

h

© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 481 - 4° piso
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4382-3586 — líneas rotativas —
E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

- twitter.com/hammurabi_srl
- facebook.com/libreriahammurabi
- youtube.com/libreriahammurabi

Producción integral



concept design

de FERNANDO LUCAS DEPALMA
Tel.: 4382-2080 (líneas rotativas)

Esta edición se terminó de imprimir
en el mes de septiembre de 2017
en «Docuprint S.A.»

Tacuarí 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723

Derechos reservados

Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

ISBN: 978-950-741-860-0 (rústica)

KAI AMBOS - EZEQUIEL MALARINO - DANIEL R. PASTOR DIRECCIÓN

• **Prevención e imputación**

1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2017

266 ps., 23 x 16 cm.

ISBN: 978-950-741-860-0

1. Derecho penal. I. Título

CDD 345

• Fecha de catalogación: 5/9/2017

KAI AMBOS • EZEQUIEL MALARINO • DANIEL R. PASTOR

DIRECCIÓN

Prevención e imputación

Acerca de la influencia de las teorías de la pena
en el Derecho Penal y Procesal Penal

AUTORES: KAI AMBOS – FERNANDO J. CÓRDOBA – LEANDRO DIAS

MARCELO D. LERMAN – KLAUS LÜDERSSEN – EZEQUIEL MALARINO

LUCA MARAFIOTI – GUILLERMO ORCE – DANIEL R. PASTOR

JOSÉ MILTON PERALTA – GABRIEL PÉREZ BARBERÁ – MARCELO A. SANCINETTI

EUGENIO C. SARRABAYROUSE – MARISA VAZQUEZ – PATRICIA S. ZIFFER



Centro de Estudios de Derecho Penal
y Procesal Penal Latinoamericano



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

Stratenwerth, Günter, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006 (1ª ed., 1991), trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer de dos trabajos independientes: *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht (SchwZStr, 79-234)* y "Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht" (en *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975).

Stratenwerth, Günter - Kuhlen, Lothar, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6ª ed., Vahlen, München, 2001 (hay versión española de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti de la 4ª ed., última a cargo exclusivo de Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016).

Zielinski, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973 (hay traducción de Marcelo Sancinetti, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990).

¿Un derecho humano a la pena? Reflexiones sobre los alcances del llamado derecho a la justicia

KAI AMBOS * - LEANDRO DIAS **

■ Resumen

Desde hace un tiempo se argumenta que las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos tendrían un "derecho humano a la pena". Este último consistiría tanto en un derecho a que se condene a los agresores, como a que se les imponga una pena (mínima) específica. Contra esta tendencia, en este trabajo se demostrará que la práctica actual en materia de derechos humanos no reconoce ni derecho a obtener una condena penal, ni una pena mínima específica.

I. Introducción

Cierta tendencia —ya no tan reciente¹— en materia de derechos humanos parecería apoyar el punto de vista de que la identificación, persecución y, eventualmente, castigo de quienes participan en violaciones graves a derechos humanos se

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional y Director del Departamento de Derecho Penal Internacional y Extranjero y del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), Facultad de Derecho, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Juez de Tribunal provincial (*Landgericht*).

** Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Buenos Aires). Profesor adjunto de Derecho Penal y Contravencional (Instituto Superior de Seguridad Pública).

¹ Véase, sólo a modo de ejemplo, lo señalado por la Corte IDH en el caso "Velásquez Rodríguez" ya en 1988: "La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños

ha convertido en una obligación estatal². Es decir, se estaría produciendo una consolidación de lo que se conoce como un *deber* estatal de perseguir penalmente esta clase de conductas (*duty to prosecute*)³. A su vez, ha ganado terreno el argumento de que la contracara de este deber es el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, que abarcaría un *derecho* a que se lleve adelante una *persecución penal* contra el infractor⁴. Si bien no existe unanimidad respecto de la denominación de este derecho, así como tampoco de sus contornos precisos, podría decirse que se propugna un *derecho a la justicia* para las víctimas⁵.

No es el objetivo de este trabajo poner en tela de juicio esta tendencia, por lo que una crítica general deberá buscarse en otro lado⁶. En cambio, en esta contribución se intentará ofrecer claridad respecto de una de las supuestas derivaciones de este deber de perseguir y el correspondiente derecho a la justicia. En particular, se analizará un punto de vista que recientemente ha aparecido en la discusión política y académica, que afirma que las víctimas tendrían un "derecho humano a la pena", esto es, a que se *condene* a los responsables de las violaciones a sus derechos humanos y que, además, se les *imponga una pena (mínima) específica*⁷. La hipóte-

producidos por la violación de los derechos humanos" (énfasis agregado). Corte IDH, "Velásquez Rodríguez v. Honduras", fallo 29/7/88 (fondo), § 166 (véase también § 174).

² Spiga, *JICJ* 10, 2012, 1377 s.

³ La terminología fue acuñada por Diane Orentlicher ("Yale L. J.", n° 100, 1991, 2537 y ss.) en un innovador artículo publicado en 1991 y se ha impuesto en la discusión científica. De todos modos, el término "deber de perseguir" es equívoco, ya que da la impresión de que la única persecución aceptable es la que llevan a cabo los Estados a partir de sus procedimientos internos, cuando en realidad este deber podría satisfacerse a partir de persecución nacional, extradición a otro Estado dispuesto a perseguir o de entregar a un sospechoso a un tribunal internacional. En ese sentido Robinson, *EJIL* 14, 2003, 491, nota 41. Para más referencias sobre el estado de la evolución de la discusión desde ese momento hasta la actualidad, véase Ambos, *Impunidad*, 66 ss.; ídem, *Peace*, 29 ss.; ídem, *Treatise*, vol. I, 394 ss.

⁴ Así Spiga, *JICJ*, 2012, 1383, señala que "[e]n definitiva, los años recientes han dado testimonio de una preocupación creciente por la necesidad de llevar justicia a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y la creciente conciencia de que garantizar una satisfacción adecuada a las víctimas requiere de la responsabilidad penal de los violadores de quienes infringen derechos humanos". Fundamental para la discusión en Alemania Holz, *Justizgewähranspruch*, 68 *et passim*, quien fundamenta tal derecho, de un modo general, en el art. 19 IV *Grundgesetz* (Ley Fundamental). Véase también la crítica de Weigend, *RW* 1, 2010, 46 ss.

⁵ Sobre los problemas de denominación Spiga, *JICJ* 10, 2012, 1383. Crítico Silva Sánchez, *En busca del derecho penal*, 103 s., quien señala que no resulta claro qué significa "derecho a la justicia" y cómo se puede pretender su satisfacción.

⁶ Véase, solamente Ambos, *Impunidad*, 319 y ss.; ídem, *Peace* 30 s.; ídem, *Treatise*, vol. I, 394 s.

⁷ Sobre este argumento, en el marco de proceso de paz colombiano, Ambos, *Derechos humanos y pena*. Desde ya que no se trata de un argumento novedoso. En Alemania reflexiones simi-

sis que guiará el trabajo puede formularse de la siguiente forma: la práctica actual en materia de derechos humanos no reconoce un derecho a obtener una condena penal contra su agresor, mucho menos una pena mínima específica, y hay buenas razones para no extender los derechos de las víctimas con ese alcance.

