



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 4 • Marzo 2013



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

Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

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 pregunta 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.

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.

KEY WORDS: crimes against humanity, Inter-American Court of Human Rights, forced disappearance of persons, right to the truth, criminal procedure, case law.

SUMARIO: A. Introducción. B. Evolución del derecho a la verdad en el ámbito interamericano y en los organismos internacionales. C. Derecho a la verdad y obligación estatal de investigar (¿lucha contra la impunidad?). D. Derecho a la verdad y crimen de lesa humanidad (desaparición forzada de personas). E. La verdad y el procesal penal. F. La verdad filosófica. G. Derecho a la verdad, justicia y reparación. H. Conclusión.

OBSERVACIONES: Este trabajo fue publicado en *Ambos/Malarino/Elsner (eds.), Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, tomo II, Konrad Adenauer Stiftung/Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, 2011, pp. 249-282. Aquí se ofrece con una breve actualización. Agradezco los comentarios de Álvaro Rodríguez, Jorge Errandonea y Gustavo Rojas Páez.*

ABREVIATURAS: AG: Asamblea General OEA, BverfGE: Tribunal Constitucional Alemán, CADH: Convención Americana de Derechos Humanos, CELS: Centro de Estudios Legales y Sociales, CICGCLH: Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, CIDFP: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, CIPTPDF: Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, COIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIPTPDF: Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, CPI: Corte Penal Internacional, ER: Estatuto de Roma, ICLR: International Criminal Law Review, IJTJ: International Journal of Transitional Justice, OEA: Organización de Estados Americanos, ONU: Organización de las Naciones Unidas, RDUC: Revista de Derecho de la Universidad Católica.

A. Introducción

1. Este trabajo analiza en la jurisprudencia de la CIDH el derecho a la verdad de la víctima, en su dimensión individual y colectiva, y su relación con la obligación estatal de perseguir las violaciones graves a los derechos humanos, especialmente en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad. Se asume como punto de partida que el *derecho a la verdad* es invocado en el ámbito interamericano por las instituciones protectoras de los derechos humanos, en el contexto de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y en las infracciones graves del derecho humanitario.

2. El problema central que este trabajo aborda está relacionado, por un lado, con la falta de autonomía conceptual del derecho a la verdad, que según la CIDH 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 partir de un procedimiento penal.

3. Del análisis de la jurisprudencia de la CIDH escogida surge la siguiente hipótesis: “La CIDH reconoce un derecho de la víctima en su dimensión individual y colectiva a la verdad que no es autónomo, sino que

¹ La jurisprudencia de derechos humanos no relaciona, en principio, el *derecho a la verdad* con el derecho de la víctima a saber o a participar —o ambas cosas— 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 este derecho una especie de efecto derivado del deber estatal de persecución o castigo —o ambas cosas— de los responsables de violaciones a los derechos humanos. De esta manera 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.

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 CIDH mantiene como una tesis que “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”.

B. 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 a la verdad fuera objeto de mayor atención por parte 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 in-

ternacional 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 manera con el derecho de los interesados a tener acceso a los resultados de una investigación o a disponer de recursos judiciales rápidos y efectivos, o ambas cosas.⁷ El desconocimiento de la verdad mantiene estrecha relación con la imposibilidad de interponer el derecho de Habeas 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, él guarda estrecha relación con los procesos de transición, como lo ha constatado la CIDH a partir del caso Barrios Altos vs. 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 (art. 63.1). No obstante esta falta de positivización, la jurisprudencia de la CIDH ha considerado 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 CIDH, a partir del caso Velázquez Rodríguez la verdad se construye a partir de la obligación estatal de respetar los derechos de los ciudadanos (art. 1.1 CADH), las garantías judiciales (art. 8 CADH) y la protección judicial (art. 25 CADH).⁸

² Véase Proyecto ProFis, *Manual de Procedimiento para la Ley de Justicia y Paz*, 2a ed., GTZ, Bogotá, 2011, cap. 1.

³ En el ámbito de los organismos internacionales se acepta sin reparos 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) el derecho a la verdad/1/(Aprobada 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 CIDH para relacionar el derecho a la verdad con algunas obligaciones estatales de garantía derivadas de los derechos considerados en la CADH. Véase Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de Fondo de 24.01.1998. Serie C, núm. 36, párrs. 97 y ss. Allí se presenta una relación intrínseca del derecho a la verdad con otros derechos considerados en la CADH, como el derecho de la víctima a las garantías judiciales (art. 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, Resolución OES/Ser.G CP/CAJP-2278/05/rev.4, 23.05.2005. En el ámbito de la OEA informes de la COIDH 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 hallan de proporcionarles a las víctimas asistencia legal, moral y material (AG/Resolución 2175 (XXXVI-O/06), el derecho a la verdad (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006).

⁶ Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. E/CN.4/2006/91, 09.01.2006 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 *Idem*. Véanse también Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, General Assembly resolution 47/133 18.12.1992 (arts. 13.4 y 9.1); Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extrajudicial, Arbitrary and Summary Executions, Recommended by Economic and Social Council, Resolution 1989/65 of 24.05.1989 (Principle 16).

⁸ Véase Manuel Quincho, *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 51.

C. 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 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 por parte de la CIDH.¹³

7. Cuando se analizan las sentencias de la CIDH hay que tener en cuenta que ella ha establecido una serie de principios propios, que 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 dere-

chos 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 (art. 1.1 CADH).¹⁶ Y ésa es una obligación, dice la CIDH, 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 CIDH 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 CIDH puede determinar que no sólo 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 CIDH 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 este modo, se entrecruzan los caminos del derecho (¿o deber?) de

⁹ Véase art. 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 vs. Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 38. Véase art. 24.2 CIPTPDF. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm>.

¹³ Véase Javier Donde, “El concepto de impunidad: Leyes de Amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Konrad Adenauer/Universidad de Gotinga, Montevideo, 2010, pp. 264 y ss; Juan Méndez, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, Abregú y Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 522 y ss.

¹⁴ Véase voto razonado de Cançado Trindade, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 26 y ss.

¹⁵ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, *op. cit.*, párr. 141.

¹⁶ Véase Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1998, párr. 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 sólo 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 vs. Panamá, párr. 142. Las cursivas son mías.

¹⁷ Caso Albón Cornejo vs. Ecuador, Sentencia de 2 de noviembre de 2007, párr. 62.

