceso penal sea el lugar adecuado para la satisfacción de la verdad como un derecho de la víctima.

5. La verdad procesal penal

15. La Corte IDH relaciona íntimamente el derecho de la víctima al conocimiento de la verdad con el proceso penal, entendido en un sentido más próximo al sistema inquisitivo que a uno acusatorio. Según la Corte IDH, el ligamen entre la “verdad” y el procedimiento penal (ya sea basado en normas nacionales o internacionales) puede admitir la participación procesal de la víctima, pero ello no es suficiente para sostener

⁶⁶ Caso *Baldeón García contra Perú*, sentencia del 6.4.2006, § 196.

⁶⁷ Sobre el tema véase Tatiana Rincón: *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 53 ss.

⁶⁸ En situaciones de graves y masivas violaciones a los derechos humanos el derecho a la verdad puede ser satisfecho de diversas maneras. Por un lado existe la verdad judicial, pero por otro lado está la verdad extrajudicial institucionalizada (“aquella verdad reconstruida en espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente para la reconstrucción histórica de la verdad”) y la verdad social no institucionalizada (“que es la verdad alcanzada a través de todas aquellas estrategias de reconstrucción de la verdad y de preservación de la memoria colectiva llevadas a cabo por instancias no institucionales”). Véase Rodrigo Uprimny y María Saffon: “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica”, en *Pensamiento Jurídico*, n.º 17, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 10. La verdad, según la tesis que sostienen estos autores, solo puede ser alcanzada de la combinación de estos diferentes mecanismos.

⁶⁹ En *Almonacid*, la Corte IDH estableció que una Comisión de la Verdad no libera al Estado de la obligación de investigar penalmente para establecer la verdad. Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, cit., § 150.

que la víctima tiene participación en el “establecimiento de la verdad”, proceso que se deja *in toto* en manos del juez.⁷⁰ La Corte IDH asume sin mayor desarrollo teórico que el proceso penal es la vía para “establecer la verdad”⁷¹ o “determinar la verdad”,⁷² incluso cuando se trata de las más graves violaciones de los derechos humanos, en las que recae sobre el Estado una sospecha de participación en los crímenes y una probable condena por responsabilidad internacional.⁷³ Esta afirmación, sin embargo, que no se pone en duda cuando se trata de un nuevo régimen de gobierno que se encuentra en ejercicio de las funciones de gobierno —esto es, en un contexto de justicia de transición—, no parece ser de recibo en la doctrina procesal y penal cuando se trata de delitos comunes. Varios son los impedimentos para conocer “la verdad” por medio del procedimiento penal cuando se trata de delitos comunes, de modo que mayores serán los inconvenientes para alcanzarla en casos de crímenes de lesa humanidad, en los que el propio Estado está involucrado.⁷⁴ Epistemológicamente el régimen inquisitivo colocó la “búsqueda de la verdad” como un objetivo central del procedimiento penal. La *verdad empírica* o *jurídica* que se obtiene en el proceso penal es una *verdad histórica limitada normativamente*,⁷⁵ que no puede ser asimilada a la *verdad histórica* o *fáctica*,⁷⁶ aquella que se concentra en la mera sucesión de hechos sin necesidad de determinar ni comprobar una culpabilidad que admite una imputación penal.⁷⁷ Sin embargo, la Corte IDH relaciona la verdad histórica con el derecho colectivo a la verdad y entiende que el proceso penal puede colaborar al conocimiento de esta verdad histórica. De esta forma, el objeto del proceso penal de lograr una

⁷⁰ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 143.

⁷¹ Ibídem

⁷² Ibídem, § 144.

⁷³ Caso *García Prieto y otros contra El Salvador*, sentencia del 20.11.2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 102, cursivas añadidas; también en *Velásquez Rodríguez*, cit., § 181; caso *Zambrano Vélez y otros contra Ecuador*, sentencia del 4.6.2007 (fondo, reparaciones y costas), § 1155, donde utilizó sinónimos de la expresión “instituir la verdad”: <http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=establecer> (16.3.2011).

⁷⁴ Esta es la lógica político-crímenal que está incluso contenida en el ER: cuando el propio Estado no interviene penalmente para la investigación de los hechos, se habilita la competencia de la CPI (artículo 17).

⁷⁵ Véase Reiner Paulus: “Prozessuale Wahrheit und Revision”, en Seebode (ed.): *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter, 1992, p. 689.

⁷⁶ Por eso se dice que los historiadores “should never be involved in questions of guilt or innocence”. Véase Tristram Hunt: “Whose truth? Objective truth and a challenge for history”, en *Criminal Law Forum*, n.º 15, Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 197.

⁷⁷ El procedimiento penal tiene como objetivo determinar una imputación de culpabilidad o absolver en aquel caso en que los hechos no pueden ser probados. Véase Daniel Pastor, , “Ni ‘common law’, ni ‘civil law’ ni ‘hybrid law’: un derecho procesal penal especial para unos tribunales especiales”, en Chirino et al. (comps.): *Humanismo y derecho penal*, San José (Costa Rica): EJC, 2007, p. 400.

verdad normativa que permita imputar o absolver a un individuo se confunde con el conocimiento total de los hechos.⁷⁸ Véase que, aun aceptando un modelo inquisitivo de procedimiento penal, el “examen de verdad” que realiza el juez se limita al objeto presentado por la acusación para el enjuiciamiento,⁷⁹ y este deber de “averiguación de la verdad” no es comparable con aquel objetivo central del sistema inquisitivo (averiguar la verdad material), porque se trata tan solo de averiguar la “verdad del hecho” que le es presentado al juez por iniciativa ajena.⁸⁰ Además, todas las garantías que rodean al indagado y las limitaciones de la prohibición de prueba son límites directos a la “búsqueda de la verdad” en un sentido amplio, factual o histórico.⁸¹

16. El proceso penal de nuestros días no tiene como objetivo la búsqueda de la *verdad material*,⁸² porque la lógica económica o de la negociación se ha instaurado en el proceso penal, cambiando algunos paradigmas en el procedimiento de verificación de la responsabilidad penal.⁸³ En todo caso, hoy tendríamos que referirnos a un concepto de *verdad consensual o negociada*.⁸⁴ Todo en el proceso se ha “privatizado” (el objeto del proceso, la prueba y la condena) y se ha acentuado la función de composición del conflicto entre las partes. Esta nueva función conduce al abandono de la verificación autoritaria de la verdad, que es una función que, si bien sobrevive, tiene que convivir con las demás.⁸⁵ Además, si la búsqueda de la verdad material fuera su único objetivo, no tendría forma de realización por las imposibilidades teóricas, ideológicas y prácticas

⁷⁸ Caso *Masacre de La Rochela contra Colombia*, sentencia del 11.5.2007, § 195.

⁷⁹ El sistema penal se limita a descubrir una “estrecha verdad narrada” al estilo “quién disparó a quién”, que no puede abarcar cuestiones más amplias como: “por qué las cosas han sucedido de esta manera”. Véase Tristram Hunt: o. cit., p. 195.

⁸⁰ Véase Karl-Heinz Gössel: *El proceso penal ante el Estado de Derecho* (trad. de Polaino), Lima: Grijley, 2004, p. 43.

⁸¹ Véase Sergio Moccia: “Verità sostanziale e verità processuale”, en De Giorgi (a cura di): *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Lecce: Pensa, 2002, p. 421. Entre otros: principio de inocencia, derecho de defensa, *nemo tenetur*, exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, derecho a no declarar, etcétera. Véase Patricia Còppola y José Cafferata: *Verdad procesal y decisión judicial*, cit., p. 47; Nicolás Guzmán: *La verdad en el proceso penal*, cit., pp. 118 ss.; Karl-Heinz Gössel: *El proceso penal*, cit., pp. 67 ss.

⁸² “Non vi è dubbio che in tal modo il processo penale va lentamente perdendo la sua funzione cognitiva e finisce per non avere più come obiettivo principale quello della ricostruzione del fatto”. Véase Sergio Moccia: o. cit., p. 425.

⁸³ Véase Massimo Donini: *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Lima: Ara, 2010, p. 110.

⁸⁴ Véase Pablo Galain Palermo: “La negociación en el proceso penal”, en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, n.º 7, 2005, pp. 159 ss., disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_7350-544-1-30.pdf; Nicolás Rodríguez García: *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Salamanca: Universidad Salamanca, 1997; Sergio Chiarlioni: “La verità presa sul serio”, en Vinciguerra y Dassano (a cura di): *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Milán: ESI, 2010, p. 185.

⁸⁵ Véase Massimo Donini: o. cit., p. 273,

que explica Taruffo.⁸⁶ Sostener que el proceso penal persigue una *verdad histórica* obliga a identificar las funciones del juez con la del historiador,⁸⁷ tema del que se ha ocupado vastamente la doctrina alemana para demostrar las diferencias entre las funciones de uno y otro.⁸⁸ Si bien jueces e historiadores se preocupan por reconstruir hechos del pasado, se trata de una reconstrucción por medio de deducciones del lenguaje o, la mayoría de las veces, de un informe sistemático-cronológico, de una narración de la historia en la que mucho falta y mucho puede ser acallado.⁸⁹ Tanto unos como otros trabajan sobre ideas, hipótesis para explicar cómo habrían ocurrido los hechos, y ambos realizan valoraciones. El resultado de sus investigaciones no puede ser considerado como una *verdad histórica*, sino como un compendio de lo que les ha sido narrado.⁹⁰

17. La verdad surgida del procedimiento penal (*verdad procesal*) no es una *verdad científica* o que pueda ser falseada según un método científico, sino una representación ideal de un supuesto de hecho. La verdad científica requiere de una contrastación constante de las hipótesis de las que parte (falsedad de las hipótesis), mientras que la *verdad procesal* requiere de un necesario punto de culminación (cosa juzgada) que no agota todos los pasos que exige la verificación de una hipótesis científica.⁹¹ El proceso penal no puede producir verdades científicas sino que apenas busca soluciones concretas para un caso específico, según determinados criterios de selección de entre los innumerables datos, circunstancias y conexiones que rodean a un supuesto de hecho.⁹² Además, el sistema penal solo

⁸⁶ Véase Michele Taruffo: *La prova dei fatti giuridici*, Milán: Giuffrè, 1992, pp. 8 ss.