A los fines de corroborar la hipótesis, en primer lugar se analizará la jurisprudencia de los dos tribunales regionales de derechos humanos que por su influencia marcan la tendencia en la discusión: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH)⁸. Con esto se intentará demostrar que los alcances de tales derechos de las víctimas no abarcan a la obtención de una condena penal, ni a la imposición de una pena mínima al infractor. En segundo lugar, se ofrecerán argumentos en contra de una extensión de este tipo de derecho a la justicia de las víctimas. Finalmente, se expondrán unas breves reflexiones finales.

II. El problema en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si bien en principio parecería no haber un "derecho a la justicia" en sentido estricto en el sistema europeo de derechos humanos⁹, para analizar la postura del TEDH sobre el tema, debe hacerse una distinción entre el deber de perseguir penalmente violaciones a los derechos humanos, que le correspondería al Estado con independencia de los derechos procesales de las víctimas, y el derecho de estas últimas a la justicia. Respecto del primer deber, en supuestos en los cuales se ven afectados derechos humanos básicos, como cuando se produce una privación intencional de la vida, sería necesaria una disuasión efectiva por medio de la criminalización de las conductas de los infractores¹⁰, y en ocasiones el Tribunal les ha ordenado a los Estados que tomen medidas legislativas y judiciales tendentes al desarrollo de investi-

lares se produjeron sobre el eventual derecho de la víctima a que se castigue al autor del delito, en especial a partir del secuestro de Jan Philipp Reemtsma. Véase la síntesis de la discusión alemana en Silva Sánchez, *En busca del derecho penal*, 115 y ss.

⁸ Esto no significa una negación de que en otras jurisdicciones no se hayan producido discusiones semejantes, sino que simplemente se trata de una limitación del objeto de la investigación. La aclaración resulta relevante especialmente porque el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también ha desarrollado de modo extenso la cuestión. Sobre el tema véase David, "Brit. J. Am. Legal.", 3, 2014, 264 ss.

⁹ En detalle, Ambos - Böhm, *Diálogo jurisprudencial*, 1074, con referencias adicionales a la jurisprudencia del TEDH.

¹⁰ Para un análisis detallado de la postura del TEDH respecto de la criminalización como medio para la protección efectiva de los derechos materiales señalados en la CADH, véase Ambos - Böhm, *Diálogo Jurisprudencial*, 1069 ss.; Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, 111 ss.

gaciones penales¹¹. Así, en ciertos casos de graves violaciones a los derechos humanos tales actos deberían ser castigados, por lo que no sería suficiente una mera reacción administrativa¹².

Esta jurisprudencia parecería dar lugar a una aceptación de una obligación procesal positiva¹³ de perseguir penalmente las violaciones graves a los derechos humanos protegidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, *CEDH*)¹⁴. Sin embargo, debe hacerse una serie de aclaraciones al respecto. En primer lugar, el TEDH explícitamente negó que exista un deber de que en todos los casos de violaciones a derechos humanos se lleve a cabo un proceso penal¹⁵, por lo que este deber del Estado de perseguir regiría sólo en ciertos casos, de acuerdo con la naturaleza y la gravedad de la interferencia sobre los derechos en cuestión¹⁶. Este deber existiría, en principio, sólo para ciertas afectaciones de gran entidad, como las vulneraciones intencionales al derecho a la vida (art. 2º, *CEDH*, en su aspecto procesal)¹⁷, a la libertad personal (art. 5º, *CEDH*, en casos de desapariciones de personas detenidas)¹⁸, al derecho a no ser torturado (art. 3º, *CEDH*)¹⁹ y a la vida pri-

¹¹ TEDH, "Kiliç v. Turkey", nº 22492/93, fallo 28/3/00, § 62; "Mahmut Kaya v. Turkey", nº 22535/93, fallo 28/3/00, § 85.

¹² TEDH, "Öneryildiz v. Turkey", nº 48939/99, fallo 30/11/04, § 94, con referencias adicionales.

¹³ Por obligaciones positivas se entienden aquellos deberes que van más allá de la no interferencia estatal en el goce de determinados derechos (deberes negativos) y que requieren, por tanto, de un fomento de los derechos, como el deber que tendrían los Estados de garantizar y proteger los derechos humanos dentro de su territorio. En este sentido Xenos, *Positive Obligations*, 195 s. En detalle sobre el concepto y las clasificaciones posibles de las obligaciones positivas en el marco de la jurisprudencia del TEDH, Dröge, *Positive Verpflichtungen*, 6 ss., 11 ss.; Benavides Casals: *Die Auslegungsmethoden*, 57 ss.; Szczekalla, *Schutzpflichten* 712 ss.; Mowbray, *The Development of Positive Obligations* 2 ss.

¹⁴ Tomás-Valiente Lanuza, en "InDret", 3/2016, 15.

¹⁵ Así, el TEDH, en el caso "Calvelli and Ciglio v. Italy" (nº 32967/96, fallo 17/1/02, § 51) consideró que el efecto disuasorio de la pena no era necesario en casos de violaciones no intencionales al derecho a la vida (con disidencias de los jueces Rozakis y Bonello). Para un análisis de esta sentencia, véase Xenos, *Positive Obligations*, 195 y s. En un mismo sentido TEDH, "VO v. France", nº 53924/00, fallo 8/7/04, § 90; "Mastromatteo v. Italy", nº 37703/97, fallo 24/10/02, § 90.

¹⁶ "Mente and Others v. Turkey", nº 22535/93, fallo 28/3/00, § 124. En un mismo sentido Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, 115.

¹⁷ TEDH, "Öneryildiz v. Turkey", nº 48939/99, fallo 30/11/04, § 111, con referencias adicionales.

¹⁸ TEDH, "Kurt v. Turkey", nº 24276/94, fallo 25/5/98, § 140.

¹⁹ TEDH, "Assenov and Others v. Bulgaria", nº 90/1997/874/1086, fallo 20/10/98, § 90; "Aksoy v. Turkey", nº 21987/93, fallo 18/12/96, § 98. Respecto de la obligación positiva de tomar medidas

vada y familiar (art. 8º, *CEDH*)²⁰. En segundo lugar, estas obligaciones positivas se basan en la protección (por medio de la prevención en general y de la disuasión en particular) que debe brindar un Estado a diversos derechos fundamentales de la generalidad, y no en la protección de una persona en particular²¹, por lo que no se derivaría un derecho a que se persiga penalmente a un tercero²². Estas dos aclaraciones permiten llegar a una conclusión provisional: el deber estatal de persecución penal estaría limitado a ciertas violaciones particularmente intensas a derechos humanos y de dicho deber no se desprendería el derecho de la víctima a que el Estado lleve a cabo tal persecución en el caso concreto.

Los derechos de las víctimas de violaciones graves a sus derechos humanos estarían garantizados, en cambio, a partir de su derecho a un recurso efectivo (art. 13, *CEDH*). La posición del Tribunal en este aspecto resulta compleja. Como se señaló previamente, las víctimas en principio no tienen un derecho a instituir, o a que se instituya, un proceso penal contra otra persona, por lo que no estaría asegurado un derecho a la justicia por la *CEDH*. Incluso algunas condenas a los Estados por violación al derecho a un recurso efectivo ocurrieron en razón de que no se había establecido un procedimiento que pudiese dar lugar a una reparación civil, no penal²³. Empero, ciertas sentencias del Tribunal en parte matizan estas conclusiones. En el caso "Kaya v. Turquía", por ejemplo, los magistrados del tribunal señalaron que

"Teniendo en cuenta la importancia fundamental del derecho a la protección de la vida, el art. 13 requiere, además del pago de una compensación, en caso de ser apropiada, de una investigación exhaustiva y efectiva, capaz de llevar a la identificación y al castigo de los responsables de la privación de la vida y que incluya un acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación"²⁴.

para que los individuos no sean sometidos a torturas ni a otros tratos inhumanos (incluyendo aquellos realizados por otros ciudadanos), véase TEDH, "A. v. UK", nº 100/1997/884/1096, fallo 23/9/98, § 22; "Z. and Others v. UK", nº 29392/95, fallo 10/5/01, § 73. En detalle sobre la cuestión, Mowbray, *The Development of Positive Obligations*, 59 ss.

