

# ¿“Penalización” de los derechos humanos?: Giros y paradojas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos\*

## “Criminalization” of human rights?: Swings and paradoxes on the jurisprudence of Inter-American Court of Human Rights

Jean-Paul Saucier Calderón\*\*  
Frédéric Mégret\*\*\*

### Resumen:

El desarrollo de las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal está signado por una función de moderación hacia una de legitimación/justificación de la aplicación del Derecho Penal. Mientras los Derechos Humanos inicialmente fueron críticos del Derecho Penal, como instrumento de represión estatal; las últimas décadas atestiguan un giro hacia una conceptualización del Derecho Penal centrado en la víctima, como medio para proteger y resguardar determinados derechos humanos. Este giro desafía la perspectiva liberal que concibe los derechos humanos como un mecanismo de control ante el poder estatal y que se ejerce mediante el Derecho Penal. Este desarrollo se manifiesta a través de lo que podría ser denominado la “penalización”\*\*\*\* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este trabajo contribuye a la exploración del fenómeno de la “penalización” y sus diversas variantes. Particularmente, en el discurso de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con especial énfasis en su postura ante las leyes de amnistía y la institución de la prescripción de la acción penal.

### Abstract:

The evolving relationship between international human rights law and criminal law is marked by a passage from a role of moderation to one of legitimization. While international human rights law was previously critical of criminal law as an instrument of state repression, the last few decades witnessed a shift towards a victim-centred conception of criminal law as a means to protect and enforce certain human rights. This contrasts with a liberal conception of human rights as a check on the power of the state through the use of its criminal law authority. This development manifests itself through what may be dubbed the

\* Los autores desean agradecer a Yvana Novoa Curich, Moisés Sotelo Cotrina, Diego Collantes por sus valiosos comentarios críticos a las versiones previas de este artículo y Deisy Taboada Huaman por su apoyo investigativo. Los errores y deficiencias son solamente nuestros.

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Licenciado en Ciencias Políticas y Filosofía por la Universidad de Ottawa (honours) y licenciado en Common Law y Civil Law por la Universidad McGill (B.C.L./LL.B.). Fellow y egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto. Miembro asociado del Instituto Riva-Agüero (IRA), del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional (CEFT), y investigador del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI). Contacto: jsaucier@pucp.edu.pe.

\*\*\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad McGill. PhD, de la Universidad de Ginebra y de Panthéon-Sorbonne (Paris I). *Canada Research Chair on the Law of Human Rights and Legal Pluralism. William Dawson Scholar.* Contacto: frederic.megret@mcgill.ca

\*\*\*\* Somos conscientes de que el término “penalización” puede referir al hecho de tipificar y posteriormente procesar y sancionar una conducta delictiva. No obstante, en este artículo se hará uso del término “penalización” para referir a la tendencia de la Corte Interamericana en relación con la legitimación que le otorga al ejercicio del derecho penal de los ordenamientos internos. Para el uso del término “*criminalization*”, véase, K. Engle, “Self-Critique, (Anti) Politics and Criminalization”, in José María Beneyto, David Kennedy et al. (eds.), *New Approaches to International Law*. T.M.C Asser Press, 2012. Para el uso del término “*pénalisation*” véase Hennebel, L., “Le particularisme interaméricain des droits de l’homme”, in L. Hennebel and H. Tigroudja (eds.), *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*, (Paris: A. Pedone, 2009), 75-120.

“criminalization” of Inter-American human rights law. This contribution explores this phenomenon of “criminalization” and its various illustrations, particularly through the Inter-American Court of Human Rights’ discourse with respect to amnesty laws and prescription.

**Palabras clave:**

Derechos humanos - Amnistía - Derecho penal - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Impunidad

**Keywords:**

Human Rights - Amnesty - Penal law - Inter-American Court of Human Rights - Impunity

**Sumario:**

1. Introducción: Derechos Humanos y Derecho Penal: Paradojas y Retournements - 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la “penalización” de los Derechos Humanos - 3. Retando los mecanismos tradicionales de moderación de la represión penal - 4. Un Derecho Penal centrado en la víctima: ¿Propuesta liberal? - 5. Bibliografía - 6. Doctrina

## 1. Introducción: Derechos Humanos y Derecho Penal: Paradojas y Retournements

Una de las principales paradojas que afrontan los derechos humanos contemporáneos es la que se define por el rol que desempeña el Derecho Penal. A lo largo de la historia, los derechos humanos fueron desarrollados con el fin de limitar el uso de la justicia penal<sup>1</sup>, y especialmente, para que este no sea empleado por los gobiernos para negar libertades y reprimir el disenso. Es evidente que, históricamente, América Latina ha tomado en cuenta esa sensibilidad liberal, y también ha vivido en carne propia este fenómeno, por haber, entre otros, experimentado procesos judiciales inicuos. En este contexto, las amnistías se beneficiaban de cierta simpatía liberal<sup>2</sup>, ofreciendo olvido y tal vez perdón, para liberar prisiones hacinadas de individuos condenados injusta o arbitrariamente. Es así como una de las ONGs internacionales más conocidas de Derechos Humanos - Amnistía Internacional - escogió destacar esta práctica presentándola, incluso, en su propio nombre. Más allá de la injusta encarcelación de perseguidos políticos, la amnistía podría ser considerada como la manifestación de una sensibilidad liberal proclive al olvido y la rehabilitación, y también de la necesidad de reservar el uso de la encarcelación, especialmente, en las condenas más largas, sólo para los crímenes más graves.

Sin embargo, durante las últimas tres décadas, la amnistía ha emergido en una dimensión mucho más negativa, su práctica en el contexto latinoamericano es uno de los ejemplos más claros. Las leyes de amnistía se asociaron con una serie de males. Uno de ellos, en específico,

1 F Ost., “Quand l’enfer se pave de bonnes intentions... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l’homme”, in Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. Van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck (eds), *Les droits de l’homme bouclier ou épée du droit pénal?* (Bruxelles: F.U.S.I.-Bruylant, 2007), 8.

2 Entiéndase por el concepto de “liberal” en el Derecho Penal como un modelo que se enfoca en las garantías, ello en tanto el Estado no representa una amenaza mayor para la libertad individual que cuando se avanza en una acción penal y por ello la importancia de las garantías. Véase Richard Wagner, *Liberalism and the Criminal Law*, (Chicago: Chicago -Kent College of Law. 1 S. Cal. Interdisc. LJ, 1992), 39. [http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac\\_schol/686](http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/686) y Ho Hock Lai, *Liberalism and the Criminal Trial*, Vol. 32, (Sydney: Sydney Law Review, 2010): 243-256.

es el riesgo de permitir que ciertos individuos escapen de la justicia (esto desde cualquier forma de procesamiento o fiscalización, hasta de la propia sentencia condenatoria), incluso cuando estos han cometido crímenes graves. Incluso más importante, los derechos humanos surgieron como una herramienta central para cuestionar y negar el valor de las amnistías<sup>3</sup>. Las amnistías son ahora despreciadas por los defensores de derechos humanos, quienes las identifican como la más flagrante manifestación del fenómeno de la impunidad, el cual, si no es controlado, podría dar paso a posteriores crímenes y violaciones de derechos humanos.

Este *retournement* es bastante conocido y ha sido materia de análisis en numerosas oportunidades<sup>4</sup>. Por supuesto, a cierto nivel analítico, no hay mayor contradicción en que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos legitime lo mismo que pretende controlar. El conflicto que se presentaba nunca fue el de Derechos Humanos contra el Derecho Penal *per se*, pero sí con el abuso de este último. Es evidente que si ciertas violaciones a los Derechos Humanos ocurren y, al tiempo, configuran crímenes (o deberían hacerlo) entonces, el fracaso al castigar los mismos es también una de las formas en las cuales las violaciones a los derechos humanos son objetivamente incentivadas y legitimadas. Tampoco la justificación de los procesos penales contradicen necesariamente los derechos humanos, desde el punto de vista de los derechos del acusado. En este contexto, que el Estado ofrezca justicia penal (aunque con protecciones moderadas), es más deseable a que se presenten detenciones arbitrarias, sean por motivos de seguridad o administrativas, esto, sin mencionar las “desapariciones”. A esto se suma que, simplemente, porque un juicio es necesario desde la óptica de las víctimas, no implica que este deba de ser - en sí mismo - una violación a los derechos humanos. De hecho, se trata exactamente de lo opuesto. Ningún defensor serio de los derechos humanos podría cautelar violaciones a los *derechos* para defender otros derechos, ya sean los de las víctimas.

Desde la visión de los derechos humanos, no se ha de efectuar un equilibrio entre los intereses del sistema penal y los de los acusados. Por otro lado, y hasta determinado nivel, la presunción de inocencia y la necesidad de probar la culpabilidad del acusado más allá de la duda razonable, protegen los derechos de las víctimas. Ello coadyuva a asegurar que ningún inocente sea condenado (algo sobre lo cual, seguramente, las víctimas no tengan especial interés, al margen de que piensen que la persona en el banquillo es culpable) e, idealmente, que los culpables lo sean efectivamente.