¹⁸ Véanse CIDH, Opinión Consultiva núm. 5, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la CADH)”, p. 30; caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de noviembre de 2006, párrs. 88 y ss. Véase en la jurisdicción colombiana, Corte Constitucional

“conocer la verdad” 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 las obligaciones del Estado.

9. De las sentencias de la CIDH 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 Incluso la CIDH 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 CIDH 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, que ha llevado a la consideración de los crímenes de lesa humanidad como imprescriptibles, es decir, 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 (art. 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 (v. gr. ex Yugoslavia, Ruanda República de Congo, etc.; en América Latina: Colombia, Perú, Guatemala, etc.), especialmente, por parte de funcionarios públicos (de derecho o de hecho),²⁴ que no pueden ser amparados por las instituciones del Estado.²⁵ Estas masacres han sido también un punto de inflexión en la consideración de la CIDH en relación con las víctimas y sus derechos, cada vez más consideradas desde un punto de vista colectivo.²⁶ Ellas permitieron consolidar estándares en las sentencias de la CIDH 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 influido para la consideración de un derecho a conocer lo sucedido, que además de individual²⁷ se considera desde un aspecto colectivo, como un derecho de toda la sociedad a conocer la verdad.²⁸ Ahora bien, por más que la CIDH quiera contribuir con su jurisprudencia a una política

de Colombia, Acción de tutela instaurada por Javier Giraldo Moreno en contra del Ministerio de Defensa Nacional, Sentencia T-1025/07 de 3 de diciembre de 2007, en *Diálogo Jurisprudencial*, núm. 5, julio-diciembre de 2008, México, 2009, pp. 3 y ss.

¹⁹ Véase el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, párr. 69; caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 224.

²⁰ *Ibid.*, párr. 42.

²¹ Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones (art. 63.1 CADH). Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, núm. 92, párr. 109; caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones (art. 63.1 CADH), Sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C, núm. 91, párr. 75; caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, párrs. 57 y ss.

²² Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, núm. 70, párrs. 191, 194 y 200; caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párrs. 122 y 130 y caso *Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la Calle”) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63, párrs. 228-230, 233 y 237.

²³ *Cfr.* CIGCLH, Asamblea General, Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968.

²⁴ Caso *Masacre Pueblo Bello*, *op. cit.*, párrs. 96, 109 y ss.

²⁵ Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101, párr. 153; caso *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, núm. 100, párr. 111; y caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, núm. 99, párr. 110.

²⁶ Véase, por todos, caso *19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 85. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *op. cit.*, caso de la “*Masacre de Mapiripán*”, Sentencia de 15 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 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 que la víctima tiene derecho a saber o conocer qué 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 decisivas para convertir al derecho a la verdad en un derecho colectivo. Véase el caso *Masacre Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 65. El carácter colectivo de este derecho también se desprende de la naturaleza masiva 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

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 a Estados.²⁹ Sin embargo, en muchas ocasiones la CIDH 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, recurriendo a formas de prueba mucho más laxas que las que han de aplicarse para la condena penal de los individuos. Estos aspectos tienen que ser considerados por los tribunales nacionales al momento de cumplir con los requisitos establecidos en las sentencias de condena y de reparación promulgadas por la CIDH.³⁰

10. Uno de los problemas a 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 ella 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 limi-

tado 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 donde, 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 mismo³³ y que, 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 aquél podría servir de base a éste.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; por ello, 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 amplio sentido.³⁶ El

derechos humanos se reconoce este derecho de la víctima a la verdad en su dimensión individual y colectiva, incluso en forma independiente de las acciones judiciales que las víctimas puedan emprender. *Idem*.

²⁹ La CIDH así lo reconoce. Véase caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 133, párr. 55; caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126, párrs. 61 y s.; caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párr. 90; caso de la “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, núm. 37, párr. 71; caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, núm. 35, párr. 37).

³⁰ Lo determinante es, según la CIDH, al igual que sucede en la novela de Mary Shelley con el Dr. Frankenstein, que el Estado responderá no sólo por la creación del “monstruo” que realizó los peores atentados contra la población civil, sino por la falta de contralor sobre el mismo. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, párr. 126.

³¹ Según la CIDH no es suficiente con los esfuerzos por conocer la verdad si ellos no vienen acompañados del castigo de los responsables. Caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 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*, op. cit., pp. 146 y 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*, Espasa-Calpe, Madrid, 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, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, op. 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 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, “Derecho a la verdad”, op. 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 demás. 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.

problema es que la CIDH, 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 CIDH 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 éste no es el único inconveniente, porque si ese principio de “castigo absoluto” que proviene del Derecho penal internacional y que adopta la CIDH siguiendo una “*jurisprudential cross-fertilization*” entre aquel Derecho y el Derecho internacional de los derechos humanos,³⁹ es trasladado al sistema penal nacional, puede ser violatorio de algunos principios y garantías materiales y formales (algunos contenidos en la Constitución) y contradecir a 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) tiene algún tipo de participación o de 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.

D. Derecho a la verdad y crimen de lesa humanidad (desaparición forzada de personas)

11. En el caso Castillo Páez vs. Perú, la CIDH se refiere por primera vez a un derecho a la verdad en relación

con el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, y establece 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 de los mismos fue consunción de la sistematicidad con que las dictaduras y otros estados de excepción realizaron desapariciones forzadas en el continente americano. La CIDH relacionó entonces, de un modo funcional o teleológico, el *derecho a la verdad* con el *derecho a la justicia*, interpretada ésta de modo restrictivo como justicia penal, en tanto se exige que la justicia persiga una política criminal de lucha contra la impunidad. En el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras la CIDH sostuvo que “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 policial o militar

³⁷ Paradigmático es el caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, *op. cit.*, párr. 183, en el que la CIDH 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 caso Almonacid Arellano vs. Chile, párr. 150.

³⁹ Véase voto razonado Juez Cañado Trindade, caso Almonacid Arellano vs. Chile, párr. 27.

⁴⁰ Sobre el tema Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 347 y ss; Pablo Galain Palermo, *La reparación a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 312 y ss.

⁴¹ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1998, párrs. 155 y ss.

⁴² *Ibid.*, párr. 165.

⁴³ La CIDH 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 búsqueda de la verdad. Véase caso Anzualdo Castro vs. Perú, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 113.