²⁰ "Mente and Others v. Turkey", nº 22535/93, fallo 28/3/00, § 124.

²¹ Ambos - Böhm, *Diálogo jurisprudencial*, 1074; Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, 118 ss.

²² TEDH, "Calvelli and Ciglio v. Italy", nº 32967/96, fallo 17/1/02, § 51; ídem, "Öneryildiz v. Turkey", nº 48939/99, fallo 30/11/04, § 94.

²³ TEDH, "Öneryildiz v. Turkey", nº 48939/99, fallo 30/11/04, § 148; ídem, "Dink v. Turkey", nº 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124, fallo 10/9/10, § 144.

²⁴ TEDH, "Mahmut Kaya v. Turkey", nº 22535/93, fallo 28/3/00, § 124. Previamente: TEDH, "Mahmut Kaya v. Turkey", nº 58/1996/677/867, fallo 27/11/97, § 89; "Menteş and Others v. Turkey", nº 22535/93, fallo 28/3/00, § 124. También TEDH, "D. P. & J. C. v. The United Kingdom", nº 38719/97,

Para solucionar esta aparente inconsecuencia, se ha entendido que si bien por regla general las víctimas de violaciones a derechos humanos no tendrían un derecho a que se lleven a cabo procesos penales contra los autores de dichas vulneraciones, en algunos casos sí estaría garantizado tal derecho procesal por el art. 13 de la CEDH, dado que el alcance de este último artículo varía de acuerdo al derecho sustantivo afectado²⁵. Esto sería así cuando se esté en presencia de una violación grave a ciertos derechos, como en el caso de violaciones intencionales al derecho a la vida, cometidas por actores estatales y en circunstancias que hiciesen necesario tal remedio²⁶. Para casos de violaciones a derechos cometidas por agentes no estatales, este derecho de las víctimas a que se inicie una investigación no derivaría ya del art. 13 de la CEDH, en principio limitado al establecimiento de recursos contra acciones estatales, sino de cada derecho afectado en particular, en caso de que la ausencia de una investigación pudiese poner en peligro la validez del derecho afectado²⁷.

A partir de lo señalado, puede decirse que, según el TEDH, los Estados tienen el deber de perseguir ciertas violaciones graves a los derechos humanos²⁸, como por ejemplo las vulneraciones intencionales al derecho a la vida y la comisión de torturas, y que las víctimas también poseen, bajo ciertas circunstancias, un derecho procesal a que se inicien tales procedimientos. Ante este panorama, aparece la pregunta, fundamental a los fines de este trabajo, sobre los alcances de este deber limi-

fallo 10/10/02, § 107; "El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia", n° 39630/09, fallo 13/12/12, § 75. Sobre este fallo, véase Ambos, *ZIS*, 2013, 161 ss.

²⁵ Grabenwarter, *European Convention on Human Rights*, 335.

²⁶ Así Dröge, *Positive Verpflichtungen* 331; Benzing, *Complementarity*, 608; Kuhn, *ZRP* 4, 2005, 125 s., aunque limitando el alcance a las violaciones intencionales al derecho a la vida. Sin embargo, esta postura tan restrictiva desconoce que se ha establecido este derecho procesal incluso en casos de violaciones al art. 8° de la CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar). En ese sentido "Menteş and Others v. Turkey", n° 22535/93, fallo 28/3/00, § 124.

²⁷ Sobre el tema, en detalle Dröge, *Positive Verpflichtungen*, 59; Ambos - Böhm, *Diálogo jurisprudencial* 1079 s. Esta justificación pragmática también se ha utilizado para justificar los derechos de las víctimas a que se lleve a cabo una investigación efectiva en casos de violaciones al derecho a la vida presuntamente cometidas por funcionarios estatales. Así, por ejemplo, TEDH, "McCann and others v. United Kingdom", n° 18984/91, fallo 27/9/95, § 161 (aunque en ese caso tal investigación había, de hecho, tenido lugar). Cf. Weigend, *RW* 1, 2010, 47 s.

²⁸ Cuando se habla de violaciones graves a sus derechos humanos, en este marco, se está haciendo referencia a los derechos humanos garantizados por la CEDH. Esta aclaración resulta importante porque en principio no podría generalizarse este derecho hasta el punto de afirmar que el TEDH garantiza un derecho a la justicia ante la comisión de cualquier delito, sino que se está suponiendo la violación a uno de los derechos positivizados en la CEDH. Así Weigend, *RW* 1, 2010, 47; Jerouschek, *JZ*, 2000, 194. Equivocado en la generalización Holz, *Justizgewährspruch*, 99 ss.

tado de perseguir que reconoce el Tribunal y del correspondiente (y también limitado) derecho de las víctimas a que se lleve a cabo la persecución. En particular, ¿se garantiza de esta forma un deber de condenar a los acusados y un derecho de las víctimas a que se los condene? Y en caso de que se llegue a una condena, ¿se le garantiza a las víctimas un derecho humano a la imposición de una pena mínima al autor?

Para responder al primer interrogante, lo primero que debe decirse es que este deber de persecución no debe entenderse en forma concreta, sino abstracta²⁹. En particular, lo que se exige es que se arbitren los mecanismos necesarios para la aplicación de la ley y el acceso a la justicia penal, por lo que le corresponde al Estado una obligación de medios de perseguir y no una obligación de resultado de castigar³⁰. Se requiere, entonces, una investigación capaz de conducir a la identificación y al castigo de los responsables de la violación a los derechos humanos de las víctimas³¹, pero sin que esté asegurado el resultado de la investigación³². El corollario de esta obligación de medios para el Estado es el derecho de la víctima a que se lleven a cabo investigaciones penales aptas para dar lugar a un castigo penal, pero no un derecho a la venganza privada³³ o a que esté asegurada una condena o un castigo en concreto³⁴. Resulta claro, entonces, que el TEDH no le establece ningún derecho al castigo a la víctima, sino en todo caso a que en ciertos casos se realice una investigación penal³⁵.

Si se tiene en cuenta este panorama, un eventual derecho a una pena mínima sólo entraría en consideración si ya se logró el resultado condena (no asegurado co-

²⁹ Ambos - Böhm, *Diálogo jurisprudencial*, 1070.

³⁰ TEDH, "Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom", n° 46477/99, fallo 14/3/02, § 71; "Bazorkina v. Russia", n° 69481/01, fallo 27/7/06, § 118; "Nadrosov v. Russia", n° 9297/02, fallo 31/7/08, § 38; "Umarova and Others v. Russia", n° 25654/08, fallo 17/12/12, § 84. En detalle, con referencias adicionales, Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, 115 ss.; Tomás-Valiente Lanuza, *InDret*, 3/2016, 16.