Sin embargo, no resulta claro que la ironía y paradoja implícitas en este giro pro-represivo en la jurisprudencia de los Derechos Humanos hayan sido completamente absorbidas por la disciplina. Se pueden presentar algunas analogías superficiales pero preocupantes entre las posturas, por un lado, de la *mano dura* contra el crimen, y por el otro lado, del movimiento en contra de las amnistías. Las primeras ideas enfatizan tales cuestiones como las condenas obligatorias. Es aquí que nos encontramos con una incongruencia histórica y conceptual en este nuevo entusiasmo de los derechos humanos por la represión penal<sup>5</sup>. De hecho, uno de los argumentos que suelen escucharse a nivel internacional es, por ejemplo, que la convergencia entre los derechos humanos y la agenda represiva de ciertos estados ha engendrado monstruosos resultados. Esto se evidencia en la convicción que tienen los tribunales penales internacionales al creer que reprimiendo atrocidades se está cumpliendo eficazmente con la función de los derechos humanos, lo que, en el proceso, les haría olvidar su tradicional papel de moderador del Derecho Penal<sup>6</sup>. Si no a nivel teórico, por lo menos en la praxis parece existir una tensión entre las funciones de represión/

3 M. Delmas - Marty, *La responsabilité pénale en échec prescription, amnistie, immunités*, en A. Cassese and M. Delmas-Marty (eds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, (Paris: Presses universitaires de France, 2002).

4 F.F. Basch, *The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers*, (23 American University Law Review, 2007), 195.

5 C.S. Nino, *The duty to punish past abuses of human rights put into context: The case of Argentina*, (100 The Yale Law Journal, 1991), 2619-2640.

6 D. Robinson, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, (21 Leiden Journal of International Law, 2008), 925-963; G.P. Fletcher & J.D. Ohlin, *Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case*, (3 Journal of International Crime Justice, 2005), 539-561; A.M. Danner & J.S. Martinez, *Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law*, (93 California Law Review, 2005), 75-169.

legitimación y represión/moderación que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ante el Derecho Penal. ¿Es que acaso los derechos humanos podrían provocar lo contrario a lo que defienden? ¿Cómo pueden los Tribunales de Derechos Humanos apoyar la represión criminal en algunos casos y, al mismo tiempo, no justificar algunos de los excesos que deben combatir? En otras palabras ¿Cómo pueden funciones en conflicto mantenerse mutuamente bajo control?

El presente trabajo se dispone a analizar este desarrollo, mediante su contextualización en el marco de conceptos cambiantes en el Derecho Penal, que los derechos humanos han reproducido e incentivado. Tradicionalmente, los derechos humanos presentaban al Derecho Penal como el brazo represivo del Estado, cuyo fin era el de salvaguardar el orden soberano. Los Estados, difícilmente, necesitaron ser coaccionados para ejercer sus prerrogativas penales: estos se definían, en cierto modo, a través de su propio ejercicio (si no es que solamente como una parte de la histórica demostración de poderío inherente a la monopolización del uso legítimo de la fuerza). Es porque el Derecho Penal poseía un único poder sobre el destino de los individuos que se presentaba como un evidente objeto de control para el liberalismo encarnado por los derechos humanos<sup>7</sup>. Bajo este horizonte, el fin de los Derechos Humanos fue, sobre todo, poner a prueba y limitar los poderes del Estado, sin evidenciar conexión alguna entre la operatividad del sistema penal y los requerimientos de los Derechos Humanos<sup>8</sup>.

En la economía simbólica del sistema legal, la jurisprudencia de los Derechos Humanos en las últimas décadas ha coadyuvado a una transformación del Derecho Penal, no solo como una herramienta de resguardo del orden público, del Estado o de la sociedad, pero también como una defensa de los derechos individuales que podrían ser violados si no se recurriera a la represión penal. Los Estados son reticentes a hacer cumplir sus propias normas penales contra, por lo menos, algunos individuos y determinados crímenes, asegurando así que el fenómeno de la impunidad se agudice generando altos costos tanto a los derechos humanos como al Estado de Derecho. La impunidad de los funcionarios públicos por graves violaciones de derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, a su vez, alimenta más violaciones, debilita la confianza en los derechos como una garantía absoluta y agrega un punzante insulto al perjuicio de las víctimas en la forma de un silencio cómplice de parte del sistema judicial. Inevitablemente, esta percepción vuelve a legitimar la represión penal en formas que pueden fácilmente colocar el derecho de las víctimas a la verdad y justicia como, esencialmente, el derecho de ver a los responsables de los crímenes, efectivamente condenados<sup>9</sup>.

El presente artículo, iniciará resaltando los orígenes y algunas manifestaciones de la “penalización” de la jurisprudencia interamericana de los Derechos Humanos. Luego se dispone a explicar cómo esta construcción se ha ido desarrollando y perfeccionando en el contexto del debate en torno a las amnistías y la institución de prescripción penal, analizando las rutas en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por momentos, ha buscado incómodamente contener su cruzada anti-impunidad en la lucha contra graves violaciones de los derechos humanos.

## 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la “penalización” de los Derechos Humanos

Si bien se reconoce la relación estrecha entre los derechos humanos y el Derecho Penal, se debe tener en cuenta que esta relación no deja de ser compleja y paradójica, en tanto los derechos humanos desarrollan el rol de espada (*sword*) y de escudo (*shield*), y estos papeles, respectivamente, desencadenarán o limitarán la aplicación del derecho penal.<sup>10</sup>

7 M. Delmas - Marty, *La responsabilité pénale en échec prescription, amnistie, immunités*, 2002.

8 S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, (Oxford: Oxford University Press), 2006.

9 L.N. Henderson, *The wrongs of victim's rights*, (37 Stanford Law Review, 1985), 937-1021.

10 F. Tulkens, “The paradoxical relationship between Criminal Law and Human Rights”, en *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011): 577-595.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos está encargada de establecer responsabilidad de los Estados, rápidamente ha articulado su jurisprudencia con la noción de Derecho Penal. El Derecho Penal adquirió visibilidad gradual en la jurisprudencia de la Corte como resultado de un creciente enfoque en las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos. Esa posición del Derecho Penal se debe a que se llegó a entender el fracaso de las herramientas del mismo (lo que generaba la continua vulneración a los derechos humanos), pero también a una mejor comprensión de la utilidad del derecho penal respecto a la prevención y reparación de las violaciones de derechos humanos. Asimismo, la Corte Interamericana se enmarca en la tendencia que Karen Engle identifica de la siguiente manera: *"as the human rights movement has become increasingly focused on criminalization, (...) it has gone after perpetrators with a vengeance"*<sup>11</sup>. De esta manera se habría fortalecido el rol de espada de los derechos humanos y se extendería la función subsidiaria del Derecho penal como la última ratio, ya que algunos criterios para su aplicación pueden ser erosionados.

## 2.1. El derecho a un recurso efectivo, a reparaciones y la obligación de procesar

Desde el inicio de su historia, la Corte ha expresado su intención de emplear el Derecho Penal como una herramienta de reforzamiento del Derecho Internacional de los Derechos humanos.<sup>12</sup> Esta tendencia es claramente evidente desde que emitió su primera sentencia sobre el fondo en un caso que presentaba hechos que configuraban una desaparición forzada: el caso Velásquez-Rodríguez v. Honduras (1988). La Corte sostuvo que, como consecuencia de la obligación de asegurar los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación"<sup>13</sup> de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"<sup>14</sup>. Dicho de otra forma, se esperaba que los Estados recurran al sistema penal, por lo menos, en los casos en donde las violaciones adquirirían un cierto nivel de gravedad.

De manera más específica, la obligación de procesar aplicaba, potencialmente, a cualquier violación de derechos humanos susceptible de ser una infracción penal, lo que fue corroborado en casos posteriores. Por ejemplo, más allá del contexto de las desapariciones, la obligación se ha mantenido para aplicarse en casos que han aparecido a raíz de una campaña de represión política<sup>15</sup>. Esta obligación de sancionar, además, estuvo estrechamente vinculada con los derechos de las víctimas, lo que configura un escenario de ejercicio del Derecho Penal no sólo como una obligación del Estado, sino también como un derecho inherente de las víctimas. En primer lugar, las víctimas tienen el derecho a la protección judicial, lo cual fue entendido por la Corte como uno que implicaba el derecho de acceso a la justicia, lo que en ciertos casos llevaría a los responsables de violaciones contra derechos humanos a ser, efectivamente, procesados.<sup>16</sup> Los titulares de este derecho son las víctimas de violaciones de derechos humanos y no las víctimas en la perspectiva del derecho penal. Sin embargo, la Corte sí parece establecer una expectativa legítima en la que, allí donde se produzcan violaciones a los derechos humanos, la represión penal deberá ser usada en beneficio de las víctimas.

11 K. Engle, "Self-Critique, (Anti) Politics and Criminalization", en *New Approaches to International Law*, José María Beneyto, David Kennedy et al. (eds.), TM.C Asser Press, 2012). (Traducción libre de los autores).

12 F. Mégret, "La notion de crime d'État devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme", in *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, L. Hennebel and H. Tigroudja (eds.), (Paris, A. Pedone. 2009.), 318.

13 La CIDH entiende que más allá del sistema legal establecido, corresponde al Estado un rol central y una responsabilidad principal en garantizar a las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario un acceso efectivo y en condiciones de igualdad, a medidas de reparación, acordes a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. (CIDH, 2008) OEA/Ser/L/V/II.131.Doc. 1.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez-Rodríguez*, 29 de Julio de 1988 v. (Honduras: CIDH, 1988), párr. 166.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Paniagua-Morales*, 8 de Marzo de 1998 y *al. v. Guatemala*.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bámaca Velásquez*, 25 de Noviembre del 2000 v. *Guatemala*, párr. 191.