⁸⁷ "Es dürfte zum anderen aber auch dadurch begründet sein, daß die Aufgaben strafrechtlicher und politisch-historischer Aufklärung keineswegs identisch sind" Véase Cornelius Prittitz: "Notwendige Ambivalenzen - Anmerkungen zum schwierigen Strafprozeß gegen John Demjanjuk", en StV, 11, 2010, p. 650.

⁸⁸ Véase Frei, van Laak y Stolleis (eds.): *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Múnich: Beck, 2000. Demostrando que el proceso penal es algo distinto a un proyecto de investigación histórica, véase Detlef Krauss: "Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß", en Jäger (ed.): *Kriminologie im Strafprozeß, zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis*, Fráncfort: Suhrkamp, 1980, pp. 65 ss.

⁸⁹ "Was wir handhaben, ist vielmehr nur ein als sicher geltendes sprachliches Konstrukt, ein meist chronologisch geordneter Bericht, eine Geschichtserzählung, der vieles fehlt und vieles verschweigt". Véase Michael Stolleis: "Der Historiker als Richter - der Richter als Historiker", en Frei, van Laak y Stolleis (eds.): o. cit., p. 178.

⁹⁰ Las consecuencias de sus investigaciones también son muy diversas. El juez tiene que tomar decisiones en nombre del pueblo que pueden afectar gravemente a determinadas personas; su verdad es formal, reduccionista y limitada. El historiador no decide en el sentido del juez, su verdad solo lo puede afligir moralmente, porque aquello que provoque con su investigación solo a él le concierne. El historiador se refiere y valora solo el pasado único e irrepetible, mientras que el juez valora ese hecho único e irrepetible según el espíritu presente de la norma. Ambos "investigadores" de la verdad factual tienen que construir una opinión con base en la reconstrucción de hechos pasados que contribuye al conocimiento y entendimiento de los hombres en una sociedad determinada. Ibídem.

⁹¹ Véase Winfried Hassemer: o. cit., pp. 185 s. También Nicolás Guzmán: *La verdad en el proceso penal*, cit., p. 113.

⁹² Véase Winfried Hassemer: o. cit., pp. 183 y 190.

puede reprochar conductas a personas, pero en los casos relacionados con las más graves violaciones a los derechos humanos —como sucede con el terrorismo de Estado—⁹³ los tribunales penales son inocuos para juzgar sistemas, régimenes o ideologías criminales a las que muchos de los responsables sirven.⁹⁴ La *verdad judicial* o la “verdad” que se puede obtener por medio de un proceso penal está limitada a la averiguación de la culpabilidad de algunos criminales, posiblemente los de mayor culpabilidad y responsabilidad en los hechos. Esta forma de hacer justicia, sin embargo, no se condice con la “averiguación de la verdad”, porque incluso puede esconder muchas de las causas que están relacionadas con estos hechos con el fin de limitarse a la prueba de la culpabilidad individual. Nils Christie sostiene que con los juicios y condenas a los criminales nazis en los procesos de Núremberg los jueces británicos, norteamericanos y soviéticos no discutieron sobre los hechos acontecidos en Dresden, Hiroshima y Nagasaki y sobre los Gulags, cuando estos hechos también eran importantes para conocer la verdad respecto a los crímenes de la Segunda Guerra Mundial. La sospecha de una “justicia de vencedores” puede dificultar el conocimiento de la verdad mediante el uso del sistema penal.⁹⁵ Según Christie, los procesos penales solo se ocupan de culpabilidades personales o individuales, y nada pueden hacer cuando los crímenes han sido cometidos en el marco de “sistemas culpables” (*system-guilt*).⁹⁶

Véase que el sistema penal no produce ni constata la verdad sobre lo sucedido, sino que apenas soluciona una imputación o absolución de un caso concreto según un discurso que no está *libre de dominación* y una representación ideal de lo verdadero.⁹⁷ La *verdad procesal* es tan solo aquella que se puede probar, y a esas pruebas se limita su contenido.⁹⁸ Como ha dicho Hassemer, el derecho

⁹³ La doctrina interpreta este término como los crímenes de Estado contra los enemigos del gobierno hasta aniquilarlo. A diferencia del terrorismo (político), que pretende derrocar un gobierno actuando mediante violencia contra la población en general y reivindicando los hechos, el terrorismo de Estado oculta sus hechos o los legitima como “razón de Estado” o defensa de la “seguridad nacional”. Véase Luis Bandieri: “Juicio al juicio absoluto. A propósito de ‘Juicio al mal absoluto’ de Carlos Nino”, en <www.ieeba.com.ar/colaboraciones2/Juicio%20al%20juicio.pdf>.

⁹⁴ Cornelius Prittzwitz: “Notwendige Ambivalenzen”, o. cit., p. 655.

⁹⁵ Véase Nils Christie: “Peace or punishment?”, en Gilligan y Pratt: *Crime, Truth and Justice. Official inquiry, discourse, knowledge*, Willan Publishing, 2004, pp. 244 s.

⁹⁶ Ibídem, p. 251.

⁹⁷ Véase Winfried Hassemer: o. cit., pp. 163 ss., 168.

⁹⁸ “La verdad tanto como la realidad no es un objeto dado de antemano que solo se trataría de reflejar adecuadamente. Es una problemática del testimonio, por oposición a la prueba”. Véase Jacques Derrida: *Historia de la mentira: Prolegómenos*, Conferencia dictada en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires en 1995, disponible en <http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/mentira.htm>, pp. 24 s.

procesal penal no puede ser vinculado a los procedimientos de búsqueda de la verdad empírica, sino que, por el contrario, “al proceso penal se lo dota de instrumentos para detener la búsqueda de la verdad”.⁹⁹ Una parte de la doctrina, incluso, niega la posibilidad de que la verdad pueda ser “descubierta”, “hallada” o “reconocida” por medio del procedimiento penal, porque ella no es algo previo ontológica o axiológicamente, sino que la verdad es construida por la sentencia judicial.¹⁰⁰ Por todo esto, no se puede decir que la verdad sea un objeto que se “conozca” siguiendo métodos de investigación penales, sino que ella es consecuencia de un proceso de elaboración o, en todo caso, un principio general o un valor que inspira al procedimiento penal.¹⁰¹ El procedimiento penal es necesario para terminar con la presunción de inocencia de los responsables y para la imputación de responsabilidad penal, pero no es presupuesto del derecho a la verdad. El procedimiento penal tiene un efecto preventivo muy importante y es útil para la investigación de datos oficiales antes desconocidos, para obligar a determinadas reparticiones estatales a “colaborar” con la justicia, para acabar con la amnesia colectiva,¹⁰² para brindar un espacio de manifestación a las víctimas y para terminar con la impunidad, entre otras cosas. De cara a hacer frente a los crímenes más graves, el derecho penal (nacional, internacional o supranacional) todavía desempeña un papel importante desde el punto de vista preventivo y de motivación de conductas,¹⁰³ por el mero hecho de la existencia de la norma de

⁹⁹ Véase Winfried Hassemer: o. cit., p. 187. La doctrina procesal niega incluso que el proceso sea el sitio adecuado para la satisfacción de los derechos de la víctima, porque como *situación jurídica* (Goldschmidt) tiene una función dinámica que se traduce en el “deber funcional de carácter administrativo y político” que tiene el juez y que resuelve por medio de una sentencia. En el proceso no se puede hablar de derechos sino de “posibilidades” de que el derecho sea reconocido en la sentencia, de expectativas y de cargas. Esta dinámica del proceso Goldschmidt la comparaba con la guerra, en tanto “el vencedor puede llegar a disfrutar un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha”. Como dice Couture: “[...] estalla la guerra y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada: los derechos más intangibles quedan afectados por la lucha y todo el derecho, en su plenitud, no es sino un conjunto de posibilidades, de cargas y de expectativas”. Véase Eduardo Couture: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 2.ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 70.

¹⁰⁰ Véase Rainer Paulus: o. cit., pp. 687 ss. La verdad es una producción que tiene lugar en la sala de audiencias, que de alguna forma, en un proceso cuyo objetivo es el consenso, refleja una realidad social. Véase Walter Grasnick: “Wahres Über die Wahrheit- auch im Strafprozeß”, en Wolter et al. (eds.): *140 Jahre Golddammer’s Archiv für Strafrecht - Eine Würdigung zum 70 Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, Heidelberg: Decker, 1993, pp. 69 y 75.