³¹ TEDH, "Auguelova v. Bulgaria", n° 38361/97, fallo 13/6/02, § 139; "Bazorkina v. Russia", n° 69481/01, fallo 27/7/06, § 118; "Nadrosov v. Russia", n° 9297/02, fallo 31/7/08, § 38; "Umarova and Others v. Russia", n° 25654/08, fallo 17/12/12, § 84.

³² "Nadrosov v. Russia", n° 9297/02, fallo 31/7/08, § 38; "M. P. and others v. Bulgaria", n° 22457/08, fallo 15/11/11, § 111, entre otros.

³³ TEDH, "Perez v. France", n° 47287/99, fallo 12/2/04, § 70.

³⁴ TEDH, "Önerildiz v. Turkey", n° 48939/99, fallo 30/11/04, § 148.

³⁵ Coincide con esta apreciación Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, 115, con referencias adicionales. Este deber, a su vez, presenta importantes problemas en ciertos supuestos, como en el de las amnistías (en casos de core crimes o de otras violaciones graves a los derechos humanos). Esta cuestión, sin embargo, excede los límites de este trabajo. Para un panorama general de la cuestión, véase Ambos, *Treatise*, vol. I, 419 ss.; Engle, "Cornell Law Review", n° 100, 2015, 1105 ss.

mo derecho). Dentro de este marco, el TEDH ha señalado que si bien la víctima no tiene un derecho a que se le imponga una pena a su agresor, si se impusiesen sanciones indulgentes y desproporcionadamente bajas en relación con la gravedad del crimen, el Tribunal podría intervenir para revisar la pena³⁶. Esto no sería, empero, un derecho de la víctima a que se establezca un cierto mínimo de pena, sino que se vincula con la *obligación de los Estados* de asegurar que el deber de investigación no pierda sentido y que ciertos derechos de importancia fundamental no se tornen inefectivos en la práctica³⁷. En definitiva, tampoco existiría un derecho de la víctima a una pena específica, sino un deber de los Estados de asegurar que las sanciones por violaciones al derecho a la vida no sean tan indulgentes que podría ponerse en peligro la existencia misma del derecho en cuestión.

III. El derecho a la justicia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la Corte IDH ha considerado ya desde el *leading case* "Velásquez Rodríguez" de 1988, que los Estados tienen el deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a cualquiera de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁸. Los deberes de investigar y sancionar, que podrían considerarse como partes integrantes del deber general de perseguir, no se encuentran establecidos de modo expreso en la CADH³⁹, pero han sido señalados desde el principio derivado por la Corte de la obligación de garantizar establecida en el art. 1.1 del Tratado⁴⁰. Esta sanción, debe ser en principio *penal*⁴¹, sin perjuicio de que otros mecanismos, procedi-

³⁶ TEDH, "Nikolova and Velichkova v. Bulgaria", n° 7888/03, fallo 20/12/07, § 62.

³⁷ TEDH, "Nikolova and Velichkova v. Bulgaria", n° 7888/03, fallo 20/12/07, § 62. En un mismo sentido, Turković, *International*. Para un análisis de la jurisprudencia posterior del TEDH, véase Tomás-Valiente Lanuza, en "InDret": 3/2016, 23 ss.

³⁸ Corte IDH, "Velásquez Rodríguez v. Honduras", fallo 29/7/88 (fondo), § 166. Sobre la trascendencia del caso y sus repercusiones en la jurisprudencia posterior de la Corte, *Rey, Juicio y castigo*, 178 ss. Puede observarse que, en principio, la Corte IDH no realiza las mismas distinciones que el TEDH sobre el tema. De todos modos, la Corte ha señalado, en ciertos casos, que en supuestos de, por ejemplo, violaciones al derecho a la vida, los deberes estatales de persecución resultan particularmente estrictos. Véase, por ejemplo, Corte IDH, "Gutiérrez y Familia v. Argentina", fallo 25/11/13 (fondo, reparaciones y costas), § 133.

³⁹ Dondé Matute, *Duty to Prosecute*, 175; Ibañez Rivas, *Convención Americana*, 628.

⁴⁰ Corte IDH, "Velásquez Rodríguez v. Honduras", fallo 29/7/88 (fondo), § 166, entre muchos otros.

⁴¹ Si bien la terminología resulta ambigua, dado que las sanciones también pueden ser no penales, lo cierto es que al menos desde el caso "Barrios Altos v. Perú" —fallo 14/3/01 (fondo), § 41

mientos o modalidades pueden resultar útiles o eficaces como complemento para establecer la verdad, determinar los alcances y dimensiones de la responsabilidad estatal y reparar integralmente las violaciones⁴². Por su parte, el derecho de las víctimas a que tal persecución se lleve a cabo (el ya mencionado "derecho a la justicia")⁴³, tras una serie de indefiniciones iniciales⁴⁴, al menos desde el caso "Durand y Ugarte v. Perú", se entiende como una derivación del art. 25.1 de la CADH (derecho a un recurso judicial efectivo) en conjunto con el art. 8.1 (garantías judiciales)⁴⁵. Según la Corte IDH, el derecho a la justicia incluiría el suministro estatal de una investigación efectiva y un proceso judicial tendentes al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y una compensación adecuada⁴⁶. A partir de lo expuesto, no hay mayores dudas de que, según la jurisprudencia de la Corte IDH, a diferencia de lo que sucede en el TEDH, existe tanto un deber estatal de perseguir penalmente las violaciones a los derechos señalados en la CADH como un derecho de las víctimas a que se realice una investigación penal. La pregunta reside nuevamente en si ese derecho de las víctimas es de tal entidad como para que pueda afirmarse un *derecho a una condena* y/o un *derecho a la imposición de una pena específica*.

En este aspecto, la respuesta es más compleja que en el TEDH, debido a ciertos parámetros que ha establecido la Corte IDH respecto de los deberes de investigar y

yss.— ha quedado en claro que la Corte IDH se refiere a sanciones penales. Así Dondé Matute, *Duty to Prosecute*, 175.

⁴² Véase, entre muchos, Corte IDH, "Manuel Cepeda Vargas v. Colombia", fallo 26/5/10 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 130.

⁴³ Así Corte IDH, "La Cantuta v. Perú", fallo 29/12/06 (fondo, reparaciones y costas), § 149.

⁴⁴ En particular, en algunos casos posteriores a "Velásquez Rodríguez", la Corte rechazó argumentos de la Comisión Interamericana tendentes a desarrollar un deber de investigar, juzgar y sancionar con base en el art. 25 de la CADH, sobre recurso judicial efectivo, y afirmó que tal obligación estaría basada en el derecho a un juicio justo del art. 8.1 de la CADH. Así Corte IDH, "Genie Lacayo v. Nicaragua", fallo 29/1/97 (fondo, reparaciones y costas), § 89; *idem*, "Blake v. Guatemala", fallo 24/1/98 (fondo), §§ 91, 98, 104; *idem*, "Caso de la 'Panel Blanca' (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala", fallo 08/3/98 (fondo), §§ 159, 160 y 164 a 168. Sobre el tema, en detalle David, *Brit. J. Am. Legal.*, 3, 2014, 273 s.

⁴⁵ Corte IDH, "Durand y Ugarte v. Perú", fallo 19/8/00 (fondo), § 124, 130. Coinciden en esta apreciación David, *Brit. J. Am. Legal.*, 3, 2014, 274; Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, 66. Esta tendencia, de todos modos, ya podía anticiparse, aunque de un modo no tan claro, en el caso "Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala", fallo 19/11/99 (fondo), §§ 199 - 238.