En segundo lugar, las víctimas de violaciones de derechos humanos son titulares del derecho a la reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El vínculo planteado entre reparación integral (y sus medidas de satisfacción) y sanción pareciera indicar que la víctima tiene, en cierto sentido, el derecho a que los responsables del crimen sean sancionados, como forma de reparación para los afectados.<sup>17</sup> Finalmente, las víctimas de crímenes (y no necesariamente de violaciones de Derechos Humanos) en virtud del Artículo 8.1 de la Convención, son titulares de derechos. Este artículo si bien está principalmente dedicado al derecho a las garantías judiciales, también ha sido entendido por la Corte como una herramienta de protección de las víctimas en los procesos penales.<sup>18</sup> Es en este contexto que la Corte ha considerado que la obligación de procesar por parte del Estado sí genera un derecho a que el delito sea “efectivamente investigado, (...) a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes”<sup>19</sup>.

En otras palabras, la figura de la víctima, tanto en las violaciones de derechos humanos como en el caso de víctimas del Derecho Penal, convergen hasta el punto de volverse, prácticamente, indistinguibles. Como consecuencia de lo descrito, la víctima es vista cada vez más como parte del proceso penal<sup>20</sup>, esto, desde que la lógica de los Derechos Humanos ha establecido que, después de todo y en última instancia, es ella el motivo por el cual la justicia penal se ejerce. Esto podría cambiar la visión del proceso penal para asemejarlo a un proceso civil, medianamente horizontal entre partes con intereses igualmente significativos y, por lo tanto, con titularidad de derechos para los procesados y las víctimas. Esto se diferencia del proceso asimétrico y vertical en el que se coloca al Estado contra el individuo, como es tradicionalmente concebido, lo que ha militado en favor de un enfoque en los derechos de los acusados.

Teniendo en cuenta lo mencionado, cabe resaltar que se comprende que la función de subsidiariedad del sistema interamericano de protección de derechos humanos se deriva de la idea de que los Estados tienen la responsabilidad primordial de proteger los derechos de las personas a través de sus sistemas domésticos legales y prácticas, y en caso de que no lo hagan, la Convención Americana y los órganos que crea (la Corte y la Comisión Interamericana) intervendrán como complemento a las leyes y prácticas en la reparación de las víctimas<sup>21</sup>. Pero es pertinente destacar que en esta relación se suscitan diversas controversias tales como la obligación de sancionar e incluso de la determinación de una pena específica, lo cual pone en entredicho los intereses sociales, individuales y el derecho de la víctima de castigar.

## 2.2. El control del Derecho Penal Interno<sup>22</sup>

De manera más reciente, la tendencia descrita es percibida a través del proceso de pseudo-penalización de la jurisprudencia de la Corte, que ha manifestado su inclinación a identificar violaciones de derechos humanos y calificar las mismas en términos propios del Derecho Penal. La Corte ha desarrollado esta tendencia, particularmente, en los casos de tortura; la peculiaridad de los mismos es que, usualmente, son tipificados como delitos y también son violaciones de los Derechos Humanos, lo que se ilustra en los casos Fernández Ortega

17 Para un análisis del desarrollo del concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte interamericana, véase SALVIOLI, Fabián, *Que veulent les victimes de violations graves des droits de l'homme?* in Elisabeth Lambert Abdelgawad et Kathia Martin-Chenut dir, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* Paris, UMR, 2010, 31.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Genie-Lacayo v. Nicaragua* 29 de enero de 1997.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Blake v. Guatemala, paras*, 24 de Enero de 1998., 96-97.

20 Si bien esta afirmación va de suyo en el contexto de las jurisdicciones de civil law, sería contraintuitiva en jurisdicciones de tradición de common law.

21 Ariel E. Dulitzky, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Texas International Law Journal* Texas International Law Journal, Tex. Int'l L.J. 45, (Texas, 2015), 50.

22 A. Huneus, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights”, en *44 Cornell International Law Journal*, (2011), 502-504.

et al. v. México (2010)<sup>23</sup> y Rosendo Cantú et al. v. México (2010)<sup>24</sup>. Ambos casos involucran actos de violencia sexual realizados por agentes del Estado que fueron calificados como actos de tortura por la Corte. En estas decisiones, la Corte, aplicando calificaciones cuasi-penales, presenta hechos específicos con el fin de determinar el cumplimiento de tres elementos para la configuración de la tortura: Intencionalidad, severidad del sufrimiento y finalidad del acto.<sup>25</sup> Por supuesto, la Corte podría estar solamente calificando violaciones de derechos humanos. Sin embargo, la particular naturaleza de la tortura - tanto como delito y como violación de derechos humanos *per se* - coloca a la Corte en una situación en la que debe determinar la existencia de un delito a fin de encontrar una violación de derechos humanos que configure la tortura.

Siguiendo la vía de la “penalización”, la Corte ha ido más lejos. No se ha limitado, simplemente, a justificar la represión penal y a calificar ciertos hechos como delito, pues también ha implantado fuertemente ciertas medidas que deben ser tomadas por los Estados. En algunos casos, por ejemplo, se ha ordenado a los Estados seguir nuevas líneas de investigación cuando los responsables de violaciones de derechos humanos no han sido identificados o procesados.<sup>26</sup> Incluso ha llegado a señalar a (léase: denunciar) individuos que todavía no han sido objeto del proceso penal pero cuyo procesamiento debería ser considerado. Por ejemplo, en el caso Contreras et al. v. El Salvador, sobre el secuestro y desaparición forzada de niños, la Corte señaló el apellido del presunto secuestrador quien habría cometido actos de maltrato y violencia sexual hacia una de las víctimas:

*“la Corte constata que Gregoria Herminia Contreras fue sometida a varias formas de violencia física, psicológica y sexual, incluyendo maltratos físicos, explotación laboral, humillaciones y amenazas por parte de su agresor, quien también la violó con un cuchillo, en circunstancias en que se hallaba en una situación de indefensión y desvalimiento absoluto, así como sujeta a la custodia, autoridad y completo control del poder del militar Molina”<sup>27</sup>.*

Asimismo, la Corte no se abstiene de tomar una postura directiva cuando se tiene que señalar pistas de investigación que las autoridades nacionales deben incorporar a sus procesos penales internos. Esto se ejemplifica en el caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia:

*“En consecuencia, las autoridades judiciales debían tomar en cuenta (determinados factores), que denotan una compleja estructura de personas involucradas en el planeamiento y ejecución del crimen, en la cual convergen tanto la participación directa de muchas personas como el apoyo o colaboración de otras, incluyendo a agentes estatales, estructura de personas que existe antes del crimen y permanece después de su ejecución, dado que comparten objetivos comunes”<sup>28</sup>.*

Es difícil argumentar que la Corte participa *per se* en la administración de los procesos penales internos. Es claro que carece de los medios y de la autoridad para ello. La Corte juzga Estados, no individuos. La Corte no puede determinar el funcionamiento de un sistema judicial interno. Concluir que se encuentra responsable un Estado por fallar sobre el uso de su sistema penal en un caso, no es lo mismo que ordenar al mismo la conducción de procesos penales específicos. Además, los procedimientos de la Corte no tienen ningún parecido con los procesos penales, y la carga de la prueba que recae sobre los peticionarios no es la misma que se impone a un fiscal.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fernández Ortega vs. México*, 30 de agosto del 2010, párr. 121

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rosendo-Cantú vs. México*, 31 de agosto del 2010.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rosendo-Cantú vs. México*, 31 de agosto del 2010, párr. 120.

26 A. Huneeus, “International Criminal Law by Other Means: The Quasi-criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts”, en *107 The American Journal of International Law*, (2013), 9-12.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Escué Zapata v. Colombia*, 31 de Agosto del 2010, párr. 166.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Contreras et al. v. El Salvador*, 31 de Agosto del 2011, párr. 100.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre of La Rochela v. Colombia*, 11 de Mayo del 2007, párr. 157.

Sin embargo, es innegable que existe un nexo entre la jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia penal nacional, lo que sugiere una cierta relación de complementariedad entre estas. En efecto, para establecer responsabilidad estatal, la Corte debe realizar, inevitablemente, una decisión en base a la responsabilidad “fáctica” de sus agentes, con el fin de ejercer acciones en contra de los Estados. Esta conducta puede terminar ejerciendo una influencia en los procesos penales nacionales. La misma puede ser observada en los procesos penales que tuvieron lugar con ocasión del juicio contra el expresidente del Perú, Alberto Fujimori. En sede nacional, se determinó su responsabilidad penal tomando en cuenta, entre otros elementos y con diferentes valores probatorios, lo que la Corte señaló en *La Cantuta v. Perú*<sup>29</sup> respecto a la participación de Alberto Fujimori en los crímenes cometidos<sup>30</sup>.

### 2.3. Gravedades de las violaciones de derechos humanos o la graduación de la “culpabilidad” del Estado

Otro desarrollo legal en la jurisprudencia de la Corte y que vale la pena resaltar, aunque sea una posición marginal y que sea en parte no relacionada a lo que nos interesa<sup>31</sup>, es la admisión de la doctrina de la responsabilidad internacional agravada del Estado y de la defensa por parte de un juez de la idea de “crimen de Estado”.<sup>32</sup> El caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* constituye un notable paso hacia aquello que se ha acuñado como “la penalización del derecho interamericano”.<sup>33</sup> Es menester recalcar que en este caso como en *Goiburú et al. v. Paraguay* (2006) el Juez Caçado Trindade se pronunció en su voto razonado donde intentó, sin éxito, introducir el concepto de “crímenes de Estado” lo que hubiera ido aún más allá de la responsabilidad agravada del Estado.<sup>34</sup> La Corte no adoptó este criterio, no obstante, siguió usando el concepto de responsabilidad agravada que se aplicó más recientemente en el caso de *Masacres del Mozote y lugares aledaños v. El Salvador* (2012)<sup>35</sup>.