¹⁰¹ Como ha dicho Volk, la verdad material puede ser considerada como un concepto supraordenatorio del sistema penal, al cumplir una función constitucional de orientación para todo el sistema punitivo, una especie de valor o principio para el procedimiento penal. Véase Klaus Volk: *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, Konstanz: Universitätsverlags, 1980, pp. 15 ss.

¹⁰² Véase Stanley Cohen: “Unspeakable Memories”, o. cit., p. 33.

¹⁰³ Lelieur hace mención al paramilitar Carlos Castaño, que depuso las armas inmediatamente después de que Colombia ratificara el ER porque entendió que su caso podía ser perseguido por la CPI. Véase Juliette Lelieur: “El

prohibición y de la posibilidad de ejercicio de jurisdicción.¹⁰⁴ Las más graves violaciones de los derechos humanos requieren de una sanción ejemplar, como si se tratara de un imperativo categórico de hacer justicia. Lo que nuestra ciencia, sin embargo, no ha demostrado es que el procedimiento penal sea el sitio más adecuado para satisfacer el “derecho a la verdad” que tiene la víctima.¹⁰⁵ En relación con el “derecho a la verdad”, el derecho penal y sus procedimientos pueden ser una herramienta útil para investigar, procurar información todavía desconocida y obligar a conservar archivos públicos. Una vez recolectada la información necesaria, en el caso concreto, la magnitud de la violación a los derechos humanos determinará la necesidad de castigo de los responsables, pero de esta eventualidad no deriva —ni puede derivar— el derecho de la víctima al conocimiento de la verdad. Es más, estos procedimientos solo sirven para que el Estado se comprometa en encontrar o esclarecer una “parte de la verdad”, aquella que sea necesaria para fundamentar una imputación penal.¹⁰⁶

6 • La verdad filosófica

18. La *verdad filosófica*, a diferencia de la *verdad factual*, se refiere al hombre en su singularidad y es apolítica por naturaleza. Desde un punto de vista filosófico es difícil aceptar que simples ciudadanos (jueces o historiadores) puedan llegar a conocer la verdad porque, “cuando la verdad filosófica entra en la calle, cambia su naturaleza y se convierte en opinión”.¹⁰⁷ Jueces o historiadores solo pueden brindar una “opinión” sobre los sucesos que investigan, una opinión que debe garantizar una información objetiva

Estatuto de la Corte Penal Internacional: un derecho represivo de nueva generación”, en Delmas-Marty, Pieth y Sieber (eds.): *Los caminos de la armonización penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 75.

¹⁰⁴ Véase que la Corte IDH identifica la falta de tipicidad de las conductas con un favorecimiento de la impunidad. Véase Javier Dondé: o. cit., p. 268.

¹⁰⁵ Véanse al respecto dos notas periodísticas realizadas a víctimas de las dictaduras en Uruguay y Argentina, <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-164944-2011-03-26.html>> (26.3.2011), <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-165964-2011-04-10.html>> (10.4.2011). La pregunta que permanece es si la “verdad” habría sido posible sin el uso de las medidas coercitivas que permite el proceso penal.

¹⁰⁶ Hay otras posibilidades distintas al proceso penal para establecer la verdad y, también, otras formas de verdad. Véase Heinz Steinert: “Negotiating the Past: Culture Industry and the Law”, en Karstedt (ed.): *Legal Institutions and Collective Memories*, o. cit., p. 162. Según Steinert, los juicios penales como forma de recreación de los eventos del pasado sirven para validar la versión de los hechos enunciada por la más alta autoridad: el Estado. Ibídem, p. 174.

¹⁰⁷ Véase Hannah Arendt: *Verdad y política*, versión disponible en internet, p. 7.

que no discuta los hechos en sí mismos.¹⁰⁸ Lo que aquí importa es que la “verdad” es producto o consecuencia de un proceso de elaboración, que sin embargo tiene que respetar como una máxima que los hechos que se investigan están más allá de las opiniones individuales, los acuerdos o consensos.¹⁰⁹ La “verdad” que se busca debe ser lo más imparcial posible y estar libre de los intereses privados.¹¹⁰ En realidad, debe acercarse a una *verdad racional* o *verdad de razón* (Arendt) que ilumine el entendimiento humano. Sin embargo, es muy arriesgado hablar de una *verdad factual* u *objetiva* cuando “los hechos siempre pueden ser diversos”, porque “no hay ninguna razón concluyente para que los hechos sean lo que son”. Pero además, los procesos de *establecimiento de la verdad* (factual) requieren de “evidencias factuales” recogidas de los testimonios de “testigos presenciales” de los hechos, procedimiento de recolección de datos que no está exento de falsificaciones. Desde un punto de vista filosófico lo contrario a la “verdad” no es el “desconocimiento” sino la “mentira”, aunque a veces aun diciendo la verdad se puede mentir o engañar a otro.¹¹¹ Esta consideración filosófica nos impide afirmar que la verdad tiene como opuesto el desconocimiento de lo sucedido; su opuesto es únicamente el falseamiento de los hechos por alguna instancia de poder. Los tiempos que corren nos han traído el fenómeno de la manipulación masiva de los hechos y de la opinión, así como la reescritura de la historia mediante la fabricación de imágenes por las políticas de los gobiernos.¹¹² Según Derrida, las imágenes sustitutas no remiten a un original, sino que lo remplazan: “[...] el proceso de la mentira moderna ya no sería la disimulación que enmascara la verdad, sino la destrucción de la realidad o del archivo original”.¹¹³ El *terrorismo de Estado* persigue por medio del temor generalizado el fin de hacer desaparecer cualquier forma de oposición,¹¹⁴ incluida la desaparición de la propia esencia humana por medio de ciertas prácticas criminales.¹¹⁵ Los totalitarismos no solo destruyen

¹⁰⁸ Ibídem.

¹⁰⁹ Según Arendt, si los hombres estuvieran de acuerdo en una propuesta de “verdad”, producto del entendimiento o de un acuerdo de la mayoría, aquello que fuera verdad filosófica se convertiría en mera opinión que podría cambiar en cualquier momento. Véase Hannah Arendt: o. cit., p. 16.

¹¹⁰ Como dice Arendt: “La calidad misma de una opinión, como la de un juicio, depende de su grado de imparcialidad”. Ibídem, p. 13.

¹¹¹ Véase Jacques Derrida: o. cit., p. 3. Lo opuesto a la verdad no es el error, la ilusión o la opinión, sino la mentira o falsedad deliberada (Arendt). Véase que se puede “decir la verdad con la idea de engañar a los que creen que no deberían creerla”, en lo que Koyré interpretó como una técnica política moderna, en la era de las comunicaciones de masas y del totalitarismo. Ibídem, p. 26.

¹¹² Ibídem, p. 8.

¹¹³ Ibídem, p. 9.

¹¹⁴ Véase José Sanmartín: “¿Hay violencia justa? Reflexiones sobre la violencia y la justicia basada en los derechos humanos”, en *Daimón. Revista de Filosofía*, n.º 43, 2008, p. 11.

¹¹⁵ Véase Hannah Arendt: *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Taurus, 2004, pp. 552 ss.

a los hombres, sino que impiden toda forma de memoria o recuerdo para acabar con sus relaciones, sus valores, su historia, su existencia.¹¹⁶ De esta forma, el derecho a la verdad queda reducido al no falseamiento de aquello que ha acontecido.¹¹⁷ La víctima tiene derecho, entonces, a no recibir y a que no se hagan públicas informaciones falseadas, sino solo aquellas que reflejen objetiva e imparcialmente los hechos en un momento histórico determinado. La víctima, además de “conocer lo sucedido”, tiene derecho a que no se destruya la realidad o el archivo original y a realizar un *control democrático* sobre las instituciones del Estado, así como a participar del proceso público de *establecimiento de la verdad* y de *elaboración del pasado*. Pero también la víctima tiene derecho a que le sea devuelta su existencia por medio de la recuperación de la memoria.¹¹⁸ Por eso, los hechos acontecidos tienen que ser conocidos y divulgados mediante la publicidad.¹¹⁹ En ese sentido, una declaración oficial pública de reconocimiento de los hechos puede dar cabal satisfacción a este derecho de la víctima derivado de la dignidad humana.¹²⁰ La víctima, además de ese derecho que impide que las autoridades falseen o modifiquen los hechos realmente acontecidos, tiene derecho a manifestarse públicamente para que “su verdad” no sea negada por los victimarios o, incluso, por los historiadores u otros científicos con potestades de analizar los hechos del pasado.¹²¹ Por eso, el derecho de la víctima a la verdad no se agota ni se satisface exclusivamente por medio del proceso penal.

¹¹⁶ Expone Arendt que el homicidio acaba con una vida pero no con la existencia de la víctima, que permanece en la memoria. El crimen de lesa humanidad elimina la existencia de la víctima porque busca destruir la memoria aun después de eliminada la vida. Ibídem, p. 548.

¹¹⁷ En términos conceptuales, según Arendt, verdad es todo aquello que no logramos cambiar. Véase Hannah Arendt: *Verdad y política*, o. cit., p. 31.

¹¹⁸ Memoria que puede ser individual y colectiva, que no es lo mismo que la historia, porque esta tiene que ver con el establecimiento de acontecimientos objetivos y aquella con la interpretación de tales acontecimientos. Véase Heribert Adam: “Divided Memories: How Emerging Democracies Deal with the Crimes of Previous Regimes”, en Susanne Karstedt (ed.): *Legal Institutions and Collective Memories*, Oxford y Portland: Hart, 2009, p. 79.