(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 manera, 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 CIDH no son claros en cuanto ésta ha manifestado que la obligación principal del Estado es investigar los hechos acontecidos y subsidiariamente castigar a los responsables,⁴⁸ así que si no es posible identificar a los autores, de todas maneras 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 CIDH no corresponde, sin embargo, una con-

fusión 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 derive 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 considerado por el Estado en el ejercicio de sus funciones públicas.⁵² Lo que la CIDH 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, etc.) y un efecto de reparación (aunque la CIDH 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 CIDH 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 sufrir una variante con el caso de *Bámaca vs. Guatemala*⁵⁸ que se confirma en *Anzualdo Castro vs. Perú*, en cuanto la CIDH agrega un nuevo elemento a dicha jurisprudencia.

⁴⁴ Con base en este deber que se exige en el tipo penal uruguayo (art. 21 Ley 18.026) hemos sostenido en otro trabajo que estamos ante un *delito de infracción de un deber*. Véase Pablo Galain Palermo, Uruguay, Ambos (coord.), *Desaparición forzada, op. cit.*, pp. 163 y s. Véase Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 155.

⁴⁵ Véase Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 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 caso Anzualdo Castro vs. Perú, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 4. La CIDH 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 caso Claude Reyes y otros vs. Chile, párr. 77.

⁴⁷ Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 77.

⁴⁸ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 116. Las cursivas son mías.

⁴⁹ Caso Castillo Paez vs. Perú, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 90.

⁵⁰ Caso Las Palmeras vs. Colombia (Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de noviembre de 2002, Serie C, núm. 96, párr. 67; caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192, párr. 233.

⁵¹ Véase caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de noviembre de 2006, párr. 86.

⁵² Véase Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 154, 156, 165; caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 113.

⁵³ Caso Las Palmeras vs. Colombia, párr. 67. Las cursivas son mías.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 155.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 156.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 157.

⁵⁸ Caso Bámaca vs. Guatemala, párrs. 178 y ss.

dencia, cuando sostiene que la figura de la desaparición forzada constituye, también, una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la víctima (art. 3 CADH).⁵⁹ Últimamente, la CIDH ha sostenido que:

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, acarreado 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 fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de *ius cogens*.⁶⁰

13. Según la CIDH 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 CIDH entiende que el contexto en el que los crímenes se cometen tiene importancia para considerar la gravedad de las violaciones de los derechos humanos⁶³ y, por ello, también la debería tener 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 o cuando se llevan a cabo contra determinadas comunidades (étnicas, campesinas, zonas marginales, barrios populares) o enemigos políticos (subversivos, sediciosos, terroristas) han sido determinantes para consolidar una concepción colectiva de la víctima y para reafirmar la *ligazón* entre un derecho “a la verdad” y un derecho a la justicia, en el sentido de “justicia penal” y castigo retributivo, en detrimento a 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 CIDH establece que mediante el procedimiento penal se puede alcanzar el conocimiento de la verdad y, de este modo, se cumple con el fin preventivo de no repetición.⁶⁶ Pero, además, la CIDH se refiere constantemente a un derecho de la víctima a saber o conocer lo sucedido (qué aconteció) respecto 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

⁵⁹ Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párrs. 87 a 101. Además la CIDH reconoce nuevamente el carácter de norma imperativa de *ius 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, en tanto, el desaparecido mientras permanezca el estado de ausencia se ve privado del reconocimiento de su personalidad jurídica, independientemente de que la víctima se encuentre viva o muerta. De la misma opinión, Pablo Galain Palermo, Uruguay, en Ambos (coord.), *Desaparición forzada de personas, op. cit.*, p. 155, nota 75.

⁶⁰ Caso Gelman vs. Uruguay, párrs. 74 y s.

⁶¹ Caso La Cantuta vs. Perú, párr. 130.

⁶² Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, Sentencia de 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, párr. 144.

⁶³ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 118.

⁶⁴ Véase por todos Almonacid Arellano vs. Chile, párrs. 96 y ss.

⁶⁵ Como aconteció en el caso El caracazo vs. Venezuela, Sentencia de 11 de noviembre de 1999, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_58_esp.pdf.

⁶⁶ Caso Baldeón García vs. Perú, Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 196.

⁶⁷ Véase sobre el tema Tatiana Rincón, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 53 y ss.

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.⁶⁸ Sin embargo, aunque la CIDH no lo exprese con claridad, si bien la justicia penal es una de las formas de realización del derecho “a la verdad”, éste puede trascender al derecho y a la justicia penal en particular, para ser satisfecho por otros mecanismos.⁶⁹ Estos mecanismos deben ser considerados mecanismos complementarios en el proceso de “conocimiento de la verdad”, como de algún modo se puede inferir del caso Almonacid.⁷⁰ Además, aunque esto no parezca llamar la atención de la CIDH, 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.

E. La verdad y el procesal penal

15. La CIDH 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 CIDH 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 que ésta tiene participación en el “establecimiento de la verdad”, proceso que se deja *in toto* en las manos del juez.⁷¹ La CIDH asume, sin mayor desarrollo teórico, que el proceso penal es la vía para “establecer la verdad”⁷² o “determinar la verdad”,⁷³ 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.⁷⁴ 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 sus funciones, 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 alcanzar “la verdad” en casos de crímenes de lesa humanidad, en los que el propio Estado está involucrado.⁷⁵ 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*,⁷⁶ que no puede ser asimilada a la *verdad histórica* o *fáctica*,⁷⁷ aquella que se concentra en la mera sucesión de he-

⁶⁸ Sobre el tema, recientemente, Pablo Galain Palermo y Álvaro Garreaud, “Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil”, Ambos *et al.* (eds.), *Eichmann in Jerusalem - 50 Years After. An Interdisciplinary Approach*, Duncker & Humblot, Berlín, 2012, pp. 181 y ss.

⁶⁹ 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”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 17, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 10. La verdad, según la tesis que sostienen estos autores, sólo puede ser alcanzada con la combinación de estos diferentes mecanismos.

⁷⁰ En Almonacid la CIDH 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 vs. Chile, párr. 150.

⁷¹ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 143.

⁷² *Idem*.

⁷³ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 144.