Este concepto se aplica cuando un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos por parte del Estado es constatado en combinación con una impunidad generalizada posibilitada por el control estatal de, entre otros elementos, los mecanismos judiciales de rendición de cuentas para encubrir tales violaciones<sup>36</sup>. De esta manera, la responsabilidad agravada ha sido claramente adoptada por la Corte para mostrar su rechazo no solo por las violaciones al *ius cogens*, sino también por el uso del aparato estatal para denegar el acceso al proceso penal de las víctimas: “Los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que deben además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables”<sup>37</sup>. Por supuesto, el concepto de responsabilidad agravada puede ser objeto de crítica en tanto no establece consecuencias precisas, además del oprobio que trae al estado “culpable”<sup>38</sup>. No obstante, la mera idea de la responsabilidad agravada nos recuerda

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Cantuta v. Perú*, 29 de Noviembre del 2006, párr. 174.

30 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Especial (Judgment) 7 April 2009, Exp. No. AV 19-2001, paras. 104-106.

31 Para un desarrollo más amplio de estas cuestiones que van más allá de la pretensiones de este artículo, véase a Roger-Claude Liwanga, “The Meaning of ‘Gross Violation’ of Human Rights: A Focus on International Tribunals’ Decisions over the DRC Conflicts”, en *Denver Journal of International Law & Policy* 44 *Denv. J. Int’l L. & Pol’y* 67, (2015); Committee on Human Rights Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law: Committee on Human Rights resolution 2005/35, U.N.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre del 2003, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, párr. 114.

33 L. Hennebel, “Le particularisme interaméricain des droits de l’homme”, in *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*, L. Hennebel and H. Tigroudja (eds.), (Paris: A. Pedone, 2009), 75-120.

34 *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, supra n. 33, Separate opinion of Judge Caçado Trindade, párr. 28; Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de Septiembre del 2006, *Goiburú et al. v. Paraguay*, Voto Concurrente del Juez Caçado Trindade, párr. 18-28.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 25 de Octubre 2012, párr. 208. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Tiu Tojín vs. Guatemala* 26 de Noviembre del 2008, párr. 54; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, 26 de Mayo del 2010, párr. 126.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Goiburú et al. vs. Paraguay*, párrs. 86-94, 61.2-61.4.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, supra n. 33, párr. 209.

38 F. Mégret, “La notion de crime d’État devant la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, 318.

el concepto de “circunstancias agravantes” propias del Derecho Penal sugiriendo que el Estado puede ser imputado con diferentes niveles de culpabilidad.

### 3. Retando los mecanismos tradicionales de moderación de la represión penal

#### 3.1. La exclusión de las leyes de amnistía

Estos desarrollos son parte del trasfondo que explica, en muchos sentidos, uno de los más espectaculares desenlaces jurídicos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la exclusión de leyes de amnistía. El caso de Barrios Altos (2001) refiere a hechos ocurridos en 1991: miembros del Grupo Colina - un destacamento conformado por miembros del ejército - ejecutaron a quince personas y dejaron gravemente heridas a otras cuatro, pensando que se trataban de miembros del grupo terrorista Sendero Luminoso. En 1995, leyes de amnistía fueron adoptadas,<sup>39</sup> protegiendo, de ese modo, a los agentes estatales de proceso penal alguno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó enfáticamente la incompatibilidad general de las leyes peruanas de autoamnistía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resaltando lo siguiente:

*“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>40</sup>.*

La Corte encontró que el Estado falló en su obligación de investigar y castigar a quienes cometieron violaciones de derechos humanos, dando lugar a la responsabilidad internacional del Perú<sup>41</sup>.

Curiosamente, no era la primera vez que un caso relacionado a las leyes de amnistía peruanas ha sido presentado ante la Corte. De hecho, previamente, ha visto casos en los que las mismas leyes impedían la realización de procesos penales contra agentes estatales que cometieron graves violaciones de derechos humanos. Los casos de Loayza-Tamayo (1997)<sup>42</sup> y Castillo Páez (1998)<sup>43</sup> versaron sobre tratos inhumanos y desapariciones forzadas, respectivamente. Las sentencias sobre reparaciones y costas de ambos casos fueron entregadas el mismo día y, establecieron que a pesar de las leyes de amnistía, el Estado debía cumplir su obligación de investigar, procesar<sup>44</sup> y sancionar<sup>45</sup> a los perpetradores de aquellas violaciones de derechos humanos. La inobservancia de las leyes por parte de la Corte fue, por lo tanto, conducida por su voluntad de que se emprendan los respectivos procesos penales contra los perpetradores, teniendo en cuenta la protección y garantía de los derechos humanos de las víctimas.

Hasta el caso Barrios Altos, la Corte sólo había soslayado la aplicación de las leyes de amnistía con el fin de que los procesos penales se lleven a cabo en favor de las víctimas, sin realizar un examen de validez de las leyes y, por lo tanto, dejándolas incólumes. Expedir una sentencia incompatible, de modo general, con la Convención fue, por consiguiente, un desenlace imprevisible en el caso Barrios Altos. En el mismo, la Corte tomó al “toro por las astas” y analizó su compatibilidad con la Convención. Se sostuvo que las leyes de autoamnistía violaban el artículo 8.1 y 25.1 de la misma (derecho a un juicio justo y a la protección judicial, respectivamente) en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar

39 De hecho, dos leyes de amnistía fueron promulgadas. Para mayores detalles, véase *Barrios Altos*.

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, 14 marzo del 2001, parra. 41.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, Párr. 5.

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Loayza-Tamayo v. Perú*, 17 de septiembre de 1997.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castillo Páez v. Perú*, 3 de Noviembre de 1997.

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castillo Páez v. Perú*, Párr. 104-107.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Loayza-Tamayo v. Perú*, Párr. 168.

los derechos) y 2 (obligación de adaptar la legislación interna)<sup>46</sup>. La interpretación de la sentencia sobre el fondo, permitió a la Corte clarificar que la promulgación de tales leyes era, *per se*, una violación de la Convención y que la decisión sobre el fondo tiene un “efecto genérico”, lo que implica la carencia de efectos legales en cualquier caso y no solo en el de Barrios Altos.<sup>47</sup> La Corte no fue tan lejos como el Juez Cançado Trindade, el cual incluso denegó a la autoamnistía la categoría de “ley”<sup>48</sup> y resaltó su total carencia de validez.<sup>49</sup> El juez García Ramírez se pronunció en la misma línea remarcando que, las leyes de autoamnistía mencionadas, conllevan una “incompatibilidad (que) trae consigo la invalidez de aquellos ordenamientos, en cuanto pugnan con los compromisos internacionales del Estado”<sup>50</sup>.

Luego, en el caso La Cantuta (2006), un caso de ejecución extrajudicial (que también involucraba al Grupo Colina y el mismo conjunto de leyes) la Corte, a partir de lo dicho en el caso Barrios Altos, señaló la incompatibilidad *ab initio* de las leyes de autoamnistía.<sup>51</sup> Los Jueces García Ramírez y Cançado Trindade remarcaron otra vez - y de manera más contundente - la invalidez o nulidad *ab initio* de aquellas leyes<sup>52</sup>.

Podría argumentarse que la Corte excedió su jurisdicción al privar a las leyes de amnistía de sus efectos legales. De hecho, el artículo 2 de la Convención establece la obligación estatal de adaptar la legislación interna con el fin de respetar los derechos consagrados en la Convención, lo que implica que es menester del Estado modificar, adaptar o suprimir las leyes incompatibles, lo que puede ser cumplido únicamente por el Estado, mas no por la Corte<sup>53</sup>. Indudablemente, la Corte consideró este argumento y puede haber, al menos parcialmente, explicado su prudencia en los casos Loayza-Tamayo y Castillo Páez.

Teniendo en cuenta la cautela de la Corte en estos casos, ¿Cómo puede explicarse su creciente intransigencia ante las leyes de amnistía como se vio en Barrios Altos? La naturaleza de las violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar en Barrios Altos fue de una escala mucho mayor en contraste con los casos Loayza-Tamayo y Castillo Páez. Esto podría haber conducido la Corte a dejar de lado su cautela. Asimismo, va de suyo que existen razones de orden práctico que subyacen a la postura inflexible que la Corte tomó en el caso Barrios Altos cuando estableció que: “No tendría sentido afirmar la “anticonvencionalidad” de la norma en una hipótesis particular y dejar incólume la fuente de violación para los casos que se presenten en el futuro”<sup>54</sup>.

Si estas razones fueron tomadas en cuenta, la Corte se vio en la necesidad de ofrecer una justificación más contundente para permitirse dejar de lado la tímida postura que adoptó en los casos Loayza-Tamayo y Castillo Páez. Es así como entendemos la necesidad de la Corte de referirse a la idea - no libre de una raigambre moral<sup>55</sup> - de autoamnistía. Este concepto ya fue referido por el Juez García Ramírez en las sentencias de los casos Loayza-Tamayo y Castillo Páez.<sup>56</sup> Ciertamente, puede decirse que el juez García Ramírez quiso presentar esta distinción con el fin de evitar colocar en el mismo saco las amnistías legítimas con las ilegítimas. Para aclarar esto, el juez García Ramírez distinguió a las leyes de autoamnistía de las de amnistía, señalando que las primeras eran expedidas “a favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos” y donde las amnistías respaldan a sociedades en contextos

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, 14 marzo del 2001, párr. 42-43.