¹¹⁹ La publicidad, según Kant, no solo da contenido a la forma distributiva de justicia, sino que es el germe de la forma democrática de gobierno. Téngase en cuenta que dentro del concepto de publicidad Kant incluía la discusión pública potencialmente universal tendiente a reunir voluntades para lograr acuerdos. Véase José Villacañas: *Kant: Ilustración jurídica vs. Razón de Estado*, p. 51. Según Villacañas: “Cada presente tiene su propia responsabilidad, y los principios kantianos, por llamarlos de una manera que los identifique más allá de protagonismos teóricos discutibles, solo nos recuerdan en este sentido que también nosotros tenemos la nuestra, y que en la exigencia radical de publicidad democrática debemos perfeccionar la técnicas de discusión y de representación que tengamos a nuestro alcance”. Ibídem, p. 53 (sic).

¹²⁰ Véase Jacques Derrida: o. cit., p. 16. El problema que no podemos resolver tiene que ver con aquellos que pregongan la existencia de varias verdades o, por otra parte, la imposibilidad de “compartir memorias”. Véase Stanley Cohen: “Unspeakable Memories and Commensurable Laws”, en Susanne Karstedt (ed.): *Legal Institutions and Collective Memories*, Oxford y Portland: Hart, 2009, p. 36.

¹²¹ El legislador penal alemán ha tomado debida cuenta de esta posibilidad de revisión distorsionada de la historia y ha protegido ese derecho de la víctima por medio del tipo penal que castiga la negación del holocausto. Véase también Tatiana Rincón: o. cit., p.55.

19. Véase que desde un punto de vista kantiano la verdad es un *desideratum*, ella es inaccesible e indemostrable, pero en cuanto puede ser “pensada” por el hombre se convierte en un consuelo, una obligación y un imperativo.¹²² Epistemológicamente sería un retroceso volver a considerar la posibilidad de construir por medio del procedimiento penal una *verdad absoluta* que legitime el castigo y de la que derive el derecho de la víctima a conocer la verdad. De la jurisprudencia de la Corte IDH quedan dudas acerca de la relación que existe entre el derecho a la verdad y la obligación de castigar, porque, en todo caso, ella no ha demostrado fehacientemente que el derecho a la verdad que tiene la víctima se satisfaga únicamente por medio del castigo del responsable. Ese derecho a la verdad tampoco es un derivado del derecho a la justicia, porque la víctima tiene un derecho fundamental a la verdad que le otorga el derecho a conocer sin falseamientos ni manipulaciones los hechos ocurridos y a saber quiénes fueron los partícipes en esos hechos. Ese derecho individual y colectivo a la “verdad” así entendida faculta a la víctima a exigir una declaración pública a las instancias oficiales que constate la existencia del delito, de su condición de víctima con todos los derechos que ello conlleva y de la identidad del victimario con todas las consecuencias que ello pueda aparejar cuando su responsabilidad es constatada por un juez penal. Ahora bien, esta declaración pública que brinda conocimiento sobre determinados hechos —en este caso, sobre la violación de derechos humanos— no solo se configura por medio de una sentencia y del discurso de dominación que emana del procedimiento penal.¹²³ Al proceso de “establecimiento de la verdad” y de conocimiento público sobre lo sucedido también pueden aportar medios extrajudiciales (verbigracia, comisiones de la verdad, investigaciones parlamentarias, opinión pública),¹²⁴ instancias todas en las que las víctimas puedan participar activamente en el proceso de elaboración del conocimiento público sobre los hechos (verdad).¹²⁵

¹²² Véase Jorge Carranza Piña: *Fundamentos sobre Verdad, Justicia y Reparación. Garantía de los derechos de las víctimas*, Bogotá: Leyer, 2005, p. 51.

¹²³ Aunque para muchos, por más que los tribunales puedan ser falibles, “como método para llegar a la verdad, no se ha encontrado hasta ahora forma más eficiente que la confrontación sistemática del procedimiento conciliatorio”. Véase Juan Méndez: o. cit., p. 540.

¹²⁴ “Las comisiones de la verdad tienen el potencial de ser de gran provecho en las sociedades posconflicto, al ayudar a establecer los hechos sobre las violaciones a los derechos humanos, promover la responsabilidad penal, preservar evidencias, identificar a los responsables y recomendar reparaciones y reformas institucionales. Ellas pueden también ofrecer una plataforma pública a las víctimas para dirigirse directamente a la nación con sus historias personales y pueden facilitar un debate público sobre cómo superar el pasado”. Véase *The Rule of law and transitional in post-conflict societies*, UN Doc. S/2004/616, § 50 (traducción propia del inglés).

¹²⁵ Véase Jennifer Llewellyn: “Truth commissions and restorative justice”, en Johnstone y Van Ness (eds.): *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, 2007, pp. 355 ss.

7 ● Derecho a la verdad, justicia y reparación

20. Verdad, justicia y reparación son los tres estándares identificados por la jurisprudencia de la Corte IDH que coinciden con los tres objetivos que operan como pilares sobre los que se construye el concepto de justicia de transición.¹²⁶ De alguna forma, a partir de los trabajos doctrinarios que han desarrollado el concepto de “justicia de transición”¹²⁷ hay una idea general de que en un Estado de derecho la impunidad no tiene cabida, pero, por otra parte, hay una especie de aceptación de que la tarea de la “justicia” contra la impunidad también persigue la finalidad de conocer lo sucedido.¹²⁸ Este nuevo fenómeno que podría emparentarse con los derechos de las víctimas a saber la “verdad” y a la garantía de “no repetición” no se aprecia de un modo tan marcado en otras regiones del mundo que han sufrido iguales o peores abusos del poder contra los derechos de los individuos.¹²⁹ En el contexto reciente de la justicia de transición, el derecho individual y colectivo de las víctimas a la verdad podría sintetizarse en el derecho a que no se manipulen por las instancias de poder los hechos y las opiniones (jueces, políticos, historiadores). Ello tiene relación con la elaboración del pasado, con trabajar con el pasado, que requiere como una de sus etapas “conocer la historia”, y conocer la historia es necesario para luego “hacer justicia”. La doctrina cree que la justicia (en particular, la justicia de transición) ha contribuido a la *producción de la verdad*.¹³⁰ El conocimiento de la verdad es uno de los pilares que, junto con la justicia y la reparación, en teoría se exige para un proceso exitoso de transición. El conocimiento de la verdad de

¹²⁶ El interés de la justicia en la persecución tiene que complementarse con los derechos de las víctimas, que van mucho más allá de la persecución penal y abarcan el “derecho a la justicia”, el “derecho a la verdad” y el “derecho a la reparación en sentido amplio”. Véase Kai Ambos: “El marco jurídico de la justicia de transición”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Justicia de transición*, cit., p. 24. El informe del alto comisionado de la ONU (A/HRC/12/19) agrega a estos tres objetivos un cuarto: “las reformas institucionales para prevenir la repetición de la violencia”. Para decidir entonces en cada caso cuál es el “interés de la justicia”, no se puede prescindir del “interés de la víctima”. Véase que todo depende de un test de proporcionalidad que pondere los distintos intereses involucrados para la superación del conflicto, de modo que tampoco puede ser suprimida a priori la posibilidad de otorgar una amnistía que de alguna forma se condicione con los intereses de la víctima a “conocer la verdad” y a la reparación.

¹²⁷ Por todos, Ruti Teitel: *Transitional Justice*, Nueva York: Oxford University Press, 2000.

¹²⁸ Véase Florian Huber: *La Ley de Justicia y Paz. Desafíos y temas de debate*, Bogotá: Fundación Friedrich Ebert, 2007, p. 49.

¹²⁹ Véase Andrew Reiter, Tricia Olsen y Leigh Payne: *Amnesty in the Age of Accountability*, p. 22, disponible en <http://www.allacademic.com/one/isa/isa08/index.php?click_key=1>.

¹³⁰ Véase Iván Orozco Abad: *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 92 ss. Sin embargo, la verdad producto de la justicia de transición no es una verdad factual o histórica, sino que es una verdad política (verdad consensuada).

algún modo guarda relación con el reconocimiento oficial de los hechos, así como tiene la finalidad de evitar que sobre la sociedad caiga un “manto de amnesia” con relación a los hechos acontecidos.¹³¹

21. Todo indica que no se debe hablar de un *derecho a la verdad*, por la sencilla razón que sería muy difícil identificar un concepto o definición de lo que se entiende por “verdad”.¹³² Hablar de un concepto de verdad puede llevar a la aceptación de una o varias definiciones parciales o interesadas acerca de aquello sucedido, principalmente con las víctimas que todavía se encuentran desaparecidas o cuyo paradero o destino se desconoce. Las distintas visiones sobre lo sucedido imponen la “elaboración” de una visión amplia y democrática que no excluya ninguna de las posiciones.¹³³ Este hecho indica que la verdad no puede ser impuesta por el gobierno, el parlamento o el poder judicial; “la verdad” no es producto de los poderes de Estado sino de un proceso colectivo de conocimiento y elaboración de los hechos que no admite exclusiones.¹³⁴ En la justicia de transición no se trata de establecer la verdad de los vencedores sobre los vencidos, sino de reaccionar contra los crímenes del pasado y de la elaboración de ese pasado a efectos de prevención y no repetición, considerando como objetivos principales el conocimiento de la verdad, hacer justicia y reparar a las víctimas. Allí es donde se entrecruzan los caminos del derecho a la verdad y de la justicia (penal). La doctrina interpreta que el “derecho a la verdad” requiere de investigaciones, pero ello no siempre apareja la persecución penal y la reparación. Según Teitel, dependerá del caso concreto y de las respuestas que el proceso de justicia de transición haya arrojado en relación con las violaciones de los

¹³¹ Véase Jeremy Sarkin: *Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process*, Amberes y Oxford: Intersentia, 2004, p. 33. Ahora, si bien ese concepto de verdad se relaciona con evitar el olvido con una finalidad preventiva, del él no puede deducirse una necesidad preventiva de castigo.

¹³² Véase Bernard Willianms: *Truth and truthfulness. An essay in genealogy*, Princeton y Oxford: Princeton University Press, 2002, pp. 63 ss.

¹³³ El poder no puede imponer verdades ni olvidos, porque el ejercicio de la memoria (de lo que se quiere saber y recordar) también debe ser resuelto de modo libre, plural y debatible. Es decir, “no hay lugar para recuerdos u olvidos impuestos desde el poder”. El valor verdad no puede ser totalitario ni absoluto; requiere pluralismo, tolerancia, debate abierto y confrontación libre de versiones y opiniones. “En una construcción democrática, la verdad respecto a procesos y acontecimientos como los vividos durante una dictadura debe ser pública y debatible”. Véase Gerardo Caetano: “El testamento ciudadano y la exigencia de verdad”, en *Revista de Derechos Humanos*, n.º 2, junio 2004, pp. 25 y 27.

¹³⁴ El discurso oficial es siempre heterogéneo y ha sido definido como “the systemisation of modes of argument that proclaim the state’s legal and administrative rationality”. Véase Burton y Carlen: *Official Discourse: On Discourse Analysis, Government Publications, Ideology and the State*, Londres: Routledge & Kegan Paul, 1979, p. 48. Lo positivo de un discurso oficial en relación con la verdad tiene que ver con la autoridad que interpreta los hechos y los problemas, la cual tiene repercusión en la conciencia colectiva. El problema es cuando ese discurso pretende cumplir con la función de legitimar la actuación del Estado. Véase George Gilligan: “Official inquiry, truth and criminal justice”, en George Gilligan y John Pratt (eds.): *Crime, Truth and Justice. Official inquiry, discourse, knowledge*, Willan Publishing, 2004, p. 19.

derechos humanos.¹³⁵ Este proceso de elaboración tiene que considerar distintos significados y formas de entender los mismos hechos en un proceso cultural que acontece en los planos institucional, simbólico y personal.¹³⁶ Sin embargo, este proceso inclusivo de *establecimiento o elaboración de la verdad* puede admitir categorías, porque no todos los relatos tienen la misma importancia o el mismo valor. Desde el punto de vista de la justicia penal, cuando se trata de un autor acusado de violar los derechos humanos, él es el verdadero protagonista de un proceso-*show* o proceso-espectáculo y su relato es incluso más importante que el de la víctima,¹³⁷ porque el derecho penal garantista propio de un Estado de derecho se construye sobre la protección del individuo frente al poder punitivo del Estado.¹³⁸ Incluso, poner el acento en la “verdad jurídica que busca aclarar el estatus jurídico de los acusados tiende a simplificar la versión de las víctimas y, sobre todo, tiende a ignorar el entramado social y la reincidencia histórica del daño. De hecho, los protagonistas del proceso pasan a ser los victimarios, mientras las víctimas parecen neutralizadas para ejercer una memoria que rebasa los límites del proceso judicial”.¹³⁹ Téngase en cuenta que, desde el punto de vista del conocimiento de la verdad y de la reparación, considerados como derechos de la víctima en los procesos de justicia de transición, la experiencia sufrida por la víctima y su relato son imprescindibles y gozan de mayor jerarquía.¹⁴⁰

22. No se puede generalizar que todos los procesos de justicia de transición relacionan o condicionan el conocimiento de la verdad al castigo de los responsables. En el proceso de justicia de transición que se lleva a cabo en Indonesia, la ley penal se ha suspendido en su aplicación o no se ha aplicado en aquellas comunidades que hicieron uso del recurso al conocimiento de la verdad respecto a crímenes internacionales. Las

¹³⁵ Véase Ruti Teitel: “Editorial Note-Transitional Justice Globalized”, en *IJTJ*, vol. 2, 2008, p. 4.

¹³⁶ Véase Elizabeth Jelin: “Public Memorialization in Perspective: Truth, Justice and Memory of Past Repression in the Southern Cone of South America”, en *IJTJ*, vol. 1, 2007, p. 142; George Gilligan: “Official inquiry, truth and criminal justice”, o. cit., p. 20.

¹³⁷ Como dice Arendt, un juzgamiento se asemeja a una pieza de teatro en la medida en que ambos comienzan y acaban con el autor y no con la víctima. Un juzgamiento-espectáculo, todavía más que un juzgamiento común, presupone un esbozo bien delimitado y claramente definido de los actos realizados y sobre el modo en que fueron realizados. El autor es el héroe de la obra y si él sufre, lo hará por aquello que realizó y no por los sufrimientos que causó a las víctimas. Véase Hannah Arendt: *Eichmann em Jerusalém. Uma reportagem sobre a banalidade do mal* (trad. de Ana Corrêa), 2^a ed., Coimbra: Tenacitas, 2004, p. 61.

¹³⁸ Considérese, además, que el sujeto sometido a un proceso penal tiene el derecho constitucional de mentir o callar para su defensa. Por su parte, la víctima es generalmente excluida del proceso penal y solo es llamada a prestar una declaración fidedigna en algunas circunstancias.

¹³⁹ Véase Adolfo Chaparro: “La función crítica del ‘perdón sin soberanía’ en procesos de justicia transicional”, en Rettberg (comp.): o. cit., p. 246.

¹⁴⁰ Véase Slavoj Žižek: *Arriesgar lo imposible. Conversaciones con Glyn Daly*, Madrid: Trotta, 2004, pp. 135, 136.

víctimas no solo recibieron disculpas sino también reparaciones simbólicas, si así se puede entender que una comunidad acepte responsabilidad por los hechos o que informe dónde se encuentran los restos de los desaparecidos. En una primera etapa, cuenta Braithwaite, la verdad fue un mero producto local de comunidades, pero luego hubo casos de reconocimiento individual de la responsabilidad o declaraciones en las que se narró lo sucedido. Esto solo fue posible cuando existió este período de excepción en el que a esta declaración de la verdad (o autoinculpación) no correspondió obligatoriamente el inicio de un juicio penal.¹⁴¹ Algunas comunidades realizaron su proceso de paz y reconciliación utilizando el recurso del conocimiento de la verdad como medio para lograr la elaboración del pasado y la convivencia pacífica. Pero en otras comunidades en Indonesia, el proceso se realizó únicamente por medio de reparaciones simbólicas que no tenían como presupuesto el conocimiento de la verdad, sino la reparación de las víctimas. En Uganda, por su parte, una gran cantidad de miembros de la etnia acholi consideran que la CPI no es provechosa para resolver el grave conflicto allí acontecido. Ellos piensan que el reconocimiento de la responsabilidad y la reconciliación, por ejemplo, utilizando el tradicional método de *mato oput*,¹⁴² es más provechoso que cualquier forma de justicia retributiva.¹⁴³ Estos ejemplos indican que desde un punto de vista local la verdad no siempre es condición para el castigo de los responsables y/o para la reparación de las víctimas. Sin embargo, no cualquier decisión local es válida cuando contradice los principios éticos universales. En ese sentido la Corte IDH ha sido muy clara en cuanto a la prohibición de otorgar amnistías cuando se trata de las más graves violaciones de los derechos humanos, así como también se prohíben otros institutos procesales (por ejemplo, la prescripción) cuando ellos se convierten en un obstáculo para la investigación de los hechos o para “la identificación y el castigo de los responsables”.¹⁴⁴ Es decir, la solución local no puede contradecir la dimensión universal de la ética y la dignidad humana.¹⁴⁵ De este modo, la necesidad del conocimiento de la verdad permanece incólume

¹⁴¹ Véase John Braithwaite: “Truth, Non-Truth and Reconciliation: Bougainville and Indonesia”, Peacebuilding Workshop, Impres Remep, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 22.6.2010.

¹⁴² Método tradicional empleado por los acholi para hacer justicia, basado en el reconocimiento de la culpabilidad y una compensación a la familia de la víctima, incluso en casos de homicidios.

¹⁴³ Véase Deirdre Golash: “The Justification of Punishment in the International Context, en May y Hoskins (eds.): *International Criminal Law and Philosophy*, Nueva York: Cambridge University Press, 2010, p. 210.

¹⁴⁴ Véase el caso *Barrios Altos contra Perú*, § 41 ss. Defensoría del Pueblo: *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Informe Defensorial n.º 97, Lima, 2005, p. 120. También caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29.11.2006, serie C, 162, § 167.

¹⁴⁵ En lo que tiene que ver con la verdad, ella surge de un proceso de elaboración (histórico-político-administrativo-jurídico) en el que tienen que participar los miembros de la sociedad en la que sucedieron las violaciones a los derechos humanos, porque a través de sus relatos se valora la experiencia local junto a la dimensión universal

allí donde incluso se llega a un acuerdo de reparación con las víctimas individuales, lo que reafirma que el *derecho a la verdad* es autónomo con relación a los castigos y a las reparaciones y que, en ocasiones, tiene un carácter colectivo innegociable.

23. La jurisprudencia de la Corte IDH no considera relevante la interacción entre estos tres objetivos de la justicia de transición (verdad, justicia y reparación) y relaciona el derecho a la verdad con un derecho absoluto a conocer lo sucedido y al castigo de los responsables, que no puede ser vulnerado por impedimentos de tipo procedural o material. El problema que la Corte IDH no resuelve tiene relación con la posibilidad admitida por la doctrina de una potencial renuncia parcial de alguno de estos objetivos por razones de pacificación social (o incluso por motivos particulares de las víctimas), y sostiene que la condena penal es para las víctimas una forma de reparación simbólica. Véase que la doctrina admite que junto con la persecución penal de los principales responsables de las violaciones de los derechos humanos se puede otorgar una amnistía para algunos partícipes con menos responsabilidad, de modo que se pueda renunciar a una parte de la verdad y al castigo de todos los responsables.¹⁴⁶ De todas formas, si bien este derecho a la verdad no es absoluto (porque una parte de la verdad podría ser “ocultada” o no “conocida” para facilitar la reconciliación), esta necesidad de restricción de una parte de la verdad no puede afectar el derecho de la víctima a la justicia y a la reparación. Por ello, se recomienda que aquellas restricciones a la verdad que puedan llevar a la impunidad de los autores de las violaciones a los derechos humanos sean suplidas por medios públicos de reconocimiento de responsabilidad y de disculpas y arrepentimiento de los responsables, de modo que permitan ofrecer no solo la reconciliación social sino también garantías de no repetición en el futuro.¹⁴⁷ En ese sentido, la doctrina es terminante en cuanto a que “*ohne Aufklärung und Anerkennung des vergangenen Unrechts gibt es keine Versöhnung*” (‘no hay reconciliación sin esclarecimiento de la verdad y reconocimiento del injusto realizado’).¹⁴⁸ Por ello, la justicia en sentido amplio es un requisito para una

de la ética y la dignidad humana. Ahora bien, la elaboración de esa verdad local tiene que respetar determinados principios reconocidos por toda la comunidad internacional. El relativismo epistemológico no debe ser asimilado a relativismo ético, en el sentido de que hay principios éticos (imperativos categóricos) que no pueden ser relativizados por argumentos localistas, culturalistas o de concepción del mundo. Véase Clifford Geertz: *Los usos de la diversidad*, Barcelona, Buenos Aires y México: Paidós, 1996, pp. 73 ss., 95 ss.

¹⁴⁶ Véase Gerhard Werle: “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?”, en Muñoz Conde y Vormbaum (eds.): *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, Humboldt-Kolleg an der Universidad Pablo de Olavide Sevilla, 7-9 de febrero de 2008, De Gruyter, 2010, p. 21.

¹⁴⁷ Véase Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID), p. 6.

¹⁴⁸ Véase Gerhard Werle: o. cit., p. 21.

paz interna duradera y para que las heridas del pasado no permanezcan abiertas.¹⁴⁹ Como lo ha sostenido la Corte IDH, por un lado, la vía judicial no es la única posible para la averiguación o el esclarecimiento de la verdad y, por otro, la vía no judicial no puede sustituir sino complementar a la judicial (que constituye una obligación del Estado frente a las violaciones más graves de los derechos humanos).¹⁵⁰ Las Comisiones de la Verdad, todo un aporte de las transiciones latinoamericanas, han servido indiscutiblemente para posicionar al derecho a la verdad como un derecho fundamental y autónomo¹⁵¹ frente a violaciones masivas contra los derechos humanos.¹⁵² Teórica y políticamente estas comisiones no han sido relacionadas con la justicia penal (salvo en el caso de Argentina y sus juicios para el conocimiento de la verdad, que entremezclan los objetivos de uno y otro mecanismo),¹⁵³ sino con la importancia de conocer “la verdad” en los procesos de reconciliación.¹⁵⁴ Sin embargo, cada vez más, este tipo de comisiones se utilizan como paso previo en la lucha contra la impunidad, objetivo que va ligado indisolublemente a la justicia penal y a la finalidad preventiva del castigo (no repetición).¹⁵⁵

¹⁴⁹ “Conferencia Internacional: “De la superación del pasado a la cooperación futura. Desafíos regionales y mundiales de la reconciliación”, FES y GTZ, Berlín, 31 de enero-2 de febrero de 2005, Informe del grupo de America Latina, <<http://www.gtz.de/de/dokumente/Regional-Report-LatinAmerica-es.pdf>>. Con otro punto de vista, una parte de la doctrina, asumiendo una postura “ética”, niega la posibilidad de reconciliación social porque ella implica una aceptación recíproca de culpabilidad, tanto por parte de los victimarios como de las víctimas. Véase Ernesto Garzón Valdés: *El velo de la ilusión*, Buenos Aires: Sudamericana, 2000, p. 312. Otros insisten en que la reconciliación no es una meta decente desde el punto de vista de las víctimas, y que además es una especie de “desilusión mística”, porque la reconciliación implica una “hermandad entre víctimas y victimarios” que en el caso específico de Chile sería imposible lograr entre “pinochetistas” y “no pinochetistas”. Véase Fernando Atria: “Reconciliation and Reconstitution”, en Veitch (ed.): *Law and the Politics of Reconciliation*, Ashgate, 2007, pp. 34 ss.

¹⁵⁰ Véase por todos Corte IDH, caso *Masacre de la Rochela contra Colombia*, sentencia del 11.5.2007, § 195.

¹⁵¹ Véase que el conocimiento de la verdad es considerado como un derecho autónomo por el Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID) en su primer reporte (E/CN.4/1435, 22.1.1981, § 187) y fue reconocido por otros informes internacionales (ONU Office of the High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/2006/91, 8.2.2006, “Study on the right to the truth”).

¹⁵² Véase Priscilla Hayner: *Unspeakable Truths. Confronting state terror and atrocity*, Nueva York y Londres: Routledge, 2001, pp. 24 s.

¹⁵³ Críticamente, Daniel Pastor: “¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en Daniel Pastor (dir.): *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 369 ss. Téngase en cuenta que estos “juicios de la verdad” son consecuencia de un acuerdo amistoso entre víctimas (parientes de personas desaparecidas) y el Estado argentino ante la Com IDH debido a la imposibilidad de investigar y castigar por la existencia de leyes de amnistía.

¹⁵⁴ Un ejemplo podría ser la Comisión para la Paz de Uruguay. Véase sobre el tema Gonzalo Fernández: “Uruguay”, en Arnold, Simon y Woischnick (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México: Universidad Autónoma de México, 2006, pp. 407 ss.; Pablo Galain Palermo: “The persecution of international Crimes in Uruguay”, o. cit., pp. 605 s.

¹⁵⁵ Véase Daditos Haile: *Accountability for crimes of the past and the challenges of criminal prosecution. The case of Ethiopia*, Lovaina: Centre for Advanced Legal Studies, K.U. Leuven University Press, 2000, p. 23. Osiel propone que “el fundamento real de las comisiones de la verdad debe buscarse en otros escenarios y no en su capacidad de para reconciliar a las víctimas con los victimarios en un orden moral común. Más bien, las comisiones de la

8. Conclusión

24. En un principio, el derecho “a la verdad” fue considerado como un derecho individual de la víctima y de sus familiares, independientemente de la naturaleza del delito cometido, cuando se comprobara en el caso concreto la responsabilidad del Estado por la falta de protección de los derechos de sus ciudadanos. La ampliación del derecho “a la verdad” hacia la colectividad tiene relación con los crímenes cometidos contra determinados colectivos sociales o étnicos, que han servido de base para ampliar el concepto de víctima y sus respectivos derechos a la colectividad, y con la naturaleza del delito cometido, así como por la sospecha de participación del Estado en la realización de los crímenes y delitos. En ese sentido, los crímenes de lesa humanidad (en particular el crimen de desaparición forzada) y posteriormente las masacres cometidas contra determinados grupos sociales han servido para justificar el *conocimiento de la verdad* como un derecho colectivo, relacionado con el conocimiento de lo sucedido para prevenir repeticiones. Sin embargo, cuando se trata de los crímenes más graves contra los derechos humanos, en los que todo un sistema o instituciones se encuentran involucrados, el procedimiento penal no puede (en las circunstancias dogmáticas actuales)¹⁵⁶ hacer frente al conocimiento de la verdad en lo que refiere a responsabilidades colectivas que escapan

verdad pueden determinar quién tiene derecho a reclamar indemnización monetaria del Estado”. Véase Mark Osiel: “*Respuestas estatales a las atrocidades masivas*”, o. cit., p. 69.

¹⁵⁶ La doctrina penal alemana ha realizado algunos intentos para aceptar responsabilidades penales (injustos) dentro de sistemas injustos, cuando se trata de los crímenes internacionales. Para algunos, al menos, el carácter colectivo de los crímenes debe reflejarse en la imputación penal individual, porque crímenes como los cometidos por el régimen nacionalsocialista, si bien pueden afirmar el injusto individual, acarrean problemas en cuanto la atribución de la culpa individual que implica el derecho penal debido a la magnitud colectiva del crimen cometido. Véase sobre el tema Herbert Jäger: *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Fráncfort: Suhrkamp, 1989, pp. 132 s.; Ernst-Joachim Lampe: “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*”, en ZStW, 1994, pp. 683 ss., 735; Joachim Vogel: “*Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*”, en ZStW, 114, 2002, pp. 419 ss. En la doctrina penal internacional, admitiendo formas paralelas de imputación para colectivos o el propio Estado (Hans Vest: “*Humanitätsverbrechen - Herausforderung für das Individualstrafrecht?*”, en ZStW, 113, 2001, pp. 489 ss.) o un sistema doble de imputación: individual y colectivo (Kai Ambos: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* [trad. de Malarino], Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 163). La jurisprudencia penal internacional comienza a aplicar la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, concentrando el injusto y el peso del reproche penal en las personas que dirigen o controlan al grupo criminal. Véase Héctor Olásolo: “*Reflexiones sobre el desarrollo de la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional*”, en *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret), Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2009/3, pp. 3 ss.; “*The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*”, en *Studies in International and Comparative Criminal Law Series*, vol. 4, Oxford: Hart Publishers, 2009. Un panorama sobre la imputación en organizaciones criminales en Jesús Silva Sánchez: “*La ‘intervención a través de organización’, ¿una forma moderna de participación en el delito?*”, en Dolcini y Paliero (a cura di): *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milán: Giuffrè, 2006, pp. 11873 ss.

a los intentos de establecer una “verdad” que permita una imputación individual de responsabilidad. Más claramente: la justicia penal es necesaria para investigar e imputar determinados hechos concretos a determinadas personas, pero es incapaz de satisfacer el derecho “a la verdad” individual y colectivo.¹⁵⁷ El “derecho a la verdad” no deriva de la obligación del Estado de investigar (y, en su caso, castigar), como sostiene la Corte IDH. El derecho penal no sirve para “buscar la verdad”, sino para investigar determinados hechos y castigar a los autores de los crímenes contra los derechos humanos. El *derecho a la verdad* no debería ser utilizado para legitimar el castigo de los responsables según fines retributivos o de expiación, porque en materia penal, aunque la pena tenga una naturaleza retributiva, su legitimación proviene de criterios de merecimiento y necesidad de castigo. Por eso, la solución penal sería válida (merecida) siempre que la pena fuera necesaria para garantizar la no repetición de los hechos. De ello se deriva que la solución penal, desde un punto de vista meramente penal, solo debe ser funcional al interés de la justicia cuando se recurra a ella con una finalidad preventiva.¹⁵⁸

25. La Corte IDH ha establecido determinados estándares con relación al conocimiento de la verdad, que pueden resumirse en un derecho de la víctima individual y colectiva que se corresponde con una obligación estatal de investigar penalmente y sancionar con una pena a los responsables. Esta pena, según la Corte IDH, es una forma de reparación de la víctima.¹⁵⁹ Como surge de la jurisprudencia de la Corte IDH, el Estado tiene obligación de perseguir penalmente los crímenes y delitos más graves contra los derechos humanos, y los responsables no podrían ser beneficiados con amnistías, gracias u otros institutos de perdón que impidan responsabilizarlos penalmente.¹⁶⁰ Esta obligación puede tener relación con el derecho de la víctima a “conocer la verdad”,¹⁶¹

¹⁵⁷ “A través del uso de una ‘narrativa de la verdad’, teniendo en cuenta una verdad ‘social’, una verdad ‘forense’ y una verdad ‘reparadora’ que buscaban documentar el espectro más amplio posible de experiencias e interpretaciones para ‘recuperar partes de la memoria nacional que habían sido anteriormente ignoradas de manera oficial’, la Comisión intentó crear un registro del pasado como ‘parte de una memoria nacional’”. Véase Fiona Ross: *La elaboración de una memoria nacional: la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica* (trad. de Mendizábal y Guglielmucci), Cuadernos de Antropología Social, 24, 2006, p. 56, <http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n24/n24a03.pdf> (16.3.2011).

¹⁵⁸ Véase Pablo Galain Palermo: *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., p. 319. Desde un punto de vista crítico, Winfried Hassemer: “Seguridad por intermedio del derecho penal” (trad. de Córdoba y Maier), en Julio Maier y Gabriela Córdoba (comps.): *¿Tiene un futuro el derecho penal?*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 14 ss.

¹⁵⁹ Como surge del caso *Myrna Chang contra Guatemala*; véase Manuel Quincho: o. cit., pp. 76 ss.

¹⁶⁰ Recientemente, caso *Gelman contra Uruguay*, cit., § 195 ss.

¹⁶¹ La víctima tiene un “derecho a la verdad” o un derecho a “conocer lo sucedido” sin falseamientos que es autónomo. Véase que el conocimiento de la verdad es considerado como un derecho autónomo por el Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID) en su primer reporte (E/CN.4/1435, 22.1.1981, § 187) y fue reconocido por otros informes internacionales (ONU Office of the High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/2006/91, 8.2.2006, “Study on the right to the truth”).

pero no tiene como función primordial ni se legitima en “descubrir la verdad”, sino que pretende averiguar la participación de determinada persona en los acontecimientos para imputar penalmente una responsabilidad individual. No obstante, con relación al “descubrimiento de la verdad” sobre esos hechos bien determinados, la víctima tiene un interés directo y un “derecho a conocer” que se relaciona con el derecho a la justicia y con el derecho a la reparación. El conocimiento de la verdad es una forma de reparación que desde un punto de vista moral incluso puede tener primacía frente a la necesidad de justicia (entendida como castigo).¹⁶² El derecho penal, sin embargo, no puede satisfacer plenamente el derecho de la víctima individual y colectiva “a la verdad”, porque para satisfacer este derecho tienen que ser consideradas muchas otras variables y muchos otros discursos que el procedimiento penal no puede tener en cuenta si no quiere fracasar en su objetivo: constatar y determinar una imputación penal según criterios jurídico-penales, respetando para ello las garantías del debido proceso. El derecho penal solo puede brindar a la víctima la reivindicación de una sentencia judicial en contra del responsable.¹⁶³

26. La hipótesis sometida a falseamiento respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH¹⁶⁴ no se verifica, en tanto la Corte IDH, pese a no mantener criterios claros en su jurisprudencia, parece aceptar la autonomía del derecho de la víctima a conocer la verdad. El trabajo no genera datos que demuestren la relación entre el derecho a la verdad y el derecho a la reparación de la víctima. La tesis de la Corte IDH no se verifica, en el sentido que cuando se han cometido graves violaciones de los derechos humanos el conocimiento de la verdad es un derecho de la víctima que no puede ser satisfecho únicamente por medio del procedimiento penal. La hipótesis mantenida en este trabajo¹⁶⁵ se verifica en la jurisprudencia de la Corte IDH analizada, siempre que los medios judiciales y extrajudiciales utilizados para la construcción de la verdad se consideren complementarios y no excluyentes. De la jurisprudencia consultada no se puede verificar que la verdad sea un proceso de elaboración que requiere de la participación de todos los actores sociales e instituciones estatales. La verdad como proceso de elaboración

¹⁶² Como ha dicho Caetano: “[...] la falta de verdad es más grave aún que la ausencia de justicia. El olvido impuesto y el tipo de (des)memoria consiguiente pueden resultar más crueles y de consecuencias negativas más perdurables que la impunidad, sin que esto implique disminuir un ápice la condena y el rechazo de esta última”. Véase Gerardo Caetano: o. cit., p. 28.

¹⁶³ Véase Mark Osiel: “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en Rettberg (comp.): o. cit., p. 69.

¹⁶⁴ La Corte IDH reconoce un derecho de la víctima en su dimensión individual y colectiva a la verdad que no es autónomo, sino que se relaciona directamente con la obligación estatal de castigar a los responsables y de modo indirecto con el derecho a la reparación.

¹⁶⁵ La víctima tiene derecho a “conocer lo sucedido” y a participar del proceso de construcción de la verdad, que puede ser satisfecho por medios judiciales y/o extrajudiciales, los cuales deben utilizarse de forma complementaria.

o construcción participativo e inclusivo, en el que la víctima ocupa un papel central, puede considerarse como una meta en todos los procesos de justicia de transición y de elaboración del pasado. El derecho penal puede cumplir con un papel mucho más modesto en este proceso y colaborar por medio de la utilización de sus medios coercitivos, aunque esta no es su función.

27. Para concluir, es importante dejar en claro que no existe una relación de medio a fin entre el conocimiento de los hechos (verdad) y el castigo penal. El derecho a saber y conocer “la verdad” sobre un determinado momento histórico no se desprende y legitima de un derecho a castigar. El castigo, además de *merecido*, tiene que ser *necesario*, en el sentido actual dominante de la teoría de la pena. El conocimiento de la verdad no depende de esta decisión puntual en un caso concreto, ni tampoco es la legitimación del castigo. El castigo no depende del conocimiento de la verdad ni se fundamenta en él. El conocimiento de la verdad no implica en todos los casos el castigo penal. Entre verdad y castigo, considerado el primero un derecho de la víctima y el segundo una obligación estatal, o considerados ambos como derechos de la víctima, hay una relación que no puede negarse, pero debe quedar bien claro que el derecho a conocer la verdad no se realiza únicamente en el castigo.

ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO INTERNACIONAL, ESPECIALMENTE EN LO QUE SE REFIERE A LEYES PENALES

Ramiro J. García Falconí

RESUMEN. Los Estados suscriptores de un tratado o convenio internacional sobre derechos humanos se comprometen a cumplir de buena fe lo establecido en el texto, de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*. Como parte de un tratado o convenio internacional de derechos humanos no solamente deben considerarse las normas contenidas en él, sino también las decisiones adoptadas por el órgano de aplicación del tratado o convenio. En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ser consideradas como vinculantes y, por tanto, de aplicación obligatoria por los jueces nacionales en la resolución de los casos puestos a su consideración. Los jueces se encuentran obligados a aplicar el control de convencionalidad en la resolución de los casos nacionales, lo cual implica adecuar las normas de derecho interno, incluidas las de rango constitucional, a la Convención Americana. Las decisiones adoptadas como resultado de ejercicios de democracia directa no se encuentran exentas del control de convencionalidad, y su legitimidad radica no solo en lo formal a través de la aplicación de la regla de mayorías, sino en lo sustancial, a través de la adecuación de la decisión democrática a los dictados de la Convención.

Palabras clave: tratados internacionales, derecho internacional de los derechos humanos, control jurisdiccional, efecto vinculante, control de convencionalidad.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Unterzeichnerstaaten eines internationalen Menschenrechtsvertrags oder –abkommens verpflichten sich, die im Text enthaltenen Vorschriften nach bestem Wissen und Gewissen entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* zu erfüllen. Dabei sind nicht nur die Bestimmungen des internationalen Menschenrechtsvertrags oder –abkommens als dessen Bestandteile zu erachten, sondern auch

die von dem für seine Anwendung verantwortlichen Organ getroffenen Entscheidungen. Im Falle der Amerikanischen Menschenrechtskonvention sind die Entscheidungen des interamerikanischen Menschenrechtssystems, insbesondere des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, als verbindlich anzusehen, weshalb auf nationaler Ebene ihre Anwendung durch die Richter bei der Entscheidung der ihnen vorgelegten Fälle obligatorisch ist. Die Richter sind bei der Lösung der Fälle auf nationaler Ebene zur Kontrolle der Vertragskonformität verpflichtet; dies bedeutet, dass die Bestimmungen des nationalen Rechts einschließlich der Normen mit Verfassungsrang an die Amerikanische Konvention anzupassen sind. Auch die auf dem Weg der direkten Demokratie getroffenen Entscheidungen sind nicht von der Kontrolle der Vertragskonformität ausgenommen, ihre Legitimität beruht nicht allein in formaler Hinsicht auf der Beachtung des Grundsatzes der Mehrheitsentscheidung, sondern auch in materieller Hinsicht auf der Anpassung der demokratischen Entscheidung an die Bestimmungen der Konvention.

Schlagwörter: Internationale Verträge, internationales Recht der Menschenrechte, gerichtliche Kontrolle, bindende Wirkung, Kontrolle der Vertragskonformität.

ABSTRACT. The States signatory to a treaty or international convention on human rights undertake to comply in good faith with the provisions of the text, according to the *pacta sunt servanda* principle. Treaties or international conventions on human rights consist not only of the rules included in them but also of the decisions adopted by the monitoring bodies of the treaty or convention. In the case of the American Convention on Human Rights, the decisions of the Inter-American system – specifically the Inter-American Court of Human Rights – are binding and must be applied by national judges when deciding the cases submitted to them. When deciding national cases, judges must exercise conventionality control, which implies adjusting domestic legislation, including the constitution, to the American Convention. The decisions adopted as a result of direct democracy initiatives are also subject to conventionality control. Their legitimacy is based not only on the formal aspect – application of the majority rule – but also, in substance, on the observance by those democratic decisions of the provisions enshrined in the Convention.

Keywords: international treaties, international human rights law, jurisdictional control, binding effect, conventionality control.

Una de las facultades inherentes a la actividad judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es la de supervisar el cumplimiento de sus decisiones por los países miembros. El artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, vinculando las obligaciones convencionales de los Estados partes a todos los poderes o funciones del Estado.¹ La misma Corte ha señalado que la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, conforme se ha insistido en jurisprudencia reiterada emitida por la Corte IDH y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.²

Este cumplimiento de buena fe de las obligaciones generadas por el derecho internacional conlleva, como se señaló, el que no pueda invocarse para su incumplimiento el derecho interno, dentro del cual deben entenderse incluso las disposiciones constitucionales.³ Estas reglas son consideradas principios generales del derecho, conforme las ha tratado tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia⁴ como, de forma reiterada, la propia Corte IDH, tanto en las sentencias dictadas dentro de casos contenciosos como en las supervisiones de sentencia y opiniones consultivas.⁵

¹ Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, serie C, n.º 59, considerando tercero, y caso Vargas Areco contra Paraguay, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de julio de 2010, considerando cuarto.

² Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010, considerando quinto.

³ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC- 14/94, de 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 14, § 35. Sobre este tema cabe señalar que resultaría contrario a la Convención y por tanto ilegítimo el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece un orden jerárquico normativo por el cual, en caso de conflicto, se aplicaría la Constitución por sobre la Convención.

⁴ Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), serie B, n.º 17, p. 32; caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), series A/B, n.º 44, p. 24; caso de las Zonas Libres (1932), series A/B, n.º 46, p. 167; *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO)* (1988), pp. 12, 31-2, § 47.

⁵ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC- 14/94, supra nota 3; caso Cinco pensionistas contra Perú, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, considerando sexto, y caso Ivcher Bronstein contra Perú,

Los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.⁶ Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Sobre la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, la Corte ha señalado en la opinión consultiva OC-2/82:

[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁷

Este criterio coincide con el expuesto en su momento por otros órganos jurisdiccionales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva relativa a *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1951), la cual afirmó: “[...] en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención”. La Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos se han pronunciado en forma similar. En el caso *Austria contra Italia* (1961), la Comisión Europea declaró que las obligaciones asumidas por los Estados partes en la Convención Europea de Derechos Humanos “son

supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, considerando quinto.

⁶ European Commission of Human Rights, Applications nr. 15299/89, 15300/89 and 15318/89, *Chrysostomos et alii v. Turkey* (1991), Decisions and Reports, Estrasburgo, C. E., [1991], vol. 68, pp. 216- 253.

⁷ Opinión consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, denominada *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75), § 29.

esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes".⁸ En igual sentido, la Corte Europea afirmó, en el caso *Irlanda contra Reino Unido* (1978):

[...] a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una "garantía colectiva".⁹

En el caso *Soering contra Reino Unido* (1989), la Corte Europea declaró que la Convención Europea "debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exige comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias".¹⁰

Teniendo en cuenta las decisiones anotadas, debe considerarse que existen varias formas en las que un Estado miembro puede violar un tratado internacional y específicamente la Convención Americana. En el caso de la Convención, la vulneración puede producirse tanto por omisión al dictar las normas o los mecanismos jurídicos a que se encuentran obligados —por ejemplo, aquellas que por mandato del artículo 2 deben incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales— como por la incorporación de normas o mecanismos jurídicos que no estén conformes con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o en contra de él, es indiferente para los efectos de protección de los derechos humanos.¹¹ Para una mejor comprensión del tema, es necesario iniciar con el concepto de *ley* que nos propone la Corte IDH:

[...] la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según

⁸ European Commission of Human Rights, Decision as to the Admissibility of Application nr. 788/60, *Austria v. Italy case*, Yearbook of the European Convention on Human Rights, La Haya, M. Nijhoff, 1961, p. 140.

⁹ European Court HR, *Ireland v. United Kingdom case*, judgment of 18 January 1978, serie A, n.º 25, p. 90, § 239.

¹⁰ European Court HR, *Soering case*, decision of 26 January 1989, serie A, n.º 161, § 87.

¹¹ Opinión consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993, serie A, n.º 13, § 26; *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.¹²

El hecho de que una ley pertenezca al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro y que haya sido adoptada “de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución” nada significa si mediante ella se viola cualquiera de los derechos o libertades protegidos por la Convención. Las atribuciones de la Corte en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.¹³ Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional “no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos”.¹⁴

Respecto del tratamiento que debe darse a la norma interna violatoria de la Convención Americana, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Com IDH) como por la Corte IDH, esta última ha señalado que la Com IDH es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que este ha asumido al ratificarla o adherir a ella. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Com IDH recomendar al Estado la derogación o la reforma de la norma violatoria, y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Com IDH directamente al Estado (artículo 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.¹⁵ Diferente es el caso de la actuación de la Corte IDH, la cual, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos.

En caso de tratarse de la jurisdicción contenciosa, el análisis debe realizarse según parámetros diferentes, pues debe considerarse, por una parte, que una ley que entra en

¹² Opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, serie A, n.º 6, § 38, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

¹³ Opinión consultiva OC-13/93, supra nota 11, § 27.

¹⁴ Opinión consultiva OC-13/93, supra nota 11, § 22.

¹⁵ Opinión consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), § 38 y 39.

vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Es posible que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, simplemente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. Es posible, asimismo, que las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de esta. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las denomina “leyes de aplicación inmediata”.¹⁶ En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella, y a criterio de la Corte, no representa, *per se*, violación de los derechos humanos.¹⁷

En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así, una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesionaría a todos los individuos de esa raza. Si se trata de normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (artículo 63.2 de la Convención y artículo 29 del Reglamento de la Comisión).

La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, “para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”, y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados.¹⁸

La exigencia de que se trate de individuos determinados se desprende del artículo 46.1.b, que exige que la petición o comunicación “sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva”, y del artículo 46.2.b, que no requiere el agotamiento de los recursos internos y exime de la exigencia del plazo mencionado cuando “no se haya

¹⁶ Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 41.

¹⁷ Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 42.

¹⁸ Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 45.