⁷⁴ Caso García Prieto y otros vs. El Salvador, Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 102 (las cursivas son mías). Véase también en Velásquez Rodríguez, párr. 181; caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Sentencia de 4 de junio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 1155: aquí se utilizaron sinónimos de la expresión “instituir la verdad”, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=establecer, visitado el 16.03.2011.

⁷⁵ Ésta es la lógica político-crímenal que está incluso contenida en el ER, cuando el propio Estado no interviene penalmente para la investigación de los hechos, se habilita la competencia de la CPI (art. 17).

⁷⁶ Véase Reiner Paulus, “Prozessuale Wahrheit und Revision”, en Seebode (ed.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11 de julio de 1992*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1992, p. 689.

⁷⁷ 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”, *Criminal Law Forum*, núm. 15, Kluwer Academic Publishers, Holanda, 2004, p. 197.

chos sin necesidad de determinar ni comprobar una culpabilidad que admita una imputación penal.⁷⁸ Sin embargo, la CIDH relaciona la verdad histórica con el derecho colectivo a la verdad y entiende que el proceso penal puede colaborar con el conocimiento de esta verdad histórica. De esta manera se confunde el objeto del proceso penal de lograr una verdad normativa que permita imputar o absolver a un individuo, con el conocimiento total de los hechos.⁷⁹ 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;⁸⁰ 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 sólo de averiguar la “verdad del hecho” que le es presentado al juez por iniciativa ajena.⁸¹ 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.⁸²

16. El proceso penal de nuestros días no tiene como objetivo la búsqueda de la *verdad material*,⁸³ porque la lógica económica o de la negociación se ha instau-

rado en el proceso penal, con lo que han cambiado algunos paradigmas en el procedimiento de verificación de la responsabilidad penal.⁸⁴ En todo caso, hoy tendríamos que referirnos a un concepto de *verdad consensual o negociada*.⁸⁵ 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, función que si bien sobrevive tiene que convivir con las demás.⁸⁶ Además, si la búsqueda de la verdad material fuera su único objetivo, no tendría forma de realización por las imposibilidades teóricas, ideológicas y prácticas que explica Taruffo.⁸⁷ Sostener que el proceso penal persigue una *verdad histórica* obliga a identificar las funciones del juez con la del historiador,⁸⁸ tema del que se ha ocupado vastamente la doctrina alemana, para demostrar las diferencias entre las funciones de unos y otros.⁸⁹ 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.⁹⁰ Tanto unos como otros trabajan

⁷⁸ 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”, Chirino *et al.* (comps.), *Humanismo y Derecho penal*, EJC, Costa Rica, 2007, p. 400.

⁷⁹ Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 195.

⁸⁰ El sistema penal se limita a descubrir una “estrecha verdad narrada” al estilo: “quién disparó a quién”, que no puede abarcar algo más amplio como: “por qué las cosas han sucedido de esta manera”. Véase Tristram Hunt, “Whose Truth?”, *op. cit.*, p. 195.

⁸¹ Véase Karl-Heinz Gössel, *El proceso penal ante el Estado de Derecho*, trad. Polaino, Grijley, Lima, 2004, p. 43.

⁸² Véase Sergio Moccia, “Verità sostanziale e verità processuale”, en De Giorgi (ed.), *Il Diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Pensa, Lecce, 2002, p. 421. Entre otros: principio de inocencia, derecho de defensa, nemo tenetur, exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, derecho a no declarar, etc. Véase Patricia Coppola y José Cafferata, *Verdad procesal y decisión judicial*, *op. cit.*, p. 47; Nicolás Guzmán, *La verdad en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 118 y ss; Karl-Heinz Gössel, *El proceso penal*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

⁸³ “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, “Verità sostanziale e verità processuale”, *op. cit.*, p. 425.

⁸⁴ Véase Massimo Donini, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara, Lima, 2010, p. 110.

⁸⁵ Véase Pablo Galain Palermo, “La negociación en el proceso penal”, *RDUC*, núm. 7, 2005, pp. 159 y ss., en Internet http://www.kas.de/wf/doc/kas_7350-544-1-30.pdf; Nicolás Rodríguez García, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997; Sergio Chiarlioni, “La verità presa sul serio”, en Vinciguerra y Dassano (eds.), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, ESI, Milán, 2010, p. 185.

⁸⁶ Véase Massimo Donini, *El Derecho penal*, *op. cit.*, p. 273.

⁸⁷ Véase Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 8 y ss.

⁸⁸ “Es dürfte zum anderen aber auch dadurch begründet sein, daß die Aufgaben strafrechtlicher und politisch-historischer Aufklärung keineswegs identisch sind”. Véase Cornelius Prittowitz, “Notwendige Ambivalenzen –Anmerkungen zum schwierigen Strafprozeß gegen John Demjanjuk”, *StV*, 11, 2010, p. 650.

⁸⁹ Véase Frei, Van Laak y Stolleis (eds.), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Beck, München, 2000. Para alguien que demuestre que el proceso penal es algo distinto de 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*, Suhrkamp, Frankfurt, 1980, pp. 65 y ss.

⁹⁰ “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.), *Geschichte vor Gericht*, *op. cit.*, p. 178.

sobre ideas, hipótesis para explicar cómo habrían ocurrido los hechos, y ambos realizan valoraciones. El resultado de sus investigaciones no puede ser considerado una *verdad histórica* sino un compendio de lo que les ha sido narrado.⁹¹

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 una contrastación constante de las hipótesis de las que parte (falsedad de las hipótesis), mientras que la *verdad procesal* requiere un necesario punto de culminación (cosa juzgada) que no agota todos los pasos que requiere la verificación de una hipótesis científica.⁹² 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.⁹³ Además, el sistema penal sólo 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,⁹⁴ los tribunales penales son inocuos para juzgar sistemas, regímenes o ideologías criminales, a las que muchos de los responsables sirven.⁹⁵ 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 cri-

minales, 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 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 no se discutió, por parte de los jueces británicos, norteamericanos y soviéticos, sobre los hechos acontecidos en Dresden, Hiroshima y Nagasaki y sobre los Gulags, cuando estos hechos también eran importantes para conocer la verdad en relación con 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.⁹⁶ Según Christie los procesos penales sólo 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*).⁹⁷

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.⁹⁸ La *verdad procesal* es tan sólo aquella que se puede probar y a esas pruebas se limita su contenido.⁹⁹ Como ha dicho Hassemer, el Derecho procesal penal no puede ser vinculado con los procedimientos de búsqueda de

⁹¹ Las consecuencias de sus investigaciones provocan, a su vez, muy diversas consecuencias. 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 sólo lo puede afligir moralmente, porque aquello que provoque con su investigación sólo a él le concierne. El historiador se refiere y valora sólo 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. *Idem*.