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, párr. 18.

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade, párr. 7. 43 y párr. 11.

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, párr. 11.

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, Voto Concurrente del Juez García Ramírez, párr. 15.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Cantuta v. Perú*, párr. 174.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Cantuta v. Perú*, Voto Concurrente del Juez García Ramírez, párr. 5-7 y Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade.

53 C. Binder, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, en *12 German Law Journal*, (2011), 1216.

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Cantuta v. Perú*, Voto Concurrente del Juez García Ramírez, párr. 7.

55 En efecto, lo propio de la autoamnistía es buscar el encubrimiento de los responsables, por oposición a una disposición legal con finalidades públicas, democráticas y transicionales.

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castillo Páez vs. Perú*, Voto Concurrente del Juez García Ramírez, párr. 9; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Loayza-Tamayo v. Perú*, Voto Concurrente del Juez García Ramírez.

de transición pasando por alto ciertas conductas criminales realizadas, dejando abierta la posibilidad de sancionar graves violaciones de derechos humanos<sup>57</sup>.

La intencionalidad de las leyes de autoamnistía se encuentra, en efecto, en el corazón de esa distinción; han de ser privadas de sus efectos jurídicos, porque su propósito es de obliterar responsabilidades por graves violaciones de derechos humanos, provocando “la indefensión de las víctimas y (...) la perpetuación de la impunidad”<sup>58</sup>. Se entiende que el objetivo de la Corte fue asegurar la protección judicial de los derechos de las víctimas.

Dos meses antes de emitirse el fallo en el caso La Cantuta en el 2006, la Corte dictó sentencia en el caso Almonacid-Arellano v. Chile, sobre una ejecución extrajudicial que configuraba un crimen de lesa humanidad. En ese caso, la Corte reiteró que las leyes de amnistía no permitían a Chile desconocer “su deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes”<sup>59</sup>. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió reiterar su desaprobación a las leyes de autoamnistía, señalando, nuevamente, su *ratio legis*: “amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar”<sup>60</sup>. En el caso Gomes Lund et al. (“Guerrilha Do Araguaia”) v. Brazil (2010) la Corte reafirmó que la *ratio legis* de las leyes de amnistía hacía que estas sean jurídicamente repugnantes<sup>61</sup>, esto, con independencia de que se trate de leyes de autoamnistía o amnistía<sup>62</sup>.

En Gelman v. Uruguay (2011)<sup>63</sup>, la Corte conoció un caso en el cual la Ley de Caducidad había interferido con los procesos judiciales dirigidos a investigar el paradero de una víctima de desaparición forzada, cuya hija había sido secuestrada en la denominada “Operación Cóndor”<sup>64</sup>. La niña fue finalmente encontrada y demandó (junto con su familia) al Estado uruguayo por las múltiples violaciones de derechos humanos consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte señaló que, al margen de encontrarse ante una ley de autoamnistía o de amnistía, esta será incompatible con la Convención, si no observa las protecciones previstas en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2<sup>65</sup>.

Es preciso destacar que, en este caso, la naturaleza interesada de la ley de amnistía no era un componente significativo, debido a que fue ratificada por vía de plebiscito en dos ocasiones por los uruguayos<sup>66</sup>. El carácter interesado de la amnistía, por lo tanto, parecería ser un factor insignificante para determinar su rechazo. El factor determinante se halla en sus efectos: extinguir la acción estatal que implica la investigación, procesamiento y sanción de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos.

Desde la sentencia del caso Velásquez-Rodríguez, sabemos de la obligación estatal de investigar las violaciones de derechos humanos. Asimismo, conocemos la existencia de los correspondientes derechos de las víctimas a que dichos crímenes sean investigados por el Estado. El caso *Gelman* se refiere con acierto y de forma explícita al correspondiente derecho de las víctimas a que el Estado investigue las violaciones de derechos humanos<sup>67</sup>. La víctima es entonces, acreedora de “la obligación internacional de procesar y, si se

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castillo Páez v. Perú*, Voto Concurrente del Juez García Ramírez, paras. 6-9; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, Voto Concurrente del Juez García Ramírez, párr. 9-11.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, párr. 43.

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, 26 de Septiembre del 2006, párr. 114.

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, párr. 120.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil*, 24 de noviembre del 2010, párr. 175.

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil*, párr. 175.

63 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman v. Uruguay*, 24 de febrero del 2011.

64 La Operación Cóndor o Plan Cóndor es el nombre con que se conoce el plan de coordinación de acciones y mutuo apoyo entre las cúpulas de los regímenes dictatoriales del Cono Sur con participación de los Estados Unidos. Esta coordinación implicó el seguimiento, vigilancia, detención, interrogatorios, tortura, traslados entre países y desaparición o muerte de opositores de dichos regímenes.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman v. Uruguay*, párr. 229.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman v. Uruguay*, párr. 238.

67 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman v. Uruguay*, párr. 188.

determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, (lo que) se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana<sup>68</sup>.

Esto no significa que la Corte desee que el derecho penal se aparte de los intereses sociales, pero ciertamente, se ha enfocado en los intereses de las víctimas, como guía del funcionamiento del poder estatal de procesar a los presuntos autores de violaciones de derechos humanos. La Corte encontró una forma de entrelazar los intereses sociales en la búsqueda de hechos relacionados con las violaciones de derechos humanos, con el derecho de la víctima de tener un aparato estatal comprometido en garantizar sus derechos a través de la determinación de una verdad judicial: “La satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible<sup>69</sup>.”

### 3.2. Escepticismo de la Corte ante la figura de la prescripción de la acción penal

Hemos discutido sobre la denominada “penalización del derecho interamericano”, y hemos demostrado que el tratamiento negativo brindado a las amnistías puede entenderse en relación a un nuevo enfoque del Derecho Penal centrado en la víctima. Sin embargo, esta es solo una cara de la moneda. Con el fin de obtener una visión integral de la concepción del Derecho Penal presente en el razonamiento de la CIDH, abordamos a continuación la figura de la prescripción de la acción penal, cuyos efectos extintivos en los procesos penales internos ha merecido también pronunciamientos de la Corte. En este extremo, la jurisprudencia de la Corte tiende a confirmar el rol auxiliar del Derecho Penal como herramienta del acatamiento de los derechos humanos y respecto del cual la víctima es la preocupación central.

Por un lado, cuando nos encontramos ante un caso de prescripción penal, el derecho en cuestión es esencialmente el que ostenta el acusado a no ser juzgado por un crimen cuya prescripción se ha adquirido, además de asegurar que los individuos no vivan constantemente amenazados y que estos no deberían ser responsables por actos acontecidos hace gran cantidad de tiempo<sup>70</sup>. Por el otro, también se encuentra en riesgo los derechos de acceso a la justicia y garantía judicial, previstos en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, de aquellas víctimas cuyos derechos hayan sido vulnerados a partir de hechos que podrían calificar como tipos penales.

La figura de la prescripción penal está también llamada a proteger intereses sociales más amplios como la necesidad de superar y no malgastar escasos recursos en esfuerzos retributivos sobre hechos que ocurrieron mucho tiempo atrás<sup>71</sup>. “Olvidarse<sup>72</sup> del crimen mediante la prescripción penal apunta a mantener y salvaguardar el orden social que ya ha sido perturbado por el crimen. Empezar un proceso penal contra un delito muy antiguo es el equivalente a revivir el trastorno causado originalmente por los actos delictivos<sup>73</sup>. Por lo tanto, la prescripción penal protege intereses sociales, dejando de lado los intereses privados de las víctimas<sup>74</sup>. Existe, por tanto, una afinidad obvia entre las leyes de amnistías y la prescripción penal, pues ambas buscan la extinción de la acción penal, estando dirigidas a delimitar la pertinencia y la utilidad de un proceso penal. La diferencia, sin embargo, es que la prescripción funciona después de haber transcurrido un considerable margen de tiempo, lo que hace menos evidente la sospecha de indebidas interferencias políticas, y funciona como parte de un ejercicio usual del sistema del Derecho Penal, mas no como el resultado de decisiones *ad hoc* del ejecutivo o legislativo. El estudio de la prescripción penal en la jurisprudencia de la CIDH es, por lo tanto, particularmente pertinente, ya que

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman v. Uruguay*, párr. 189.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman v. Uruguay*, párr. 192.

70 Ochoa Y A. Wistrich, “Puzzling Purposes of Statutes of Limitation”, en *28 Pacific Law Journal* (1997): 453-514.

71 Ochoa Y A. Wistrich, “Puzzling Purposes of Statutes of Limitation”, 453-514.

72 Además del olvido, vale recalcar que la doctrina también ofrece otro fundamento material que es la enmienda véase: F. del Pero, *La prescripción pénale*, (Berne, Éditions Stämpfli & Cie SA, 1993).

73 F. del Pero, *La prescription pénale*, (Berne, Éditions Stämpfli & Cie SA, 1993), 53-54.

74 C. Hardouin-Le Goff, *L'oubli de l'infraction Paris*, LGDJ, (Lextenso Éditions, 2008), 64.

podría significar una incursión a mayor profundidad en el Derecho Penal a diferencia del caso de las amnistías.

Las pautas desarrolladas por la Corte respecto a la prescripción penal señalan como esta coloca a la víctima en el centro de los procesos penales. En el caso Barrios Altos, la Corte aclaró que la prescripción penal no era aplicable en los casos de “violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas”<sup>75</sup>.

Desde entonces, ha sido evidente que la prescripción no podría ser un obstáculo para emprender procesos penales contra los culpables. Esto, en esencia, no difiere de la jurisprudencia de la Corte en lo que respecta a las leyes de amnistía, que en este caso también atienden a la gravedad de las violaciones de derechos humanos. Esta consideración implica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debería, en cierto sentido, primar sobre el funcionamiento del Derecho Penal.

No obstante ello, también significa que la prescripción penal debería dejar incólumes los delitos que tengan una menor gravedad<sup>76</sup>. Esto no fue lo que sucedió en *Bulacio v. Argentina* (2003), el caso de un adolescente muerto luego de haber sufrido maltratos mientras se encontraba arbitrariamente detenido. En ese caso, varias tácticas de dilación emprendidas por el agente imputado sumados los retrasos procesales llevaron a que este caso prescriba<sup>77</sup>. A pesar de que el delito que causó la muerte de Bulacio no fue insignificante, la Corte no pudo calificarlo como una grave violación de derechos humanos que correspondía a crímenes que son imprescriptibles, como lo eran, efectivamente, los señalados en el caso Barrios Altos<sup>78</sup>. En el caso Bulacio, el agente estatal fue acusado de privación ilegal de la libertad calificada<sup>79</sup>, que fue parte de una práctica más amplia de razias dirigidas a arrestar un gran número de personas partícipes de un evento en particular. La Corte parece usar, en ese caso, el léxico de la sistematicidad para calificar estas prácticas, como lo haría<sup>80</sup> en un caso de crímenes de lesa humanidad, pero no calificó de semejante manera los hechos del caso<sup>81</sup>.

Se concluyó que la prescripción no podría prevalecer sobre las protecciones judiciales de las víctimas, consagradas en el artículo 25 de la Convención<sup>82</sup>. Por lo tanto, se negó que cualquier derecho del imputado pueda haberse cristalizado por efecto de la prescripción. Además, es pertinente anotar que en el caso Bulacio, fue difícil argumentar que el acusado tenía algún derecho cristalizado en virtud de la prescripción en tanto él claramente provocó dilaciones con su “conducta judicial” y se aprovechó de las debilidades del sistema judicial que facilitaron el advenimiento de la prescripción. La sentencia propuso una ampliación de la imprescriptibilidad que causó ciertas preocupaciones.

De manera general, el caso Bulacio pudo haber marcado el inicio del fin de la prescriptibilidad de las violaciones de derechos humanos que tengan una menor gravedad

75 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, párr. 41.

76 El concepto de graves violaciones de derechos humanos no ha sido explícitamente definido por la Corte. La Corte parece evitar tal definición con el fin de mantener cierta flexibilidad conceptual. Sin embargo, la jurisprudencia de la misma presenta algunos elementos que dan claridad sobre lo que podría constituir esa violación grave: desapariciones forzadas, crímenes de lesa humanidad, tortura, crímenes de guerra, genocidio, etc. Ver, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos v. Perú*, párr. 41.

77 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio v. Argentina*, 23 de Septiembre del 2003.

78 Lo que no implica sostener que Barrios Altos ha establecido un *numerus clausus* de crímenes equivalentes a graves violaciones de derechos humanos.

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio v. Argentina*, parra. 113.

80 Esto no implica que la Corte quiso decir que aquellas prácticas equivaldrían a crímenes de lesa humanidad; estamos señalando el hecho de que la Corte usó un vocabulario que podría no ser ajeno al que se usa en casos de crímenes de lesa humanidad. Este vocabulario podría estar señalando un intento de justificar implícitamente el porqué estaba interfiriendo con la prescripción de un delito que no era una grave violación de derechos humanos. No solo hace la descripción de “prácticas de detención masiva” que refleja la posición de la Corte cuando describe a los crímenes de lesa humanidad, también parece situar el caso dentro del marco de “prácticas de detención masiva”. Explicar este marco de violaciones sistemáticas de derechos humanos después de conectar los hechos del caso con el mencionado marco, es como la Corte ha enfocado la calificación de crímenes de lesa humanidad. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio v. Argentina*, párr. 69; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, párr. 147.

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio v. Argentina*, párr. 69

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio v. Argentina*, 116.

que las mencionadas en Barrios Altos. Sin embargo, la Corte - de una forma ambigua - rectificó su posición cuatro años después en el caso Albán Cornejo v. Ecuador (2007). Por un lado, se enfatizó lo siguiente:

*“La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado. En el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales”<sup>83</sup>.*

Por otro lado, en el caso Bulacio, la Corte también anotó que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”<sup>84</sup>. El caso Albán Cornejo et al. v. Ecuador abordó un crimen de menor gravedad que en el caso Bulacio: involucraba una forma de negligencia médica que hubiera causado la muerte. La Corte afirmó que la prescripción sólo era inaplicable en los casos de graves violaciones de derechos humanos y, por lo tanto, no era aplicable al caso.<sup>85</sup> La Corte no derribó explícitamente el criterio que planteó en Bulacio, pero claramente se apartó de esa posición, evitando cualquier referencia a ese caso (ni una sola nota al pie) cuando se refiere a su jurisprudencia en lo concerniente a la prescripción.

En sentencias posteriores relacionadas a la prescripción (Ibsen Peña v. Bolivia<sup>86</sup> y Vera Vera v. Ecuador<sup>87</sup>) la Corte reafirmó lo sostenido en el caso Albán Cornejo sin una sola referencia al caso Bulacio, confirmando, de este modo, que este último era obsoleto. No obstante, en el 2011, la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso Bueno Alves v. Argentina -un caso de tortura- aparentemente cambió la posición de la Corte en lo dicho sobre la prescripción, mientras se discutía la inaplicabilidad de la misma, mencionando lo siguiente:

*“Sin embargo, con independencia de si una conducta constituye un crimen de lesa humanidad, esta Corte ha señalado que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención”<sup>88</sup>.*

La Corte especificó que la prescripción debe de ser respetada, a menos que - como en este caso - las investigaciones no hayan sido realizadas con diligencia y, por lo tanto, la víctima de tortura de este caso no haya tenido acceso real a la justicia<sup>89</sup>. En ese caso y a pesar de lo que ha sido establecido en Albán v. Ecuador, Ibsen Peña v. Bolivia y Vera Vera v. Ecuador, en el caso Bueno Alves, la Corte parece suponer que el deber de investigar podría anular el derecho cristalizado del acusado a no ser procesado luego de que el delito haya prescrito.

83 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Albán Cornejo et al. v. Ecuador*, 22 de Noviembre del 2007, párr. 111.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio v. Argentina*, para. 116. Después de emitido el fallo de la CIDH en el 2003 el cual obligaba al Estado argentino a proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos del caso y sancionar a los responsables de los mismos, en el 2013 el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 29° de la capital federal de Argentina sentenció a través de la sentencia CCC 55632/1996/TO1 a Miguel Ángel Espósito a tres años de prisión suspensiva por el delito de privación ilegítima de la libertad cometida contra Walter Bulacio.

85 Considerando que la jurisprudencia de la Corte suele usar el término “graves violaciones de derechos humanos”, la nueva terminología usada por la Corte asumió el riesgo de la falta de claridad al introducir el adverbio “muy” aplicado a las graves violaciones de derechos humanos. Este matiz no aparece en la traducción en inglés del caso donde la Corte sólo se refiere a “gross violations of human rights” Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Albán Cornejo et al. v. Ecuador* para. 111.

86 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia*, 1 de Septiembre del 2010, párr. 207.

87 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vera Vera et al. v. Ecuador*, 19 de Mayo del 2011, párr. 122.

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bueno Alves v. Argentina*, (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia) 5 de Julio del 2011, párr. 32.

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bueno Alves v. Argentina*, párr. 32.

Considerando la gravedad de la tortura en el marco del Derecho Internacional, no sorprende que la prescripción no pueda impedir procesos penales. Sin embargo, vale la pena resaltar que la tortura ha sido, generalmente, tratada por la Corte en un contexto de patrones sistemáticos de violaciones de derechos humanos<sup>90</sup> y que por lo tanto eran crímenes de lesa humanidad. Es por ello que la inaplicabilidad de la prescripción en un caso aislado de tortura, como este, no fue evidente. Incluso, si la desestimación de la prescripción estaba justificada en este caso, los términos utilizados por la Corte podría haber reabierto las puertas de la imprescriptibilidad para crímenes cuya gravedad no fue lo suficientemente alta, como para obliterar el derecho del acusado a no ser imputado por un delito que ha prescrito.

Esta corta revisión de la evolución de la postura de la Corte respecto a la figura de la prescripción penal demuestra que el enfoque centrado en la víctima del Derecho Penal, al menos en algunos casos, debilitará la extinción de la acción penal. En ciertos casos, por lo tanto, la Corte está dispuesta a privilegiar los derechos de las víctimas sobre los intereses sociales e individuales subyacentes a la figura de la prescripción. De ahí, se puede argumentar que, negando los efectos de la prescripción, opera un cambio de paradigma que implica la mutación del *ius puniendi* estatal hacia un derecho a castigar que ostenta la víctima, a pesar de que el Estado es, finalmente, el responsable del *ius puniendi*.