⁴⁶ Véase, entre otros, Corte IDH, "Familia Barrios v. Venezuela", fallo 24/11/11 (fondo, reparaciones y costas), § 291; "Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos", fallo 23/11/09 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 180; "Chitay Nech y otros v. Guatemala", fallo 25/5/10 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 206.

sancionar. En particular, la Corte IDH ha intentado combatir la impunidad, entendida como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH"⁴⁷, mediante la imposición de un deber de perseguir robusto a los Estados. Así, esos últimos deberían remover todos los obstáculos *de facto* y *de jure*, al menos en casos de violaciones graves a los derechos humanos⁴⁸, que mantengan una situación de impunidad⁴⁹, incluyendo ciertas defensas procesales que suelen ser reconocidas a los ciudadanos en el derecho interno, tales como las amnistías de cualquier clase⁵⁰, el principio de *ne bis in idem*⁵¹ y los plazos de prescripción⁵². Esta decisión de la Corte ha generado muchísimo debate y un análisis de cada una de estas limitaciones a la utilización de defensas procesales excede sin dudas el alcance de este trabajo⁵³. Lo relevante aquí simplemente es señalar que esta remoción

⁴⁷ Corte IDH, "Caso de la 'Panel Blanca' (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala", fallo 08/3/98 (fondo), § 173. Sobre el concepto de impunidad, en detalle Ambos, *Impunidad*, 33 ss.

⁴⁸ Esta noción resulta particularmente equívoca en la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que no termina de quedar claro en qué situaciones no se podría recurrir a estas defensas procesales (¿violaciones graves a todos los derechos humanos? ¿solamente en casos de *core crimes*?). Sobre estos problemas terminológicos, véase Malarino, *Sistema interamericano*, 27, notas 9 y 38. En lo que se refiere a este tema puntual, parecería que la Corte ha desarrollado un concepto de "violaciones graves a los derechos humanos" que abarca no sólo a crímenes internacionales, sino también a violaciones a los derechos humanos que no reúnen todos los requisitos de los *core crimes*. Así Piqué, *Comentarios*, 947 - 948, con referencias adicionales. Entre las violaciones "no graves" a los derechos humanos estarían incluidas, por ejemplo, los delitos imprudentes cometidos por particulares "Caso Albán Cornejo v. Ecuador", fallo 22/11/07 (fondo, reparaciones y costas), § 111 ss.

⁴⁹ Corte IDH, "Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador", fallo 25/10/12 (fondo, reparaciones y costas), § 249; "Myrna Mack Chang v. Guatemala", fallo 25/11/03 (fondo, reparaciones y costas), § 277.

⁵⁰ Corte IDH, "Barrios Altos v. Perú", fallo 14/3/01 (fondo), § 41; "Almonacid Arellano y otros v. Chile", fallo 26/9/06 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 120; "Gelman v. Uruguay", fallo 24/02/11 (fondo y reparaciones), § 227, entre otros.

⁵¹ Corte IDH, "Almonacid Arellano y otros v. Chile", fallo 26/9/06 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 154. Más recientemente Corte IDH, "Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana", fallo 24/10/12 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 195, entre otros.

⁵² Corte IDH, "Bulacio v. Argentina", fallo 18/9/03 (fondo, reparaciones y costas), §§ 116 y 117; "Albán Cornejo y otros v. Ecuador", fallo 22/11/07 (fondo, reparaciones y costas), § 111; "Vera Vera y otra v. Ecuador", fallo 19/5/11 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), § 117; "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia", fallo 1/9/10 (fondo, reparaciones y costas), § 207, entre otros.

⁵³ Para un tratamiento general de las defensas procesales en supuestos de justicia transicional Ambos, *Peace* 54 ss.; *idem*, *Treatise*, vol. I, 396 ss. Respecto de las críticas a la jurisprudencia de

de obstáculos fácticos y jurídicos que propicia la Corte IDH podría ser entendida como una obligación de los Estados de llegar efectivamente a una condena penal contra quienes violen derechos humanos y que si las víctimas tienen derecho a que se lleve a cabo un proceso penal, deberían tener también derecho a una condena.

Sin embargo, la cuestión también aquí requiere ciertos matices. Y es que la Corte, al igual que el TEDH, ha señalado expresamente que el deber de investigación y sanción es una obligación de medios⁵⁴. En ese sentido, el Estado no está obligado a llegar a una condena y, como correlato, las víctimas tampoco tendrían un derecho a obtenerla. Esto puede observarse claramente, por ejemplo, en un párrafo del caso "Gutiérrez y Familia v. Argentina":

"el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables"⁵⁵ (énfasis agregado).

Por tanto, si según la jurisprudencia de la Corte IDH las víctimas tienen un derecho a que se haga todo lo necesario para investigar lo sucedido y a que sólo eventualmente se sancione a los infractores, la remoción de los obstáculos mencionados previamente se vincula con la necesidad de que la tarea de investigación se emprenda de un modo serio y no como una simple formalidad destinada de antemano a ser infructuosa⁵⁶. Más que un derecho a la condena, entonces, se trataría de un derecho a que se realice una investigación seria, imparcial y efectiva⁵⁷ y el deber

la Corte IDH, véase, entre otros, Pastor, "Nueva Doctrina Penal", 2005/A, 77 ss.; Malarino, *Sistema interamericano*, 45 y siguientes.

⁵⁴ Corte IDH, "Masacre de Santo Domingo v. Colombia", fallo 30/11/12 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 157; "Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador", fallo 25/10/12 (fondo, reparaciones y costas), § 248; "Masacre de Santo Domingo v. Colombia", fallo 30/11/12 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 127; "García Ibarra y otros v. Ecuador", fallo 17/11/15 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 136. Coincide con este análisis Piqué, *Comentarios*, 941 - 942.

⁵⁵ Corte IDH, "Gutiérrez y Familia v. Argentina", fallo 25/11/13 (fondo, reparaciones y costas), § 97.

⁵⁶ Esta doctrina fue expuesta ya en Corte IDH, "Velásquez Rodríguez v. Honduras", fallo 29/7/88 (fondo), § 177. Recientemente "Masacre de Santo Domingo v. Colombia", fallo 30/11/12 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 157; "Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador", fallo 25/10/12 (fondo, reparaciones y costas), § 248, entre otros.

⁵⁷ Corte IDH, "Masacre de Pueblo Bello v. Colombia", fallo 31/1/06, § 143; "Masacre de Mapiripán v. Colombia", fallo 15/9/05, § 219; "Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú", fallo 8/7/04 (fondo, reparaciones y costas), § 131, entre otros.

correlativo del Estado no se vería incumplido por el solo hecho de que no se produzca un resultado satisfactorio⁵⁸.

Respecto de un *derecho de las víctimas* a que se imponga una *pena mínima específica*, la Corte nunca llegó tan lejos como para establecer tal prerrogativa. De todos modos, también deben hacerse aquí algunas aclaraciones. Por un lado, al igual que en el TEDH, la Corte considera que debe haber una proporción entre la gravedad del hecho cometido y la pena impuesta, a los fines de que no se produzcan arbitrariedades que puedan dar lugar a una forma de impunidad *de facto*⁵⁹. Se trata, nuevamente, de verificar que la reacción penal no sea desproporcionadamente leve y para ello se requiere que la sanción esté debidamente fundada y los factores a tener en cuenta serían, entre otros, las características del delito, así como la participación y culpabilidad del acusado⁶⁰. Esto significa que si se condena al imputado, el Estado debe imponer una sanción proporcional a la ofensa, pero no implica establecer un derecho de la víctima a que se imponga una pena mínima en específico.