⁹² Véase Winfried Hassemer, *Fundamentos*, *op. cit.*, pp. 185 y s. Véase también Nicolás Guzmán, *La verdad en el proceso penal*, *op. cit.*, p. 113.

⁹³ Véase Winfried Hassemer, *Fundamentos*, *op. cit.*, pp. 183 y 190.

⁹⁴ La doctrina interpreta esta expresión 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”, www.ieeba.com.ar/colaboraciones2/Juicio%20al%20juicio.pdf.

⁹⁵ Cornelius Prittwitz, “Notwendige Ambivalenzen”, *op. cit.*, p. 655.

⁹⁶ Véase Nils Christie, “Peace or Punishment?”, en Gilligan y Pratt, *Crime, Truth and Justice. Official Inquiry, Discourse, Knowledge*, Willan Publishing, EUA/Canadá, 2004, pp. 244 y s.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 251.

⁹⁸ Véase Winfried Hassemer, *Fundamentos*, *op. cit.*, pp. 163 y ss., 168.

⁹⁹ “La verdad tanto como la realidad no es un objeto dado de antemano que sólo 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 Buenos Aires en 1995, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, edición digital, <http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/mentira.htm>, pp. 24 y s.

la verdad empírica sino que, por el contrario, “al proceso penal se le dota de instrumentos para detener la búsqueda de la verdad”.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ 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.¹⁰² El procedimiento penal es necesario para terminar con la presunción de inocencia de los responsables y para la imputación de responsabilidad penal, pero el procedimiento penal 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,¹⁰³ para brindar un espacio de manifestación a las víctimas y para terminar con la impunidad, entre otras cosas. Para hacer frente a los crímenes más graves

el Derecho penal (nacional, internacional o supranacional) todavía cumple un papel importante desde el punto de vista preventivo y de motivación de conductas,¹⁰⁴ por el mero hecho de la existencia de la norma de prohibición y de la posibilidad de ejercicio de jurisdicción.¹⁰⁵ Las más graves violaciones de los derechos humanos requieren 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.¹⁰⁶ 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 castigar a 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 sólo sirven para que el Estado se comprometa a encontrar o esclarecer una “parte de la verdad”, aquella que fuere necesaria para fundamentar una imputación penal.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Véase Winfried Hassemer, *Fundamentos*, *op. 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 que “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*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 70.

¹⁰¹ Véase Rainer Paulus, “Prozessuale Wahrheit und Revision”, *op. cit.*, pp. 687 y ss. La verdad es una producción que tiene lugar en la sala de audiencias, que, de alguna manera, en un proceso que tiene como objetivo el consenso, refleja una realidad social. Véase Walter Grasnack, “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*, Decker, Heidelberg, 1993, pp. 69 y 75.

¹⁰² Como ha dicho Volk, la verdad material puede ser considerada un concepto supraordenatorio del sistema penal, que cumple 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*, Universitätsverlags, Konstanz, 1980, pp. 15 y ss.

¹⁰³ Véase Stanley Cohen, “Unspeakable Memories”, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁴ Lelieur hace mención al paramilitar Carlos Castaño, quien depuso las armas inmediatamente después de que Colombia ratificó el ER porque entendió que su caso podía ser perseguido por la CPI. Véase Juliette Lelieur, “El 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 75.

¹⁰⁵ Véase que la CIDH identifica la falta de tipicidad de las conductas con un favorecimiento de la impunidad. Véase Javier Dondé, “El concepto de impunidad”, *op. cit.*, p. 268.

¹⁰⁶ 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>, visitado el 26 de marzo de 2011. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-165964-2011-04-10.html>, visitado el 10 de abril de 2011. La pregunta que permanece es si la “verdad” hubiera sido posible sin la utilización de las medidas coercitivas que permite el proceso penal.

¹⁰⁷ Hay otras posibilidades distintas del proceso penal para establecer la verdad y también hay otras formas de verdad. Véase Heinz Steinert, “Negotiating the Past: Culture Industry and the Law”, en Karstedt (ed.), *Legal Institutions and Collective Memories*, *op. cit.*, p. 162. Según Steinert, la función de los juicios penales como forma de recreación de los hechos del pasado sirve para validar la versión enunciada por la más alta autoridad: el Estado. *Ibid.*, p. 174.

F. 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”.¹⁰⁸ Jueces o historiadores sólo pueden brindar una “opinión” sobre los sucesos que investigan, una opinión que debe garantizar una información objetiva que no discuta los hechos en sí mismos.¹⁰⁹ 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 investigan están más allá de las opiniones individuales, los acuerdos o consensos.¹¹⁰ La “verdad” que se busca debe ser lo más imparcial posible y estar libre de los intereses privados.¹¹¹ 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 “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.¹¹² Esta consideración filosófica nos impide considerar que la verdad tiene como opuesto el desconocimiento de lo sucedido, sino 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 parte de las políticas de los gobiernos.¹¹³ Según Derrida las imágenes sustitutas no remiten a un original sino que lo reemplazan: “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”.¹¹⁴ El *terrorismo de Estado* persigue, por medio del temor generalizado, el fin de hacer desaparecer cualquier forma de oposición,¹¹⁵ incluyendo la desaparición de la propia esencia humana por medio de ciertas prácticas criminales.¹¹⁶ Los totalitarismos no sólo destruyen a los hombres, sino que impiden toda forma de memoria o recuerdo para acabar con sus relaciones, sus valores, su historia, su existencia.¹¹⁷ De esta manera, el derecho a la verdad queda reducido al no falseamiento de aquello que ha acontecido.¹¹⁸ La víctima tiene derecho, entonces, a no recibir y a que no se hagan públicas informaciones falseadas, sino sólo 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 y a participar del proceso público de *establecimiento de la verdad* y de *elaboración del pasado*. Pero también la víctima tiene derecho a que sea devuelta su existencia por medio

¹⁰⁸ Véase Hanna Arendt, *Verdad y política*, p. 7, versión electrónica en Internet.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ 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 Hanna Arendt, *Verdad y política*, *op. cit.*, p. 16.

