

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

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

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.

PABLO GALAIN PALERMO

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.

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

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 *Ibidem*. 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).

PABLO GALAIN PALERMO

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 *Heliodoro 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

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

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 conculcado 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

PABLO GALAIN PALERMO

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 *Ibidem*, § 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. CIGCLH, Asamblea General, resolución 2391 (XXIII), de 26.11.1968.

²⁴ Caso *Masacre Pueblo Bello*, cit., § 96, 109 ss.

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

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 mas 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. *Ibidem*.

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 *Fernín Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20.6.2005, serie C, n.º 126, § 61 s; caso *Castillo Petruzzi 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.

PABLO GALAIN PALERMO

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

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

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 sepa 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 *Ibidem*, § 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.

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

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 Páez 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.

PABLO GALAIN PALERMO

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 *Ibidem*.

⁵⁵ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 155.

⁵⁶ *Ibidem*, § 156.

⁵⁷ *Ibidem*, § 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.

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

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>.

PABLO GALAIN PALERMO

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.

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

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 parecer 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 admita 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 *Ibidem*

⁷² *Ibidem*, § 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/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=establecer> (16.3.2011).

⁷⁴ Esta es la lógica político-criminal 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.

PABLO GALAIN PALERMO

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 quien”, 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 Cópola 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.

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

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 Prittwitz: "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 irreplicable, mientras que el juez valora ese hecho único e irreplicable 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. *Ibidem*.

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.

PABLO GALAIN PALERMO

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, regímenes 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 Prittwitz: “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 *Ibidem*, 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.

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

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 Goldammer'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 Lelieuer 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 Lelieuer: “El

PABLO GALAIN PALERMO

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. *Ibidem*, p. 174.

¹⁰⁷ Véase Hannah Arendt: *Verdad y política*, versión disponible en internet, p. 7.

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

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 *Ibíd.*

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”. *Ibíd.*, 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. *Ibíd.*, p. 26.

¹¹² *Ibíd.*, p. 8.

¹¹³ *Ibíd.*, 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.

PABLO GALAIN PALERMO

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. *Ibidem*, 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 germen 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”. *Ibidem*, p. 53 (sic).

¹²⁰ Véase Jacques Derrida: o. cit., p. 16. El problema que no podemos resolver tiene que ver con aquellos que pregonan 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.

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

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 contencioso”. 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).

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

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 Williams: *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.

PABLO GALAIN PALERMO

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 rebase 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), 2ª 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.

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

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, Imprs 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

PABLO GALAIN PALERMO

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 procedimental 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.

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

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 América 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 comprobaba 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, acarrear problemas en cuanto la atribución de la culpa individual que imputa 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.

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

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”).

PABLO GALAIN PALERMO

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.

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

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.