Incluso, si la existencia de un “derecho al castigo” es incierta, la existencia del “interés” de las víctimas en castigar apunta un cambio paradigmático que parte de una concepción del Derecho Penal centrada en el Estado o sociedad, hacia uno centrado en la víctima, en el cual los intereses de la víctima pueden llegar a prevalecer sobre ciertos intereses sociales. Sin embargo, la Corte protegerá la prescripción en los casos donde están involucradas violaciones menos graves de derechos humanos. La prescripción sigue siendo una disposición con un efecto moderador en la aplicación del Derecho Penal. Por lo tanto, la Corte sí parece encontrar un balance entre la “demanda” de castigo proveniente de las víctimas de violaciones de derechos humanos y un entendimiento de la necesidad para los sistemas penales, inclusive por razones de derechos humanos, de un olvido objetivo de crímenes de larga data.

#### 4. Un Derecho Penal centrado en la víctima: ¿Propuesta liberal?

Una de las grandes ironías de los derechos humanos, tanto a nivel interno como internacional, es la manera en la que parecen ser capaces de ser invocados para reforzar dos posturas opuestas. Los derechos humanos, en otras palabras, están, a menudo, en ambos lados de un mismo argumento. Esto es, tal vez, más evidente cuando se trata de Derecho Penal, donde la jurisprudencia contemporánea de derechos humanos se ha trasladado cada vez más desde una exclusiva focalización en la moderación lockeana del sistema penal, hacia un énfasis hobbesiano en cómo el sistema del Derecho Penal, correctamente utilizado, puede ser parte integral de la protección de los seres humanos desde el Estado (deber de respetar) y posiblemente desde terceras partes (deber de protección). En ese contexto, la figura de la “víctima” ha emergido como una materia unificadora y que conecta, a la vez que confunde víctimas de violaciones de derechos humanos con víctimas de delitos.

Equilibrar estas tendencias contrarias siempre será algo arriesgado. En teoría, los principios de represión penal y moderación en la sanción penal son enteramente conciliables. Tal como Karen Engle ha anotado, el cambio de una aplicación de las amnistías como una práctica dirigida hacia los derechos humanos, hacia una que niega firmemente la validez de las amnistías, “puede no ser tan buena como parece”. Vale recalcar que el interés inicial de organizaciones como Amnistía Internacional hacia el encarcelamiento “fue, en gran medida, preocupada por aquellos que habían sido ‘injustamente’ detenidos, o habían

90 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Godínez Cruz v. Honduras y Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, 20 de Enero de 1989.

sido detenidos por motivos por los cuales alguien no debería estarlo<sup>91</sup>. El movimiento contemporáneo de antiamnistía está mucho más preocupado por aquellos que están “injustamente” no detenidos pero deberían estarlo.

Sin embargo, en la práctica existe el riesgo de que el capítulo más represivo de la jurisprudencia de los derechos humanos oblitere el rol moderador de los derechos humanos ante la ambición del Estado y de la comunidad internacional de ejercer un rol represivo. La legitimación de la represión penal hecha por la CIDH, la creciente convergencia en los discursos del Derecho Penal Internacional y los Derechos Humanos, y la tendencia de la Corte a prescribir, de manera más agresiva, qué remedios deben otorgar los tribunales domésticos, pueden ser causa de preocupación. Especialmente cuando son cometidas violaciones de derechos humanos y, con mayor razón, cuando son graves, puede ocurrir que la posición del acusado sea, desde el inicio, enmarcada por el fuerte horizonte punitivo que la Corte ha establecido. Es cierto que, en el contexto Interamericano, la particular experiencia histórica de las guerras sucias ha llevado a la Corte a ser, comprensiblemente, sensible hacia el abandono del “deber penal” de los Estados cuando aparecen funcionarios sospechosos de tales atrocidades. Siempre existe el riesgo de que la experiencia histórica y la probabilidad de que ciertos casos lleguen ante un Tribunal, terminen por distorsionar su jurisprudencia en una dirección en particular.

Tal como se ha señalado, una de las preguntas más inquietantes en este debate es, si el deber de los Estados a castigar, tiene como corolario al “derecho al castigo” de las víctimas. Esto es, en esencia, lo que la CIDH ha señalado, y en el proceso ha creado expectativas que no siempre podrían ser realistas o conducir a una administración serena de la justicia. La noción del “derecho al castigo” si llega a ser pregonada sin matices podría llevar a una suerte de “cultura de la condena”, en la cual habiendo “involucrado a la fuerza” los intereses de las víctimas en el funcionamiento del sistema penal, se vuelve más difícil limitar las ambiciones represivas del Estado. Aunque la impunidad es indudablemente un problema, la persecución judicial y la dura respuesta penal son también una importante amenaza a los derechos humanos<sup>92</sup>. Por lo menos, podría ser necesario clarificar que el derecho a la investigación no es necesariamente un derecho al proceso<sup>93</sup> (cuando no se encuentra un investigado o sospechoso), que el proceso no es un derecho a la condena (pues los procesos pueden no concluir en una condena; esto también puede paradójicamente ser un indicio de que el sistema judicial funciona bien), y que la condena no es el derecho a una sentencia en un particular sentido. Recalcamos que la obligación estatal de investigar las violaciones de derechos humanos es una obligación de medios, y no de determinados resultados.

Estas observaciones explican el porqué de la preocupación sobre algunos pronunciamientos de la Corte. Por ejemplo, la afirmación en el caso *Bulacio* donde se menciona que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”<sup>94</sup>. Esta cita que implica la imprescriptibilidad de cualquier violación de los derechos humanos y no solo de las graves violaciones, parece formulada para cubrir amplia y potencialmente todo tipo de mecanismos construidos en el Derecho Penal con el fin de controlar el poder estatal. Estos corren ahora el riesgo de ser vistos como un obstáculo hacia el cumplimiento de los derechos humanos. El tono “disciplinario” de la Corte en ese caso, se tradujo en una ambigua amonestación a los órganos judiciales, cuya “función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice

91 Engle, *supra* nota 12, 58 (traducción de los autores).

92 Para un análisis de estos tópicos, véase J. Danet, “Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l’insécurité”, en *25 Archives de politique criminelle* (2003): 52-64.

93 Es apropiado distinguir el derecho al debido proceso del derecho a la tutela judicial efectiva. Entendido este último como un derecho complejo que no se agota con acceso a la justicia sino que se extiende a la exigencia de diversas garantías para su cumplimiento. Véase a Andrea Proto Pisani, *Studi di diritto processuale del lavoro*, (Angeli: Milán, 1976), 66. y Giovanni, Priori Posada, “Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos”, en *Ius et Veritas*, Lima, (Nº49, 2004), 146-161.

94 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio v. Argentina*, párr. 116.

la defensa en juicio, sino que debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables<sup>95</sup>. La sentencia fue recibida cautelosamente por la Corte Suprema Argentina y ha sido criticada por, aparentemente, privar a los acusados de derechos constitucionales que los protegen de la arbitrariedad del Estado<sup>96</sup>.

Tal vez para evitar que ese razonamiento proponga que el castigo se efectúe “a toda costa”, la mayoría de los jueces de la Corte, clarificaron posteriormente esta posición, en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012). El caso estaba relacionado, de nuevo, a una ley de amnistía, pero que era parte de un proceso transicional. El juez García-Sayán, en voto concurrente, al cual se adhirieron los jueces Franco, May Macaulay, Abreu Blondet y Pérez Pérez, afirmó que:

*“Se puede entender que este deber estatal [el deber jurídico del Estado de investigar y sancionar las más graves violaciones de los derechos humanos] se descompone en tres elementos. Primero, la actividad orientada a investigar y esclarecer los hechos. Segundo, la identificación de las responsabilidades individuales. Tercero, la aplicación de sanciones proporcionales a la gravedad de las violaciones. Aún cuando la aspiración de la justicia penal debe ser efectivizar satisfactoriamente estos tres ámbitos, si se dificulta la concreción de la sanción penal, los otros componentes no deberían verse afectados o diferidos”<sup>97</sup>.*

La sección citada parece sugerir que la Corte es sensible al hecho de que las sanciones penales no pueden ser una obligación de resultado, sino una obligación de medios<sup>98</sup>. El “derecho al castigo” no es precisamente un derecho, por más de que exista un derecho del Estado a ejercer sus poderes penales diligentemente. Habrá, inevitablemente, casos en donde las responsabilidades no puedan ser demostradas, casos donde no se pueda determinar la culpabilidad fuera de toda duda razonable, o casos en los cuales, los sospechosos no puedan ser arrestados. Sugerir que estos casos manifiestan una falla del deber estatal de investigar las violaciones de los derechos humanos, nos puede llevar rápidamente a una cultura de “resultados” que puede traer consecuencias catastróficas para los derechos protegidos por el sistema de justicia penal. Persiste la posibilidad de que el “progreso” logrado a través de la exclusión de las amnistías y la prescripción en los casos de graves violaciones de derechos humanos cobre un precio excesivo en los sistemas domésticos de Derecho Penal siendo alentados a reprimir conductas en todos los casos a causa del “nuevo rol” que juegan ante los Derechos Humanos. Por lo menos, la CIDH puede estar enviando un mensaje ambiguo<sup>99</sup> que no será siempre recibido con la sutileza que merece.