¹¹¹ Como dice Arendt, “la calidad misma de una opinión, como la de un juicio, depende de su grado de imparcialidad”. *Ibid.*, p. 13.

¹¹² Véase Jacques Derrida, *Historia de la mentira*, *op. 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. *Ibid.*, p. 26.

¹¹³ *Ibid.*, p. 8.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 9.

¹¹⁵ Véase José Sanmartín, “¿Hay violencia justa? Reflexiones sobre la violencia y la justicia basada en los derechos humanos”, *Daimón. Revista de Filosofía*, núm. 43, 2008, p. 11.

¹¹⁶ Véase Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 2004, pp. 552 y ss.

¹¹⁷ 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. *Ibid.*, p. 548.

¹¹⁸ En términos conceptuales, según Arendt, verdad es todo aquello que no logramos cambiar. Véase Hanna Arendt, *Verdad y política*, *op. cit.*, p. 31.

de la recuperación de la memoria.¹¹⁹ Por eso, los hechos acontecidos tienen que ser conocidos y divulgados mediante la publicidad.¹²⁰ 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.¹²¹ 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.¹²² Por eso, el derecho de la víctima a la verdad no se agota ni se satisface exclusivamente por medio del proceso penal.¹²³

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.¹²⁴ 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 CIDH quedan dudas acerca de

la relación 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 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 sólo se configura por medio de una sentencia y del discurso de dominación que emana del procedimiento penal.¹²⁵ Al proceso de “establecimiento de la verdad” y de conocimiento público sobre lo sucedido también pueden aportar medios extrajudiciales (*v. gr.* comisiones de la verdad, investigaciones parlamentarias,

¹¹⁹ Memoria que puede ser individual y colectiva, que no es lo mismo que la historia, porque ésta tiene que ver con el establecimiento de acontecimientos objetivos y aquélla con la interpretación de los mismos. Véase Heribert Adam, “Divided Memories: How Emerging Democracies Deal with the Crimes of Previous Regimes”, en Karstedt (ed.), *Legal Institutions and Collective Memories*, Oxford/Portland, Oregon, 2009, p. 79.

¹²⁰ La publicidad, según Kant, no sólo 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 protagonistas teóricos discutibles, sólo nos recuerdan en este sentido que también nosotros tenemos la nuestra, y que en la exigencia radical de publicidad democrática debemos perfeccionar las técnicas de discusión y de representación que tengamos a nuestro alcance”. *Ibid.*, p. 53 (*sic*).

¹²¹ Véase Jacques Derrida, *Historia de la mentira*, *op. 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, “Unspeakeable Memories and Commensurable Laws”, en Karstedt (ed.), *Legal Institutions and Collective Memories*, Hart/Oxford/Portland, Oregon, 2009, p. 36.

¹²² 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, *Verdad, justicia y reparación*, *op. cit.*, p. 55.

¹²³ Así se expone en Pablo Galain Palermo y Álvaro Garraud, “Truth Commissions in the Post-Dictatorial Southern Cone”, *op. cit.*, pp. 190 y ss. Allí se dice: “In any case, these mechanisms for transitional justice have confirmed that reconciliation is not possible without getting to the truth, but they have also confirmed that there can be no justice without the recognition of the commission of crimes and reparations to the victims. As such, the broad concept of justice is not limited to penal justice (retributive justice), but rather it includes other processes that serve to satisfy the objectives of reacting to the past and clarifying it, including statements of the criminals and the victims (restorative justice)”. *Ibid.*, p. 192.

¹²⁴ Véase Jorge Carranza Piña, *Fundamentos sobre Verdad, Justicia y Reparación. Garantía de los derechos de las víctimas*, *op. cit.*, p. 51.

¹²⁵ 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, *Derecho a la verdad*, *op. cit.*, p. 540.

opinión pública, etc.),¹²⁶ instancias todas en las que las víctimas puedan participar activamente en el proceso de elaboración del conocimiento público sobre los hechos (verdad).¹²⁷

G. Derecho a la verdad, justicia y reparación

20. Verdad, justicia y reparación son los tres estándares identificados por la jurisprudencia de la CIDH que coinciden con los tres objetivos que operan como pilares sobre los que se construye el concepto de justicia de transición.¹²⁸ De alguna manera, a partir de los trabajos doctrinarios que han desarrollado el concepto de “justicia de transición”¹²⁹ 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.¹³⁰ 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.¹³¹ 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 en las

instancias de poder (jueces, políticos, historiadores) los hechos ni las opiniones. 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*.¹³² El conocimiento de la verdad es uno de los pilares que junto a la justicia y la reparación en teoría se exige para un proceso exitoso de transición. El conocimiento de la verdad —de 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” en relación con los hechos acontecidos.¹³³

21. Todo indica que no se debe hablar de un *derecho a la verdad*, por la sencilla razón de que sería muy difícil identificar un concepto o definición de lo que se entiende por “verdad”.¹³⁴ Hablar de un concepto de verdad puede llevar a la aceptación de una o varias definiciones parciales o interesadas acerca de lo sucedido, principalmente con las víctimas que todavía se encuentran desaparecidas o sobre las que se desconoce su paradero o destino. Las distintas visiones sobre lo sucedido impone la “elaboración” de una visión amplia y democrática que no excluya ninguna de

¹²⁶ “Las comisiones de la verdad tienen el potencial de ser de gran provecho en las sociedades postconflicto, ayudando 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, par. 50, traducción propia del inglés.

¹²⁷ Véase Jennifer Llewellyn, “Truth Commissions and Restorative Justice”, en Johnstone y Van Ness (eds.), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, EUA/Canadá, 2007, pp. 355 y ss.

¹²⁸ 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”. Véanse Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*; Ambos, Malarino y Elsner (eds.), *Justicia de transición, op. 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 que participan en la superación del conflicto, de modo que tampoco puede ser suprimida *a priori* la posibilidad de otorgar una amnistía que de alguna manera se condicione con los intereses de la víctima a “conocer la verdad” y a la reparación.

¹²⁹ Por todos, Ruti Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.