Por otro lado, la Corte IDH también considera que este análisis de proporcionalidad se debe realizar en la etapa de ejecución de la pena. En particular, ha considerado que si bien no puede excluirse *a priori* ninguna categoría de condenados por violaciones graves a derechos humanos al momento de conceder beneficios carcelarios, debe ponderarse su aplicación de modo tal que no se produzca un otorgamiento indebido que pueda eventualmente conducir a una forma de impunidad⁶¹. Debe quedar en claro que la Corte no está diciendo que la víctima tiene un derecho a que se le imponga una pena de prisión de cumplimiento efectivo al agresor, sino que en principio no deben hacerse distinciones arbitrarias en lo que se refiere a los beneficios carcelarios. Así, lo que estaría prohibido sería un *otorgamiento indebido* de beneficios tales como la prisión domiciliaria, pero en principio no estaría excluida esta clase de modalidad de ejecución. A modo de ejemplo, no estaría prohibido que el Estado le concediese una modalidad morigerada de encierro a quien por sufrir una enfermedad terminal no puede recibir el debido trata-

⁵⁸ Corte IDH, "Velásquez Rodríguez v. Honduras", fallo 29/7/88 (fondo), § 177; "Anzualdo Castro v. Perú", fallo 22/9/09 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), § 123; "Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos", fallo 23/11/09 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 192; "García Ibarra y otros v. Ecuador", fallo 17/11/15 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 136, entre otros.

⁵⁹ Corte IDH, "Manuel Cepeda Vargas v. Colombia", fallo 26/5/10 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 153.

⁶⁰ Corte IDH, "Masacre de Heliodoro Portugal v. Panamá", fallo 12/8/08 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 203; "Manuel Cepeda Vargas v. Colombia", fallo 26/5/10 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 150, entre otros.

⁶¹ Corte IDH, "Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú", fallo 8/7/04 (fondo, reparaciones y costas), § 145.

miento en prisión⁶², salvo que en realidad se trate de una puesta en escena para encubrir una situación de impunidad.

En síntesis, y más allá de los matices, lo cierto es que *tampoco la Corte IDH ha consagrado un derecho humano a la pena*. Si bien resulta más claro el derecho de las víctimas a la justicia (penal), no existe un deber estatal de garantizar una condena, ni la imposición de una pena mínima específica.

IV. ¿Un derecho humano a la pena?

Lo expresado hasta el momento da cuenta del panorama en dos importantes tribunales regionales de derechos humanos y puede servir para ilustrar el estado actual de la discusión. Sin embargo, queda latente la pregunta relativa a si los jueces del TEDH y la Corte IDH, o de cualquier otro tribunal, *deberían* reconocer un derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos a la pena. Para ofrecer un punto de vista respecto de la cuestión, debe hacerse la distinción entre un eventual derecho a una condena y un derecho a que se imponga una pena mínima específica.

Quien considere que existe un derecho a una condena o, mejor dicho, a que el Estado le garantice una condena a la víctima de violaciones a derechos humanos, debería resolver un problema que aparece como evidente. Más allá de la cuestión contingente relativa a que no siempre va a ser posible siquiera identificar al autor del delito, lo cierto es que incluso en casos en los cuales se encuentra identificado el presunto autor, establecer una obligación de resultado por parte del Estado daría lugar a que deba obtenerse una condena a *toda costa*. Esta afirmación de inmediato trae consigo la consecuencia no deseada de que deberían ser dejadas de lado las garantías procesales de todo acusado, que existen con independencia de la gravedad del hecho cometido, que también están reconocidas como derechos humanos de modo explícito y que funcionan como límites a la voluntad de persecución

⁶² Esto resulta particularmente relevante en la medida de que la Corte IDH ha derivado del art. 5° de la CADH, estándares fuertes en lo que se refiere al deber de los Estados de garantizar ciertas condiciones mínimas en los establecimientos penitenciarios. A modo de ejemplo, la Corte ha señalado que "el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal". Cf. Corte IDH, "Tibi v. Ecuador", fallo 7/9/04 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 156; "Penal Miguel Castro Castro v. Perú", fallo 25/11/06 (fondo, reparaciones y costas), § 301, con cita al Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su Res. 43/173, del 9/12/88. En detalle sobre los estándares que deben cumplir los Estados para garantizar la integridad personal de las personas privadas de su libertad, véase Nash, *Convención Americana*, 151 y ss.

penal⁶³. Resulta así extraño que de un deber de proteger y hacer efectivos los derechos humanos establecidos en un instrumento internacional se pretenda extraer como consecuencia la obligación no sólo ya de persecución activa, sino además de lograr una condena sin tener en cuenta los derechos de quien está sometido a proceso, que dichos instrumentos también pretenden proteger⁶⁴.

Para ilustrar este punto piénsese en un caso en el que la única forma posible de obtener una condena es mediante la utilización de una prueba sobre la que rige una prohibición probatoria, ya sea de producción o de utilización⁶⁵. Esta clase de prohibiciones se fundan tanto en la garantía de tales derechos ante el poder estatal (fundamento individual) como en la integridad constitucional, por medio de la realización de un juicio justo (fundamento colectivo)⁶⁶, y hoy en día sería prácticamente imposible legitimar una condena recurriendo a prueba obtenida mediante violaciones graves a derechos humanos⁶⁷. Pero si se considerase que el Estado debe cumplir con la obligación de garantizarle un derecho a la víctima de que se condene al autor, cualquier impedimento debería ser removido, incluso las prohibiciones probatorias⁶⁸. Esta misma argumentación podría aplicarse respecto de todas las derivaciones del derecho general al debido proceso o a un juicio justo, lo que daría lugar, consecuentemente, a una puesta en peligro de las salvaguardas para evitar

⁶³ Cf. Damaška, *JICJ* 10, 2012, 614 ss.

⁶⁴ En detalle Ambos, *Treatise* vol. I, 394, con referencias adicionales. Le asiste razón en ese aspecto a Pastor, quien considera que el problema de esta clase de argumentos es que desconocen que toda persona acusada de un crimen tiene derechos y garantías inherentes a su dignidad, que deben ser respetados como único modo de llegar a una sentencia condenatoria legítima. Cf. Pastor, *Tendencias*, 20.

⁶⁵ En general sobre prohibiciones probatorias Ambos, *Beweisverwertungsverbote*; Beling - Ambos - Guerrero, *Las prohibiciones probatorias*. A los fines de este artículo, la distinción entre reglas de exclusión —que prohíben la introducción al proceso de la prueba viciada, características de los sistemas acusatorios— y prohibiciones probatorias —que prohíben solamente el uso de la prueba viciada, características de los sistemas inquisitivos— no resulta relevante. Sobre esta distinción, véase Ambos, *Treatise*, vol. III, 514, con referencias adicionales. Para un desarrollo reciente de la llamada regla de exclusión de la prueba ilícita como símbolo del Estado de derecho Turner, "SMU Law Review", 67, 2014, 831 ss.

⁶⁶ Sobre esta distinción Ambos, *RDPP*, 76 ss. Para un desarrollo de la cuestión en el derecho penal internacional Guariglia, *Concepto*, 211 ss.