Además de la cuestión relacionada a los derechos de los imputados, otro asunto ha estimulado a pensadores más allá del contexto Interamericano de los derechos humanos. Se trata de la conveniencia de una fuerte postura deontológica contra las amnistías, que a partir de un nuevo enfoque en las víctimas, parece legitimarse en el marco Interamericano. Ante la literatura del “mal menor” (*lesser evil*)<sup>100</sup> - que postula que, en ciertos contextos de transición, las leyes de amnistía podrían evitar mayores daños a la sociedad que su ausencia - parecen haber razones para desconfiar de una prohibición

95 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bulacio v. Argentina*, párr. 114.

96 Basch, *supra* n. 5.

97 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 25 de Octubre del 2012, Voto Concurrente del Juez García-Sayán.

98 Se puede intuir que los jueces que firmaron esta opinión fueron sensibles al riesgo que implicaba ser inflexible respecto a la necesidad de punición en el contexto del diálogo de paz que se llevaba a cabo entre el gobierno Colombiano y las FARC.

99 M. Sorochinsky, “Prosecuting Torturers, Protecting Child Molesters: Toward a Power Balance Model of Criminal Process for International Human Rights Law”, en *31 Michigan Journal of International Law* (2009), 157, 163.

100 L. Mallinder, *Amnesty human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide* (Oxford: Hart, 2008), 9; M. Freeman, *Necessary evils: amnesties and the search for justice*, (Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009), 23-29.

F.Z. Ntoubandi, *Amnesty for crimes against humanity under international law*, Leiden, (Boston, Martin Nijhoff Publishers, 2007), 13; C. Hardouin-Le Goff, *L'oubli de l'infraction*. (Paris: LGDJ, Lextenso Éditions, 2008).

general de las amnistías pues ello podría conducir a la continuación de hostilidades y mayor violencia en ciertos contextos. En ciertos casos, por lo menos, permitir una *paix des braves* subsiguiente a un complejo conflicto interno, implica que algunas amnistías podrían ser un resultado político satisfactorio, tal vez, el único satisfactorio posible. Estos argumentos no son simples argumentos de conveniencia y de resultados que se encuentran enfrentados a los derechos humanos y a posiciones fundamentadas en principios, en los que la "línea dura" de los derechos humanos puede fácilmente estar en oposición con sus tradicionales enemigos. Si mayores muertes son causadas por la subyacente adherencia a una inquebrantable posición de los derechos humanos y que ello prolonga una situación iliberal, entonces, seguramente, ese es también un problema de los mismos derechos humanos.

La postura de la CIDH puede estar justificada cuando la Corte, como lo ha hecho invariablemente, se pronuncia sobre el caso años, sino décadas después de los hechos, al tiempo en el que una transición democrática ha ocurrido. Pero esto nos dice poco sobre aquel tipo de costo que las sociedades, lidiando con complejas transiciones democráticas, deberían estar dispuestas a pagar, al menos temporal y estratégicamente con el fin de alcanzar una, después de todo, imperfecta solución.

¿Pueden las amnistías ser, ocasionalmente, consideradas limitaciones legítimas de derechos (de las víctimas) requeridas en una sociedad democrática para alcanzar fines legítimos (orden público, protección de los derechos de los otros, etc.)?

Todavía más importante, si las víctimas efectivamente, se mantienen como la principal razón para oponerse a las amnistías y la prescripción ¿Sus anhelos no deberían ser determinados con un poco más de precisión en contextos particulares para verificar que ellos realmente demandan procesos penales?<sup>101</sup> Finalmente, lo que es apropiado en el contexto Interamericano puede no ser fácilmente generalizable en otros contextos, y las discusiones, inevitablemente, surgirán sobre si la postura particular que el Sistema ha tomado sobre los fines y medios de la justicia penal se puede exportar e importar en cualquier lugar.

## 5. Bibliografía

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2008. Lineamientos principales para una política integral de reparaciones. OEA/Ser/L/V/II.131.Doc. 1.

Committee on Human Rights. 2005. *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, 35.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 29 de julio de 1988. Velásquez-Rodríguez v. Honduras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 20 de enero de 1989. Godínez Cruz v. Honduras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 29 de enero de 1997. Genie-Lacayo v. Nicaragua.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de noviembre de 1997. Loayza-Tamayo v. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3 de noviembre de 1997. Castillo Páez v. Perú.

<sup>101</sup> Véase Salvioli, supra n.18.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8 de marzo de 1998. Panigua-Morales et al. v. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de enero de 1998. Blake v. Guatemala.  
Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 de noviembre del 2000. Bámaca Velásquez v. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 de noviembre del 2003. Myrna Mack Chang v. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 29 de noviembre del 2006. La Cantuta v. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 22 de noviembre del 2007. Albán Cornejo et al. v. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 11 de mayo del 2007. Massacre of La Rochela v. Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 26 de noviembre del 2008. Tiu Tojín v. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 30 de agosto del 2010. Fernández Ortega et al. v. México.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 31 de agosto del 2010. Rosendo-Cantú et al. v. México.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 31 de agosto del 2010. Escué Zapata v. Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 26 de mayo del 2010. Manuel Cepeda Vargas v. Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 31 de agosto del 2011. Contreras et al. v. El Salvador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 de octubre 2012. Masacre de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Especial (Judgment) 7 April 2009, Exp. No. AV 19-2001.

## 6. Doctrina

A.M. Danner & J.S. Martinez. 2005. "Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law". 75-169. En *93 California Law Review*.

Basch. F.F. 2007. "The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers". 195-229. En *23 American University Law Review*.

Binder C. 2001. "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights". 1203-1230. En *12 German Law Journal*.

Danet J. 2003. *Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité*. Archives de politique criminelle.

Delmas-Marty, M. 2002. "La responsabilité pénale en échec prescription, amnistie, immunités". En *Juridictions nationales et crimes internationaux*. A. Cassese and M. Delmas-Marty (eds.). Paris: Presses universitaires de France.

Del Pero, F. 1993. *La prescription pénale*. Berne, Éditions Stämpfli & Cie SA.

Dulitzky, Ariel E. 2015. "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights". En *Texas International Law Journal* *Texas International Law Journal*. 50 Tex. Int'l L.J. 45.

Engle, K. 2012. "Self-Critique, (Anti) Politics and Criminalization". En *New Approaches to International Law*. José Maria Beneyto, David Kennedy et al. (eds.). M.C. Asser Press. Traducción libre de los autores.

Fletcher, G.P., Ohlin, G.P. 2005. "Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case". 539-561. En *3 Journal of International Crime Justice*.

Freeman, M. 2009. *Necessary evils: amnesties and the search for justice*. Cambridge, New York, Cambridge University Press.

Hardouin-Le Goff, C. 2008. *L'oubli de l'infraction*, LGDJ. 670. Paris: Lextenso Éditions.

Henderson, L.N. 1985. "The wrongs of victim's rights". 937-1021. En *37 Stanford Law Review*.

Hock Lai, Ho. 2010. "Liberalism and the Criminal Trial". 243-256. En *Sydney Law Review*. VOL 32.

Huneus. A. 2011. "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights". 493-533. En *44 Cornell International Law Journal*.

Huneus. A. 2013. "International Criminal Law by Other Means: The Quasi-criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts". 9-12. En *107 The American Journal of International Law*.

Hennebel, L. 2009. "Le particularisme interaméricain des droits de l'homme". En *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*. L. Hennebel and H. Tigroudja (eds.). Paris: A. Pedone.

Liwanga, R-G. 2015. "The Meaning of "Gross Violation" of Human Rights: A Focus on International Tribunals' Decisions over the DRC Conflicts". En *44 Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 67.

Mallinder, L. 2008. *Amnesty human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide*. Oxford: Hart.

Mégret, F. 2009. "La notion de crime d'État devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme". En *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*. L. Hennebel and H. Tigroudja (eds.). Paris, A. Pedone.

Nino, C.S. 1991. "The duty to punish past abuses of human rights put into context: The case of Argentina". 2619-2640. *100 The Yale Law Journal*.

Ntoubandi, F.Z. 2007. *Amnesty for crimes against humanity under international law*, Leiden. Boston: Martin Nijhoff Publishers.

Ost F. 2007. "Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme". En *Les droits de l'homme bouclier*

*ou épée du droit pénal?*. Y. Cartuyvels, H. Dumont, OST, F., M. Van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck (eds). Bruxelles: F.U.S.L-Bruylant.

Ochoa Y. A. WISTRICH. T.T. 1997. "Puzzling Purposes of Statutes of Limitation". 453-514. 28 *Pacific Law Journal*.

Robinson, D. 2008. "The Identity Crisis of International Criminal Law". 925-963. En 21 *Leiden Journal of International Law*.

Salvioli, Fabian. 2010. "Que veulent les victimes de violations graves des droits de l'homme?". En les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?. Elisabeth Lambert Abdelgawad et Kathia Martin-Chenut dir, Réparer. 31. Paris: UMR.

Sorochinsky, M. 2009. "Prosecuting Torturers, Protecting Child Molesters: Toward a Power Balance Model of Criminal Process for International Human Rights Law". 157. En 31 *Michigan Journal of International Law*.

Trechsel, S. 2006. "Human Rights in Criminal Proceedings". 736. Oxford: Oxford University Press.

Tulkens, Françoise. 2011. "The paradoxical relationship between Criminal Law and Human Rights". 577-595. En *Journal of International Criminal Justice* 9.

Warner, Richard. 1992. *Liberalism and the Criminal Law*. 39. Chicago: Chicago -Kent College of Law. 1 S. Cal. Interdisc. L.J.