¹³⁰ Véase Florian Huber, *La Ley de Justicia y Paz. Desafíos y temas de debate*, Friedrich Ebert Stiftung-Colombia, FESCOL, Bogotá, 2007, p. 49.

¹³¹ Véase Andrew Reiter, Tricia Olsen y Leigh Payne, *Amnesty in the Age of Accountability*, p. 22, http://www.allacademic.com/one/isa/isa08/index.php?click_key=1.

¹³² Véase Iván Orozco Abad, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Temis, Bogotá, 2009, pp. 92 y ss. Sin embargo, la verdad producto de la justicia de transición no es una verdad factual o histórica sino una verdad política (verdad consensuada).

¹³³ Véase Jeremy Sarkin, *Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, p. 33. Ahora, si bien ese concepto de verdad se relaciona con evitar el olvido con una finalidad preventiva, él no puede deducirse de una necesidad preventiva de castigo.

¹³⁴ Véase Bernard Williams, *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2002, pp. 63 y ss.

las posiciones sobre los mismos.¹³⁵ 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.¹³⁶ 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 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 investigaciones, pero ello no siempre trae aparejadas 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 derechos humanos.¹³⁷ Este proceso de elaboración tiene que considerar distintos significados y formas de entender los mismos hechos en un proceso cultural que acontece en los ámbitos institucional, simbólico y personal.¹³⁸ 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,¹³⁹ porque el Derecho penal garantista propio de un Estado de Derecho se construye sobre la protección del individuo frente al poder punitivo del Estado.¹⁴⁰ 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 rebese los límites del proceso judicial”.¹⁴¹ Téngase en cuenta que, desde el punto de vista del conocimiento de la verdad y de la reparación, considerados los 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.¹⁴²

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 suspen-

¹³⁵ 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, pues 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”, *Revista de Derechos Humanos*, núm. 2, junio de 2004, pp. 25 y 27.

¹³⁶ 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*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 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, que 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, EUA/Canadá, 2004, p. 19.

¹³⁷ Véase Ruti Teitel, “Editorial Note-Transitional Justice Globalized”, *JITJ*, Vol. 2, 2008, p. 4.

¹³⁸ Véase Elizabeth Jelin, “Public Memorialization in Perspective: Truth, Justice and Memory of Past Repression in the Southern Cone of South America”, *JITJ*, vol 1, 2007, p. 142; George Gilligan, “Official Inquiry, Truth and Criminal Justice”, *op. cit.*, p. 20.

¹³⁹ 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. Ana Corrêa, 2ª ed., Tenacitas, Coimbra, 2004, p. 61.

¹⁴⁰ 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 sólo es llamada a prestar una declaración fidedigna en algunas circunstancias.

¹⁴¹ Véase Adolfo Chaparro, “La función crítica del ‘perdón sin soberanía’ en procesos de justicia transicional”, en Rettberg (comp.) *Entre el perdón y el paredón*, *op. cit.*, p. 246.

¹⁴² Véase Slavoj Žižek, *Arriesgar lo imposible. Conversaciones con Glyn Daly*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 135 y 136.

dido en su aplicación o no se ha aplicado en aquellas comunidades que hicieron uso del recurso al conocimiento de la verdad en relación con crímenes internacionales. Las víctimas no sólo 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 sólo fue posible cuando existió este periodo de excepción en el que a esta declaración de la verdad (o autoinculpación) no correspondió obligatoriamente el inicio de un juicio penal.¹⁴³ 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 indonesias 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*¹⁴⁴ es más provechoso que cualquier forma de justicia retributiva.¹⁴⁵ Estos ejemplos indican que desde un punto de vista local la verdad no siempre es precondition para el castigo de los responsables o para la reparación de las víctimas o ambas cosas, sin embargo, no cualquier decisión local es válida cuando ella contradice los principios éticos

universales. En ese sentido la CIDH 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”.¹⁴⁶ Es decir, la solución local no puede contradecir a la dimensión universal de la ética y la dignidad humana.¹⁴⁷ De este modo, la necesidad del conocimiento de la verdad permanece incólume 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 en relación con los castigos y las reparaciones y que, en ocasiones, tiene un carácter colectivo innegociable.

23. La jurisprudencia de la CIDH no considera relevante la interacción de 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 CIDH 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 una forma de reparación simbólica para las víctimas. Véase que la doctrina admite que junto a 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

¹⁴³ 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 de junio de 2010.

¹⁴⁴ Método tradicional utilizado 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 homicidio.

¹⁴⁵ Véase Deirdre Golash, “The Justification of Punishment in the International Context”, en May y Hoskins, (eds.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, p. 210.

¹⁴⁶ Véase caso Barrios Altos vs. Perú, párrs. 41 y ss. Defensoría del Pueblo, A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Informe Defensorial núm. 97, Lima, 2005, p. 120. Véase también caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, 162, párr. 167.

¹⁴⁷ 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 partir de sus relatos se valora la experiencia local junto a la dimensión universal 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*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1996, pp. 73 y ss., 95 y ss.

de todos los responsables.¹⁴⁸ De todos modos, 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 por parte de los responsables, de modo que permitan ofrecer no sólo la reconciliación social sino también garantías de que no se repita en el futuro.¹⁴⁹ 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).¹⁵⁰ Por ello, la justicia en sentido amplio es un requisito indispensable para una paz interna duradera y para que las heridas del pasado no permanezcan abiertas.¹⁵¹ Como lo ha sostenido la CIDH, 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).¹⁵² Las Comisiones de la Verdad, todo un aporte de las transiciones latinoamericanas, han servido indiscutiblemente para posicionar el derecho a la verdad como un derecho fundamental y autónomo¹⁵³ frente a violaciones masivas contra los derechos humanos.¹⁵⁴ 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),¹⁵⁵ sino con la importancia de conocer “la verdad” en los procesos de reconciliación.¹⁵⁶ 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).¹⁵⁷

H. Conclusión

24. En un principio, el derecho “a la verdad” fue considerado un derecho individual de la víctima y de sus familiares, independientemente de la naturaleza del deli-

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ Véase Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID), p. 6.

¹⁵⁰ Véase Gerhard Werle, “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe”, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵¹ “Conferencia Internacional: “De la superación del pasado a la cooperación futura. Desafíos regionales y mundiales de la reconciliación”, 31 de enero-2 de febrero de 2005 en Berlín, Alemania, de FES y GTZ, 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*, Sudamericana, Buenos Aires, 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 “pinchetistas” y “no pinchetistas”. Véase Fernando Atria, “Reconciliation and Reconstitution”, en Veitch (ed.), *Law and the Politics of Reconciliation*, Ashgate, Inglaterra, 2007, pp. 34 y ss.