⁶⁷ En este contexto puntual, con violaciones "graves" a derechos humanos se quiere hacer referencia aquí en el sentido de que la evidencia ha sido obtenida por medio de una violación a derechos humanos tan grave que resulta imposible cualquier clase de ponderación con los intereses en la realización del *ius puniendi*. Sobre el tema, en detalle Ambos, *Treatise*, vol. III, 517.

⁶⁸ Una argumentación de esta clase puede encontrarse en Pastor, "Nueva Doctrina Penal", 2005/A.

condenas de inocentes—tales como el principio de inocencia⁶⁹, en base a las cuales está organizado el derecho procesal penal moderno⁷⁰. Probablemente por esto tanto el TEDH como la Corte IDH han establecido explícitamente que el deber de perseguir penalmente a quienes cometan violaciones a los derechos humanos es una obligación de medios y no de resultados. La única forma entonces de compatibilizar un deber de perseguir penalmente violaciones graves a los derechos humanos con los derechos fundamentales del imputado, basados en la idea del *fair trial*, es negando un derecho a una condena a toda costa⁷¹.

Más difícil de justificar aun sería, *a fortiori*, un derecho humano a la imposición de una pena mínima específica. Lo más paradójico de este supuesto derecho es que su estructura sería distinta a la del resto de los derechos humanos. Ya no se trataría de una prerrogativa de los individuos que *limita* el ejercicio del poder estatal, sino de una facultad del individuo para que el Estado *amplíe* el alcance de su poder en contra de otro individuo del modo más drástico, es decir, a partir de la irrogación intencional de un daño⁷². A su vez, parece contra-intuitivo que las víctimas tengan el derecho a obtener una pena además del reconocimiento de la culpabilidad del imputado, en especial en los casos en los que sus derechos pueden ser asegurados por otros mecanismos⁷³. En ese sentido, no resulta sencillo sostener una pretensión legítima de castigo efectivo cuando se ha producido una declaración de culpabilidad del autor que ya ha reestablecido la dignidad de la víctima, que no esté

⁶⁹ Similar Pastor, quien señala los riesgos de la creación de un "*in dubio pro víctima*". Cf. Pastor, *Tendencias*, 20. Sobre la presunción de inocencia como principio generalmente aceptado y constitucionalmente garantizado, por todos, Ambos, *Treatise*, vol. III, 69 ss.

⁷⁰ Así Zappalà, *JICJ* 8, 2010, 140, citando a la clásica máxima de Blackstone de que es preferible liberar a diez culpables antes que condenar a un inocente. Sobre los problemas de esa máxima, desde una perspectiva epistemológica, véase Laudan, *Episteme* 5, 2008, 282; *idem*, *Estándar de prueba*, 241 ss. También De Smet, *Law and Practice*, 883.

⁷¹ Es decir, negando lo que Pastor ha denominado "poder punitivo absoluto", esto es, un poder punitivo que considere que siempre deben reprimirse penalmente las graves violaciones a los derechos humanos, con relajamiento de las garantías de los acusados y sin alternativas. Cf. Pastor, *Tendencias*, 35.

⁷² Señala esta paradoja, aunque extendiéndola a la tendencia general de la Corte IDH de reconocerles derechos a las víctimas, Pastor, *Tendencias*, 38 ss. Véase también Silva Sánchez, *En busca del derecho penal*, 110, quien realiza un análisis detallado de las argumentaciones basadas en el carácter expresivo de la pena y en la teoría de la prevención general positiva. Para un análisis de la irrogación de un mal como parte integral de la pena y la vinculación con las teorías expresivas, véase recientemente Pérez Barberá, *Pena*, en "InDret", 4/2014.

⁷³ Ambos, *Peace*, 29 ss.; *idem*, *Treatise*, vol. I, 394. En profundidad sobre el argumento de que el recurso que se le tiene que garantizar a la víctima no necesariamente debe ser una pena, Sch-lunck, *Amnesty* 44 s.; Gavron, *ICLQ* 51, 282 y s.

basada en la necesidad de racionalizar deseos de venganza⁷⁴. Si esto último resulta moral y jurídicamente admisible, excede los límites de este trabajo, pero al menos debe señalarse que considerar que la única alternativa tras la acreditación de la responsabilidad del infractor es la imposición de la pena da lugar a un punto de vista reduccionista⁷⁵, que no tiene en cuenta que la pena implica una fuerte restricción a los derechos humanos del condenado. Por este último motivo, los individuos tendrían más bien un *derecho a no ser punidos*⁷⁶, que sólo puede ceder a partir de una fundamentación robusta, y que entra en contradicción con un supuesto derecho a la víctima a que se imponga la pena en todos los casos.

Por otro lado, si se estableciera un derecho a la pena en todos los casos, se desconocería que en muchas oportunidades la pena privativa de la libertad puede convertirse en un trato inhumano o degradante, es decir, en un tipo de tratamiento que el derecho internacional de los derechos humanos necesariamente debe evitar⁷⁷. Pueden imaginarse casos en los cuales la imposición de una pena mínima ya luce *ab initio* como un trato inhumano, por ejemplo, por las condiciones físicas de quien debe soportar sus consecuencias y esas violaciones a los derechos humanos del condenado no deberían ser toleradas. Por tanto, si se afirma la existencia de un deber de perseguir y de un derecho de las víctimas a la justicia, la persecución penal no debe ser interpretada como un derecho a una condena a toda costa, ni a la imposición de una pena específica, y se debe ser consciente de que no toda investigación dará lugar a un resultado coincidente con la versión de los hechos de las víctimas⁷⁸. Ir más allá genera una serie de problemas que difícilmente puedan ser resueltos en un sistema internacional en el que ciertos principios esenciales, como los derechos de los acusados o la necesidad de que las penas sólo puedan imponerse si se cumplen ciertos requisitos, deben ser respetados⁷⁹.

V. Conclusiones

De lo expuesto pueden derivarse las siguientes conclusiones sobre el supuesto derecho humano a una pena de las víctimas:

⁷⁴ Silva Sánchez, *En busca del derecho penal*, 104.

⁷⁵ Críticos también, en el marco de la llamada "lucha contra la impunidad", Silva Sánchez, *En busca del derecho penal*, 105; Pastor, *El poder penal*, 75 ss.

⁷⁶ En un sentido similar, Husak, *CL&P2*, 105-106. Véase también Du Bois-Pedain, *Liberal Criminal Theory*, 314 ss.

⁷⁷ Para un análisis de la cuestión Grabenwarter, *European Convention on Human Rights*, 36 ss.

⁷⁸ Spiga, *JICJ* 10, 2012, 1383.

⁷⁹ Cf. Ambos, *Treatise* vol. I, 88.

I. Según el TEDH, la *CEDH no garantiza*, de modo general, un *derecho a la justicia*, por lo que las víctimas, en principio, no tendrían derecho a que los infractores sean perseguidos penalmente. Sin embargo, en ciertos casos los Estados están obligados a emprender procesos penales contra quienes violan ciertos derechos humanos de gran importancia, particularmente el derecho a la vida o la integridad física a través de la tortura, y las víctimas tendrían derecho a que se lleve a cabo tal proceso en estos supuestos. De todos modos, este deber del Estado de sancionar penalmente a los responsables de violaciones a derechos humanos es una obligación de medios y no una de resultados, por lo que no se encuentra garantizada una condena. Las víctimas de un delito, por tanto, no tienen derecho a que se condene a su agresor ni tampoco a que se le imponga una pena mínima específica. En todo caso, la jurisdicción del TEDH queda habilitada para revisar aquellos casos en los cuales la sanción impuesta resulta manifiestamente indulgente en relación con el hecho cometido.

II. *Tampoco la Corte IDH reconoce un derecho humano a la pena*. Si bien resulta más claro que según su jurisprudencia los Estados parte de la CADH tienen un deber de perseguir penalmente a quienes cometieron violaciones graves a los derechos humanos, también aquí se está en presencia de una obligación de medios y no de resultados. Por ende, si bien las víctimas de violaciones a los derechos humanos tendrían en principio el derecho a que se investigue penalmente dicha violación, no tendrían garantizada una condena. Tampoco existiría un derecho a que se imponga una pena mínima específica, pero los Estados, de todos modos, no podrían sustraerse a su deber de investigar y, eventualmente, sancionar, por medio de la imposición de penas desproporcionadamente leves o a través de abusos en la aplicación de modalidades morigeradas de ejecución de la pena.

III. Con independencia de la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH, hay *fuertes argumentos que hablan en contra de un derecho humano a la pena*. Por un lado, afirmar que existe un derecho a que se condene a quien realizó una violación a un derecho humano, con la contrapartida de una obligación estatal de resultados, daría lugar a que puedan lograrse condenas a toda costa. Esto necesariamente va en contra de un derecho internacional de los derechos humanos que reconoce que los imputados y acusados de delitos, por más graves que sean, tienen ciertos derechos que deben respetarse en todas las ocasiones. Por otro lado, un derecho humano a una pena específica se opone a la estructura de todo derecho humano, al concederle una mayor amplitud al poder estatal, en vez de limitarlo. Además, desconoce que existen otras alternativas a la pena y que esta última medida implica una grave restricción a los derechos humanos del condenado, que sólo puede imponerse en determinadas situaciones (por eso, el ciudadano, siendo acusado en un determinado momento, tendría más bien el derecho a no ser condenado). Final-

mente, un derecho a la imposición sin más de una pena, incluso en casos en los cuales puede convertirse en un trato cruel e inhumano, entraría en contradicción directa con la finalidad de todo sistema de protección de los derechos humanos.

■ Bibliografía consultada

- Ambos, Kai, *Beweisverwertungsverbote. Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge - ausgewählte Probleme*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.
- Comentario sentencia TEDH, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 3, 2013.
- Derechos humanos y pena, en "El Espectador", www.elespectador.com/opinion/derechos-humanos-y-pena (5/5/16).
- Impunidad y derecho penal internacional, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización, en "Revista de Derecho Procesal Penal", nº 2009-1.
- "The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC", en Ambos, Kai - Large, Judith - Wierda, Marieke, *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer, Berlin, 2008.
- *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, "Foundations and General Part", Oxford University Press, Oxford, 2013.
- *Treatise on International Criminal Law*, vol. III, "International Criminal Procedure", Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Ambos, Kai - Böhm, María Laura, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. tribunal audaz?", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo - Herrera García, Eduardo, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013.
- Beling, Ernst - Ambos, Kai - Guerrero, Óscar, *Las prohibiciones probatorias*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2011.
- Benavides Casals, María Angélica, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- Benzing, Markus, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, en "Max Planck Yearbook of United Nations Law", nº 7, 2003.
- Damaška, Mirjan, *Reflections on Fairness in International Criminal Justice*, en "Journal of International Criminal Justice", nº 10, 2012.
- David, Valeska, *The Expanding Right to an Effective Remedy: Common Developments at the Human Rights Committee and the Inter-American Court*, en "British Journal of American Legal Studies", nº 3, 2014.
- De Smet, Simon, "The International Criminal Standard of Proof at the ICC - Beyond Reasonable Doubt or Beyond Reason?", en *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Carsten Stahn (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2015.

- Dondé Matute, Javier, *The Duty to Prosecute Human Rights Violations Before the Supreme Court of Mexico*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", nº 124, 2009.
- Dröge, Cordula, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Springer, Berlin et al., 2003.
- Du Bois-Pedain, Antje, "The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State", en *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, A. P. Simester - Antje Du Bois-Pedain - Ulfrid Neumann (eds.), Hart Publishing, Oxford - Portland, 2014.
- Engle, Karen, *Anti-impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights*, en "Cornell Law Review", nº 100, 2015.
- Gavron, Jessica, *Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court*, en "International and Comparative Law Quarterly", vol. 51, 2002.
- Grabenwarter, Christoph, *European Convention on Human Rights. Commentary*, C.H. Beck - Hart - Nomos - Helbing Lichtenhahn, Munich, 2014.
- Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Holz, Wilfried, *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.
- Husak, Douglas, *Why Criminal Law: A Question of Content?*, en "Criminal Law & Philosophy", vol. 2, 2008.
- Ibañez Rivas, Juana M., "Artículo 25. Protección judicial", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner - Patricia Uribe (eds.), Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Berlín - Santa Fe de Bogotá, 2014.
- Jerouschek, Günter, *Straftat und Traumatisierung*, en "Juristen-Zeitung", 2000-185.
- Kuhn, Sascha, *Opferrechte und Europäisierung des Strafprozessrechts*, en "Zeitschrift für Rechtspolitik", nº 4, 2005.
- Laudan, Larry, "El contrato social y las reglas de juicio: un replanteo de las reglas procesales", en *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- *The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice*, en "Episteme", vol. 5, 2008.
- Malarino, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Kai Ambos - Ezequiel Malarino - Gisela Elsner (coords.), Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Montevideo, 2010.
- Mowbray, Alistair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

- Nash, Claudio, "Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner - Patricia Uribe (eds.), Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Berlin - Santa Fe de Bogotá, 2014.
- Orentlicher, Diane, *Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, en "Yale Law Journal", n° 100, 1991.
- Pastor, Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006.
- *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, en "Nueva Doctrina Penal", n° 2005/A.
- "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.
- Pérez Barberá, Gabriel, *Pena, delito y sistema del delito en transformación. Una justificación deontológica de la pena como institución*, en "InDret: Derecho Penal", 4/2014; www.indret.com/pdf/1081.pdf (27/9/16).
- Piqué, María Luisa, "Los derechos de las víctimas de delitos en nuestra Constitución", en *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Roberto Gargarella - Sebastián Guidi (coords.), La Ley, Buenos Aires, 2016.
- Rey, Sebastián, *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
- Robinson, Darryl, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, en "European Journal of International Law", n° 14, 2003.
- Schlunck, Angelika, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlin Verlag Arno Spitz GmbH, Berlin, 2000.
- Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Silva Sánchez, Jesús M., *En busca del derecho penal*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2015.
- Spiga, Valentina, *No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law*, en "Journal of International Criminal Justice", n° 10, 2012.
- Szczekalla, Peter, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.
- Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, *Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH*, en "InDret: Derecho Penal", 3/2016; www.indret.com/pdf/1237.pdf (27/9/16).
- Turković, Ksenija, "International and national courts confronting large-scale violations of human rights", en *European Court of Human Rights. Opening of the Judicial Year - Seminar - 28 January 2016*, disponible en www.echr.coe.int/Documents/Speech_20160129_Turkovic_JY_ENG.pdf (27/9/16).

- Turner, Jena, *The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law*, en "SMU Law Review", vol. 67, 2014.
- Weigend, Thomas, "Die Strafe für das Opfer"? - Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, en "Rechtswissenschaft", n° 1, 2010.
- Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, Londres - New York, 2012.
- Zappalà, Salvatore, *The Rights of Victims v. the Rights of the Accused*, en "Journal of International Criminal Justice", n° 8, 2010.