¹⁵² Véase por todos CIDH, caso Masacre de la Rochela vs. Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 195.

¹⁵³ Véase que el conocimiento de la verdad es considerado un derecho autónomo por el Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID) en su primer reporte (E/CN.4/1435, 22.01.1981, párr. 187) y fue reconocido por otros informes internacionales (ONU Office of the High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/2006/91, 8 de febrero de 2006, “Study on the Right to the Truth”).

¹⁵⁴ Véase Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths. Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, Nueva York/Londres, 2001, pp. 24 y s.

¹⁵⁵ Críticamente, Daniel Pastor, “¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en Pastor (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 369 y 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 CIDH por la imposibilidad de investigar y castigar debido a la existencia de leyes de amnistía.

¹⁵⁶ Un ejemplo podría ser la Comisión para la Paz de Uruguay. Véase sobre el tema Gonzalo Fernández, Uruguay, Arnold, Simon y Woischnick (eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 407 y ss.; Pablo Palermo, “The Persecution of International Crimes in Uruguay”, *op. cit.*, pp. 605 y s.

¹⁵⁷ Véase Daditos Haile, “Accountability for crimes of the past and the challenges of criminal prosecution. The case of Ethiopia”, 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 reconciliar a las víctimas con los victimarios en un orden moral común. Más bien, las comisiones de la verdad pueden determinar quién tiene derecho a reclamar indemnización monetaria del Estado”. Véase Mark Osiel, “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, *op. cit.*, p. 69.

to cometido, cuando se compruebe 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 a la colectividad el concepto de víctima y sus respectivos derechos, 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 en el futuro. 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)¹⁵⁸ hacer frente al conocimiento de la verdad en lo que se refiere a responsabilidades colectivas que escapan a los intentos de establecer una “verdad” que permita una imputación individual de responsabilidad. Para ser más claro, la justicia penal es necesaria para investigar e imputar de-

terminados hechos concretos a determinadas personas, pero es incapaz de satisfacer el derecho “a la verdad” individual y colectivo.¹⁵⁹ El “derecho a la verdad” no deriva de la obligación del Estado de investigar (y, en su caso, castigar), como sostiene la CIDH. El Derecho penal no sirve para la “búsqueda de 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 que los hechos no se repitan. De ello se deriva que la solución penal, desde un punto de vista meramente penal, sólo debe ser funcional al interés de la justicia cuando se recurra a ella con una finalidad preventiva.¹⁶⁰

25. La CIDH ha establecido determinados estándares en relación con el conocimiento de la verdad, que pueden resumirse en un derecho de la víctima individual y colectiva que se corresponde con una obligación estatal a investigar penalmente y sancionar con una pena a los responsables. Esta pena, según

¹⁵⁸ 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 a 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*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, pp. 132 y s.; Lampe, Ernst-Joachim, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *ZStW*, núm. 106, 1994, pp. 683 y ss., 735. Joachim Vogel, “Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht”, *ZStW*, núm. 114, 2002, pp. 419 y ss. En la doctrina penal internacional, admitiendo formas paralelas de imputación para colectivos o el propio Estado (Hans Vest, “Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individuelle Strafrecht?”, *ZStW*, núm. 113, 2001, pp. 489 y 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. Malarino, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 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”, *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret), Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2009/3, pp. 3 y ss.; “The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes”, *Studies in International and Comparative Criminal Law Series*, vol. 4, Hart Publishers, Oxford, 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/Paliero (ed.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 11873 y ss.

¹⁵⁹ “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. Mendizábal/Guglielmucci, *Cuadernos de Antropología Social*, núm. 24, 2006, p. 56, <http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n24/n24a03.pdf>, consultado el 16 de marzo de 2011.

¹⁶⁰ Véase Jesús-María Silva Sánchez, “Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, núm. 1, ULACIT, Costa Rica, julio de 2011, p. 52; Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, op. cit., p. 319. Desde un punto de vista crítico, Winfried Hassemer, “Seguridad por intermedio del Derecho penal”, Córdoba y Maier (trads.), en Julio Maier y Gabriela Córdoba, (comps.), *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 14 y ss.

la CIDH, es una forma de reparación de la víctima.¹⁶¹ Como surge de la jurisprudencia de la CIDH, el Estado tiene una obligación de perseguir penalmente los crímenes y delitos más graves contra los derechos humanos y los responsables no podrían ser beneficiados con amnistías, gracias a otros institutos de perdón que impidan responsabilizarlos penalmente.¹⁶² Esta obligación puede tener relación con el derecho de la víctima a “conocer la verdad”,¹⁶³ 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, en relación con el “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).¹⁶⁴ 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 considerarse 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 sólo puede brindar a la víctima la reivindicación de una sentencia judicial en contra del responsable.¹⁶⁵

26. La hipótesis sometida a falseamiento en relación con la jurisprudencia de la CIDH¹⁶⁶ no se verifica, en tanto la CIDH, 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 de la víctima a la reparación. La

tesis de la CIDH no se verifica, en el sentido de que cuando se han cometido graves violaciones a 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 trabajo¹⁶⁷ se verifica en la jurisprudencia de la CIDH 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 requiera la participación de todos los actores sociales e instituciones estatales. La verdad como proceso de elaboración o construcción participativo e inclusivo, en el que la víctima desempeña un papel central, puede considerarse 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 ésta 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 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.

¹⁶¹ Como surge del caso *Myrna Chang vs. Guatemala*, véase Manuel Quincho, *Los estándares de la Corte Interamericana*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

¹⁶² Recientemente, caso *Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, párrs. 195 y ss.

¹⁶³ La víctima tiene un “derecho a la verdad” o un derecho a “conocer lo sucedido” sin falseamientos, que es autónomo. Véase nota 153.

¹⁶⁴ 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, “El testamento ciudadano y la exigencia de verdad”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶⁵ Véase Mark Osiel, “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁶⁶ La CIDH 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.

¹⁶⁷ 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 o extrajudiciales —o ambos—, que deben utilizarse en forma complementaria.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal