

CONCURSO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 2015

Caso Bolt y otros contra la República Cardenal

Memorando de Ley

CONFIDENCIAL

Preparado por:

Rodrigo Uprimny Yepes

Nelson Camilo Sánchez

Con la asistencia de investigación de

Daniel Marín López

Washington College of Law

American University

Washington, 2015

Tabla de contenido

| | |
|--|----|
| Introducción | 3 |
| I. Cuestiones de admisibilidad y competencia..... | 4 |
| 1. Cuestión de competencia: El sometimiento del caso por parte del Estado..... | 4 |
| 2. Sobre el agotamiento de recursos internos..... | 5 |
| II. Cuestiones de fondo..... | 8 |
| 1. Complementariedad, medidas de justicia transicional y violación de derechos sustantivos de la CADH | 8 |
| 2. Garantías judiciales y protección judicial, en relación con el deber de investigar, juzgar y sancionar (Artículos 8 y 25, en relación con la obligación de garantía de los derechos contemplada en el Artículo 1,1 y 2 de la CADH)..... | 9 |
| a. Estándares aplicables | 9 |
| b. Alegatos de los representantes de las víctimas..... | 23 |
| c. Alegatos del Estado | 24 |
| 3. Reparaciones | 26 |
| a. Estándares aplicables | 26 |
| b. Reparaciones judiciales y programas administrativos | 28 |
| c. Alegatos de las partes..... | 29 |
| Bibliografía..... | 31 |

Introducción

El presente caso fue redactado con el objetivo de propiciar una discusión sobre la relación entre estándares interamericanos de protección de derechos y contextos de violencia masiva en donde se intentan implementar políticas dentro del paradigma de la justicia transicional. Si bien la región de las Américas tiene una experiencia larga en materia de cómo diseñar políticas para enfrentar la atrocidad masiva, hoy todavía existen muchas dudas acerca de los desafíos institucionales y jurídicos que tal tarea confronta. De la misma manera, aun cuando la jurisprudencia de la Corte se ha señalado como una de las que más ha contribuido a desarrollar los estándares normativos de la justicia transicional, la Corte IDH se ha referido muy poco a dicho concepto.

Existen múltiples desafíos y dudas sobre qué está permitido y cuáles deberían ser el contenido y alcance de las medidas que se adopten en materia de justicia transicional. Este caso está escrito partiendo del supuesto de un esfuerzo honesto de justicia transicional de un Estado que está saliendo de un conflicto armado por vía de paz negociada. Ante esta realidad y sus limitaciones propias se realiza un acuerdo general con un arreglo holístico de justicia que busca tener en cuenta los derechos de las víctimas, pero que por la naturaleza de las circunstancias no satisface los estándares de lo que sería considerado como esclarecimiento y reconocimiento integral de verdad, justicia exhaustiva y drástica y reparaciones integrales maximalistas. La cuestión a que invita el caso es entonces a debatir, frente a las circunstancias concretas, cuáles son las opciones que deja el marco jurídico interamericano y cómo interpretar dichos estándares normativos frente a las limitaciones fácticas que una situación de este tipo genera. ¿Existen mínimos de contenido de derechos? ¿Cuáles son, cuáles deberían ser, o cómo deberían estos ser fijados? Otras preguntas generales que esperamos que se susciten en la discusión están encaminadas a determinar cómo entender el contenido y alcance de la obligación de investigar, juzgar y sancionar en contextos de violencia masiva, así como aquella de cómo entender el concepto de reparación integral, justa y proporcionada en dicho contexto.

El caso lo preparamos teniendo más certeza en las preguntas que deben ser formuladas, que en las respuestas que creemos son correctas. Esperamos que la discusión con un grupo vibrante, juicioso y comprometido con los derechos, como el que suele albergar este concurso, sea positiva para dilucidar estos difíciles interrogantes.

I. Cuestiones de admisibilidad y competencia

El caso está diseñado para que se privilegien discusiones en cuanto al fondo del asunto, por lo cual se sugiere a las juezas y jueces que eviten ahondar demasiado en preguntas sobre las cuestiones de competencia y admisibilidad. No obstante, los equipos están preparados para debatir este tema y, por tanto, algunas consideraciones básicas son importantes en esta sección.

1. Cuestión de competencia: El sometimiento del caso por parte del Estado

La primera cuestión relevante será la introducción del caso al conocimiento de la Corte. En los hechos del caso se señala que el caso fue sometido por el Estado. Esto marca un punto de diferencia fundamental con la experiencia de todos los concursos pasados y de la propia experiencia de la CIDH y la Corte, en la medida en que todos los casos han sido sometidos a conocimiento de la Corte por parte de la CIDH.

Una primera cuestión de debate estará entonces en el conocimiento de las disposiciones de la CADH y del Reglamento de la Corte que admite dicha posibilidad. El artículo 36 del Reglamento es la norma que regula el artículo 61 convencional que admite el sometimiento de un caso por parte de un Estado. Allí se señalan sumariamente los requisitos formales que deberá contener el “escrito motivado”.

Una segunda cuestión a dilucidar será si existe jurisprudencia relevante para orientar el procedimiento a seguir. El único caso contencioso en donde se ha presentado una situación cercana fue el caso de *Lori Berenson contra Perú*. No obstante, en ese caso la Corte recibió, casi simultáneamente los escritos del Estado y de la CIDH. La Corte entendió que dado que el escrito de la CIDH había sido radicado primero, el caso era sometido por la CIDH y tramitó la comunicación del Estado dentro de este marco.

La tercera cuestión es cuál sería el procedimiento que se seguiría y cuál sería el rol que se daría en el trámite a la CIDH, de acuerdo con las reglas del actual Reglamento de la Corte. En cuanto a lo primero, el Reglamento menciona en dos artículos separados los requisitos de sometimiento (35 – CIDH, y 36 - Estado) pero luego parece establecer una ruta común independientemente de quien lo haya presentado; en el artículo 38 se dispone sobre el análisis preliminar de la presidencia; y en el 39 sobre la notificación. Acto seguido se dispone que se presentará el Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y con posterioridad la contestación del Estado. Esto sugiere que el orden de litigio no se modifica. No obstante, los equipos podrían hacer la moción que, en tanto el Estado es el que somete el caso a conocimiento de la Corte, éste debería ser el que presente primero sus argumentos de litigio. En todo caso, una pregunta deberían confrontar los estudiantes: ¿debe entenderse que, al someter el caso ante la Corte, el Estado renunció a sus eventuales argumentaciones sobre competencia y admisibilidad del caso?

Mientras que quienes defiendan la posición de los representantes de las víctimas estarán orientados a defender la renuncia a ambas cuestiones, los Estados, si bien difícilmente podrán argumentar que pueden discutir la competencia del tribunal, pueden defender que sobre cuestiones de admisibilidad

erróneamente decididas por la CIDH, el tribunal debería pronunciarse de manera previa antes del fondo para corregir la aplicación viciada de los principios convencionales.

En cuanto al segundo aspecto, el artículo 36 dispone que incluso cuando el caso se presenta por el Estado, se deberá aplicar lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 35 que refiere que la CIDH deberá indicar cuáles de los hechos contenidos en el informe de artículo 50 del caso que se somete a la Corte. Esto resulta contradictorio pues si el Estado somete el caso, ¿No debería decidir sobre cuál es el motivo para su sometimiento? Pero esto podría alentar una práctica de presentación de casos por parte de los Estados para limitar la presentación de un caso comprensivo ante la jurisdicción de la Corte. Allí puede estar una interesante línea de debate entre los equipos.

Por otro lado, bajo el Reglamento vigente desde 2009, el rol más importante que cumple la CIDH ante la Corte es el sometimiento del caso y su presentación en audiencia ante la Corte. ¿Debería darse lugar a este escenario en casos sometidos por los Estados? ¿Debería ser el rol de la CIDH simplemente de comparecer al procedimiento y solicitar intervención en el caso si bajo su rol de garante del interés público interamericano es necesario? ¿Existiría en un caso de este tipo la posibilidad de aceptar escritos de justificación de su informe por parte de la CIDH? ¿Sería admisible que la CIDH propusiera pruebas o peritos para el caso y, en caso tal, en qué momento procesal debería ser atendida dicha solicitud?

2. Sobre el agotamiento de recursos internos

Uno de los temas que más suelen preparar los participantes del concurso es el debate sobre el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna. Si bien se alienta a las juezas y jueces a que no ahonden en este punto para que el debate de fondo sea exhaustivamente explorado, habrá discusiones que ineludiblemente propondrán los equipos, basados en las reglas básicas y conocidas sobre el agotamiento establecidas por la Corte. La cuestión más relevante para la relación justicia transicional y responsabilidad internacional será la asociada a la naturaleza del recurso interno para litigar la renuncia a la acción penal y si quienes están en desacuerdo con la naturaleza o monto de las reparaciones del programa administrativo deberían o no estar obligados a agotar un recurso interno que demuestre dicha inconformidad.

En cuanto a lo primero, dados los hechos del caso la acción penal ordinaria sería la acción judicial encaminada a cumplir los requisitos que ha establecido el sistema. Ahora bien, en la medida en que el proceso de transición establece un marco especial que admite la renuncia a tal acción podría discutirse la naturaleza de este mecanismo (que para efectos de los hechos se ha dicho que cumple a grandes rasgos con los requisitos del artículo 25 de la CADH).

Por otro lado, las víctimas del caso (que eventualmente en una situación ordinaria deberían recibir reparaciones por la vía judicial penal o civil ordinaria) son incluidas en un programa administrativo de reparaciones. Pero manifiestan su desacuerdo total o parcial con dicho arreglo. ¿Están las víctimas obligadas a litigar dicho desacuerdo a través de una vía judicial adicional? ¿Y si lo hacen cuál recurso debería ser? Quienes representen al Estado alegarán que al haberse creado un canal especial y nuevo, las inconformidades deberán ser judicializadas por vía interna. Por el contrario, quienes representen a las presuntas víctimas podrán alegar que el recurso judicial fue ineficaz y no están obligadas a agotar uno adicional, menos uno ordinario para enfrentar un programa excepcional como el mencionado.

Para efectos de facilidad a la hora de seguir los argumentos sobre admisibilidad que presenten los equipos, con respecto a cada una de las víctimas, el siguiente cuadro resume la situación de víctimas, violaciones y agotamiento.

| Víctimas: Lucrecia Rossi (párr. 37), Maximiliano Rossi (Padre) Emily Rossi (Hermana) | |
|--|--|
| Violación | Recurso Judicial iniciado |
| <p>Homicidio, Violencia Sexual y Tortura</p> <p>2000- En junio, el cuerpo de la estudiante de la universidad pública de la capital y presunta guerrillera del MRLB, Lucrecia Rossi, aparece desmembrado con signos de tortura y violencia sexual en una plaza pública de la ciudad.</p> | <p>2009- En junio, padre e hija presentan denuncia ante la CIDH contra el Estado Cardenal por la muerte de Lucrecia Rossi y la falta de investigación, juzgamiento y sanción en el caso.</p> |
| Víctimas: Ricardo Bolt (párrs. 37 y 42) Annika Bolt (Esposa) | |
| Violación | Recurso Judicial iniciado |
| <p>Tortura y Desaparición Forzada</p> <ul style="list-style-type: none"> - 2002- En abril, Paulo Mukundi, militante del MRLB, dijo haber compartido cautiverio ilegal con Bolt. - 2008- La Comisión de la Verdad determinó que Mukundi y Bolt habían sido detenidos, llevados a un lugar clandestino de detención y allí habían sido objeto de torturas. Además, señaló que posiblemente Bolt había fallecido durante las torturas y su cuerpo fue desaparecido, como era la práctica de algunas unidades militares durante el conflicto armado. | <ul style="list-style-type: none"> - 2002- Después de Abril, interpuso denuncia ante la fiscalía por presunta desaparición forzada (párr 40). Esta denuncia fue desestimada por el Ministerio Público. - 2002- En diciembre, presentó denuncia ante la CIDH alegando responsabilidad del Estado por la desaparición de su esposo y los ataques a la comunidad boneca. - 2004- Presentó demandas contencioso administrativo contra el Estado por los hechos (párr.51). En 2007, El Consejo de Estado falló en contra de las pretensiones por falta de elementos probatorios. Sin embargo, en 2010, tras el informe de la Comisión de la Verdad, recibe una indemnización complementaria. - 2008- Presentó recurso de revisión de la Sentencia del contencioso con base en la información del Informe de la Comisión de la Verdad. - 2009- Presenta recurso de revisión de la renuncia de la acción penal de Ferreira y militares mencionados por Pires como determinadores de los hechos ante la Comisión de la Verdad (párr. 47). El 20 de febrero, el Tribunal Transicional no accede a su solicitud. |
| Víctimas: Aníbal López (párr. 30, 33 y 34) Lupita López (Madre) | |
| Violación | Recurso Judicial iniciado |
| <p>Secuestro y Homicidio</p> <ul style="list-style-type: none"> - 2000- Una columna urbana del MRLB | <ul style="list-style-type: none"> - 2009- Presenta denuncia ante la CIDH por la impunidad de la muerte de su hijo Aníbal López, niño del colegio ángeles del saber. |

| | |
|---|--|
| <p>secuestró un microbús escolar en el que se transportaban 23 niñas y niños del Colegio Ángeles del Saber, uno de los colegios privados más costosos de la capital de la república. El cautiverio se prolongó por más de 90 días.</p> <p>- 2000- El 28 de marzo, un comando antisequestro conjunto de policía y ejército realizó un operativo en un barrio irregular de la ciudad capital donde posiblemente se encontraban retenidos los niños secuestrados. El comando antisequestro pidió a los captores que liberaran a los menores, se entregaran pacíficamente y a cambio sus vidas serían respetada, situación que inició la confrontación con los captores. El reporte oficial de policía estableció que un sonido fuerte (como el de una granada) se escuchó al interior de la casa. El comando conjunto, por orden directa del Presidente Ferreira, inició fuego con armas de largo alcance y granadas para penetrar la edificación. Tras un momentáneo enfrentamiento, los miembros de la fuerza pública lograron entrar a la casa. De las siete personas que se presumía que eran las captoras se encontraron dos cuerpos luego identificados como de milicianos del MRLB, ninguno de ellos boneca.</p> | |
|---|--|

II. Cuestiones de fondo

1. Complementariedad, medidas de justicia transicional y violación de derechos sustantivos de la CADH

Uno de los puntos centrales del caso es establecer, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y complementariedad que gobiernan el sistema, si existe o no responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, la doctrina internacionalista vigente expresa que, para que exista un incumplimiento internacional, debe existir una conducta que sea atribuible al Estado y que constituya una violación de una obligación internacional¹. Así, para que se predique la responsabilidad del Estado no solo es necesario demostrar que la violación se produjo, sino que ésta es imputable internacionalmente al Estado. En materia de derecho internacional de los derechos humanos, para establecer este enlace de imputación es necesario considerar que los mecanismos internacionales son complementarios de los sistemas internos, y en esta medida obran con criterio de subsidiariedad. Los órganos internacionales sólo actúan ante la ineficacia de los sistemas nacionales de justicia. Se da primero la oportunidad al Estado de hacer justicia y sólo se puede acudir a las instancias internacionales si se demuestra que el proceso interno no fue instruido de manera independiente e imparcial de conformidad con las garantías del derecho internacional.

La pregunta entonces surge sobre cómo evaluar si la respuesta interna fue o no adecuada para determinar si puede o no ser imputada la responsabilidad internacional. En la actualidad, la evaluación de la actividad estatal es más compleja en el sistema interamericano. Hace décadas los Estados o no hacían nada para enfrentar las violaciones, o simplemente no litigaban en esta línea ante el sistema. Hoy, por el contrario, en la medida en que los sistemas nacionales se han complejizado y existe una mayor atención, es fundamental establecer parámetros para evaluar qué es razonable y adecuado como una respuesta estatal. El caso busca incentivar discusiones sobre esta materia.

Aún más dilemático se convierte el hecho de cómo evaluar la oportunidad, pertinencia y suficiencia de las medidas estatales para enfrentar las violaciones cuando éstas se han producido a larga escala. ¿En materia de violaciones masivas y con las limitaciones que enfrentan las sociedades en momentos de transición el estándar de respuesta debería ser el mismo? ¿Es razonable esperar una respuesta del Estado frente a violación masiva, por ejemplo, en un caso de reparaciones, que sea la misma en circunstancias de transición que en circunstancias ordinarias? ¿Para contextos de violación masiva son las medidas de justicia transicional adecuadas para cumplir razonablemente con las obligaciones internacionales?

La visión tradicional de la Corte, y que seguramente será argumentada por los representantes de las víctimas, encuentra sustento en la idea de que una vez se comete la violación, el Estado debe responder por ésta. Así lo determinó la Corte Interamericana en el caso de *los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, hace más de una década. En dicho caso la Corte encontró que “cuando el sistema interamericano conoció el caso, los hechos generadores de las violaciones alegadas ya se

¹ Artículo 2. Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Asamblea General de las Naciones Unidas Res. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002.

habían cometido” y, recordó que “la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional a él atribuido, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios. Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno, no inhibe a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso que ya se ha iniciado bajo la Convención Americana”. Bajo dicha línea de argumentación, para la Corte, “la posición del Estado de haber investigado debidamente no puede ser aceptada para declarar que el Estado no ha violado la Convención”². Por tanto, la Corte desechó la excepción preliminar a su competencia en el caso.

En contraposición, quienes defiendan los intereses del Estado encontrarán muy útil la reciente decisión en el caso *Tarazona Arrieta y otros contra Perú*. En dicho caso, la Corte recordó que “la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de establecer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios”. La Corte señaló que esta regla se desprende del “principio de complementariedad (o subsidiariedad), que informa transversalmente el SIDH”, el cual es “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. En su decisión la Corte manifestó que el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”³. Por tanto, la Corte encontró que en el caso concreto, en la medida en que el Estado había ya investigado y sancionado penalmente las violaciones, no le era imputable una violación sustantiva de la CADH al Estado por los hechos ya investigados.

2. Garantías judiciales y protección judicial, en relación con el deber de investigar, juzgar y sancionar

a. Estándares aplicables

i. Sobre la naturaleza del deber de investigar, juzgar y sancionar.

La Corte ha sostenido a lo largo de su jurisprudencia la existencia del deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención. Desde el mismo caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, la Corte ha sido enfática en determinar que esta obligación surge del deber general de garantía de los derechos humanos reconocido en el artículo 1,1 de la CADH. Asimismo, ha sostenido que una lectura conjunta de la obligación general de garantía y del derecho a un recurso judicial efectivo (artículo 25° de la CADH), sustentado de conformidad con las reglas del debido proceso (artículo 8,1 de la CADH), genera la obligación estatal de garantizar un acceso efectivo a la administración de justicia así como a un recurso rápido y sencillo que logre que

² Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Párr. 75.

³ Caso Tarazona y otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Párrs. 134 y ss.

los responsables de las violaciones a derechos humanos sean juzgados y se obtenga una reparación por el daño sufrido⁴.

Ahora bien, la Corte IDH ha modulado su formulación amplia del deber de investigar, juzgar y sancionar violaciones a los derechos humanos abordada en *Velásquez* al establecer que éste no se predicaba a toda violación de derechos humanos que se cometiera dentro de un Estado miembro, sino que dicha obligación es efectiva en aquellas que revisten la calidad de graves violaciones a los derechos humanos. En algunos casos, la Corte ha reconocido el umbral de gravedad como un estándar para ordenar la investigación penal de los hechos⁵ o ha estimado que el derecho a conocer la verdad que le asiste a las víctimas se satisfaga por medio de mecanismos distintos al proceso penal⁶.

En la misma línea, como lo resalta Oscar Parra⁷, en *Almonacid Arellano contra Chile* se delinearon parámetros que incluyen los denominados delitos de carácter internacional como conductas que podrían ser consideradas bajo la categoría de graves violaciones a los derechos humanos. Allí se estableció que son aquellos hechos que hagan parte de “un patrón sistemático y generalizado contra la población civil”⁸, que equivaldría a las características de los delitos internacionales. Sobre este debate ahondaremos en el siguiente apartado.

En cuanto a la naturaleza de la obligación que surge del deber de investigar, juzgar y sancionar, la Corte la ha reconocido como una obligación de medios y no de resultado. Es decir que los Estados parte de la Convención tienen que actuar con la debida diligencia en el desarrollo de las investigaciones de presuntas violaciones a los derechos humanos, con el ánimo de identificar los autores intelectuales y materiales de los hechos⁹. Esta obligación “debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios”¹⁰. En este sentido, la jurisprudencia interamericana ha resaltado la importancia de que los Estados parte realicen investigaciones penales de oficio, serias, imparciales y efectivas, no obstante la obligación se

⁴ Caso Loayza Tamayo. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 169; Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 90; Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 93; Caso Masacre de La Rochela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 145.

⁵ Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

⁶ Caso Vera Vera y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226. Este caso se refiere al fallecimiento de una persona a causa de un disparo mientras se encontraba bajo la custodia del Estado en un establecimiento de reclusión. La Corte ordenó al Estado satisfacer el “derecho de la madre y de los familiares de conocer completamente lo sucedido al señor Vera Vera”.

⁷ Parra (2012: 27).

⁸ Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 154. párr. 104; Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, párr. 244.

⁹ Sobre los alcances del estándar de debida diligencia ver: De León, Krsticevic y Obando (2010:11-33)

¹⁰ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 177; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, párr. 148; Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, párr. 248; Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, párr. 129.

entiende satisfecha si las investigaciones se llevan a cabo de acuerdo al estándar de debida diligencia a pesar de que no se logre enjuiciar a los responsables y sancionarlos¹¹. Igualmente, cuando estas violaciones tengan un carácter masivo y sistemático, este deber reviste una característica distintiva, “la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos”¹².

Sobre el juzgamiento, se entiende satisfecho el deber siempre y cuando se lleven a cabo procesos penales con miras a esclarecer lo sucedido y determinar responsabilidades tanto de los actores materiales como intelectuales de los hechos. Esta obligación no puede ser sustituida por mecanismos tales como las comisiones de la verdad. Sin embargo, persisten debates sobre el contenido de esta obligación frente a contextos de paz negociada entre grupos armados no estatales y los Estados con miras a una transición a la paz. En especial, la posibilidad de pactar la concesión de amnistías parciales y condicionadas. Sobre este debate nos referiremos en el apartado referente al alcance de la obligación.

En lo que respecta a las sanciones, no ha habido una interpretación unívoca sobre qué características deben contar para que se considere cumplida la obligación, es decir si la obligación de perseguir y sancionar exige la imposición efectiva de un castigo. En el Sistema Interamericano se ha establecido un estándar de proporcionalidad según el cual la sanción a los responsables debe corresponder con la gravedad de las violaciones a los derechos humanos en las que haya incurrido, al menos tratándose de las conductas de desaparición forzada y tortura. Según el nombrado Caso *Velásquez Rodríguez*, el deber implica la imposición de “sanciones pertinentes”¹³ pero aún existen vacíos sobre cuáles son los castigos admisibles en concordancia con el deber de investigar, juzgar y sancionar. Sobre este debate nos referiremos en el apartado referente al alcance de la obligación.

Por lo tanto, en principio, en el sistema interamericano el deber de investigar, juzgar y sancionar tiene varias características: i) tiene como fuente los artículos 1, 8 y 25 de la CADH; ii) se predica sobre las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en un Estado parte de la Convención; iii) es una obligación de medios que se cumple una vez se ha podido determinar que el Estado ha tenido la debida diligencia en el desarrollo de su actividad punitiva para develar las estructuras que permitieron dichas violaciones; iv) implica la realización de juicios penales para determinar los actores intelectuales y materiales de los hechos; y v) especifica el deber de imponer una sanción pertinente pero no hay claridad sobre el contenido de la misma.

Ahora bien, a pesar de que existe una noción de la obligación de investigar, juzgar y sancionar en parte delimitada por la jurisprudencia de la Corte, hoy en día existen debates en torno al contenido y el alcance de ésta. En especial, no hay respuestas claras a las preguntas ¿cuáles conductas son consideradas graves violaciones a los derechos humanos en el ámbito interamericano? ¿Qué sucede en procesos de justicia transicional? ¿Las amnistías, los mecanismos de alternatividad penal o los

¹¹ Uprimny, Sánchez y Sánchez (2014: 59)

¹² Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Serie C No. 213, párr. 118.

¹³ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 174.

eximentes de responsabilidad son figuras compatibles con este deber? ¿Cuál es la pena que se exige conforme a la obligación?

ii. Sobre el contenido del deber de investigar, juzgar y sancionar.

En el sistema interamericano existen tres instrumentos que contemplan expresamente el deber de investigar, juzgar y sancionar frente a la desaparición forzada, la tortura y la violencia contra la mujer como graves violaciones a los derechos humanos, sobre las cuales esta obligación es imperativa para los Estados¹⁴. En primer lugar, el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En segundo lugar, el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Y, finalmente, el artículo 1 de la Convención de Belem do Pará dispone el deber de investigación y sanción frente a actos de violencia contra la mujer.

A pesar de que a nivel interamericano se cuenta con estas disposiciones que, de cierta forma, delimitan expresamente las conductas sobre las cuales el deber de investigar, juzgar y sancionar debe operar, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH existen claroscuros acerca de qué otras conductas pueden ser consideradas dentro de la categoría de graves violaciones a los derechos humanos. En particular, porque la Corte IDH ha mantenido una formulación amplia de este deber como se referenció en el apartado anterior y por lo tanto no existe en el estado actual de su jurisprudencia un concepto general. Sin embargo, la Corte por vía jurisprudencial en su estudio caso a caso ha catalogado otras conductas como constitutivas de graves violaciones.

Por ejemplo, además de la desaparición forzada y la tortura, en el Caso *Barrios Altos contra Perú* se reconocieron las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias cometidas por agentes estatales como graves violaciones a los derechos humanos. En el mismo sentido, se ha pronunciado en distintos fallos en los cuales reafirma el deber de investigar, juzgar y sancionar frente a estas tres conductas¹⁵. También lo ha considerado frente a hechos de tortura y desaparición forzada que no han sido parte de un patrón sistemático de violaciones, descartando la cualidad de sistematicidad o de presencia de conflicto armado para que estas conductas sean consideradas como graves violaciones. En el caso *Bueno Alves contra Argentina* la Corte reconoció un hecho de tortura que carecía del elemento de sistematicidad como una grave violación a los derechos humanos.

“En el presente caso, a partir de la denuncia efectuada por el señor Bueno Alves, *surgió para el Estado la obligación de investigar exhaustivamente los hechos*, tomando en cuenta, además, que éstos se habrían producido mientras la víctima se encontraba bajo custodia policial.”
[cursiva fuera del texto]

¹⁴ Uprimny, Sánchez y Sánchez (2014: 45-53)

¹⁵ Caso Masacre La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2011. párr. 294. Ver también: Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 111; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 171; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. párr. 225. Caso Vera Vera y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226, párr. 117.

En un recorrido por la jurisprudencia interamericana no hay certeza acerca de si conductas diferentes a la desaparición forzada, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales, que no estén asociadas a patrones generalizados o sistemáticos, pueden ser reconocidas como graves violaciones. Con todo, la formulación amplia y genérica del deber de investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones que concibe la Corte IDH es quizá la forma más coherente de entenderlo pues abarcaría las diferentes fuentes de derecho internacional aplicables.

Tal es el caso de la obligatoriedad de este deber frente a aquellos delitos que tengan las características de delitos internacionales tal y como los tipifica el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en particular, y demás instrumentos de derecho penal internacional, en general. La Corte IDH ha establecido que los hechos que revistan los elementos propios de los crímenes de lesa humanidad y de guerra deben ser investigados, juzgados y sancionados en virtud de lo dispuesto por la CADH. Los Casos *Almonacid Arellano contra Chile* y *Masacres de El Mozote contra El Salvador* son ilustrativos de esta tendencia dentro de la jurisprudencia interamericana. En el primero, la Corte estudió un hecho de ejecución extrajudicial que bajo el decreto ley de amnistías conferidas por el estado chileno quedó en estado de impunidad en sus términos. En esa ocasión, la Corte determinó que para la fecha de comisión de los hechos en el año 1973 había un consenso internacional que instituía la persecución de los crímenes de lesa humanidad como una norma *ius cogens* y además en virtud de los estándares convencionales existe el deber de investigar, juzgar y sancionar este tipo de conductas. En este fallo resaltó que:

“La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, *entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad*, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana.”¹⁶ [cursiva fuera de texto]

En el segundo, la Corte IDH clarificó esta posición con respecto de lo crímenes de guerra ocurridos en el marco de un conflicto armado interno. En específico, los crímenes cometidos en el conflicto armado salvadoreño en el cual la Ley de Reconciliación que consagraba una amnistía general para todas las personas que hubieran colaborado en la Comisión de la Verdad, que había surgido fruto de las negociaciones y que fue dictada por el Estado de El Salvador, carecía de efectos. Al impedir la investigación y juzgamiento de las personas que habían participado en la comisión de graves crímenes durante el conflicto armado, esta amnistía general había conducido a “la instauración y perpetuación de una situación de impunidad”. En consecuencia, la Corte en un lectura a través de los preceptos que rigen las situaciones de conflicto, entre ellos el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, resaltó la obligatoriedad de investigar crímenes de guerra, “en tanto *también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra*.[...] [Por esta razón], las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello no podrán estar cubiertas por una amnistía”¹⁷ [cursiva fuera de texto].

Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito interamericano han surgido dudas sobre la facultad que la Corte IDH ha adquirido de determinar cuándo una grave violación a los derechos humanos tiene la connotación de delito internacional. A raíz de decisiones de la Corte como las nombradas, se han

¹⁶ Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Serie C No.154. Párr. 110.

¹⁷ Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 286.

evaluado las atribuciones que ésta puede tener como tribunal de derechos humanos para declarar la comisión de delitos internacionales cuando aborda hechos constitutivos de graves violaciones y sus correspondientes consecuencias, como lo son la imprescriptibilidad del delito y la imposibilidad de ser susceptibles de la figura de la amnistía. La principal objeción por parte de algunos ha sido que la Corte al incorporar categorías propias del derecho penal internacional, declarar la configuración de crímenes de lesa humanidad o de guerra y condenar internacionalmente a un Estado, condiciona a los organismos judiciales internos a tomar decisiones conforme al precedente interamericano. Como lo señala Víctor Abramovich, con referencia al Caso *Bulacio*¹⁸, que declaró la ejecución arbitraria del joven Walter Bulacio como un crimen de lesa humanidad, en Argentina se abrió el debate pues entre los penalistas más estrictos esta decisión acabaría con institutos penales tales como la cosa juzgada y la prescripción que son fundamentos esenciales del debido proceso. En dicho país se llegó a hablar de “obediencia agobiante” de la jurisprudencia interamericana¹⁹.

De otro lado, existen posiciones que mantienen la idea que algunas de las conductas tipificadas en los instrumentos de derecho penal internacional deben ser reconocidas y declaradas como graves violaciones por el tribunal interamericano. Especialmente porque “constituye una herramienta utilizada por un tribunal internacional o por instituciones nacionales para precisar los alcances de la debida diligencia en las investigaciones respectivas y algunos aspectos necesarios para la superación de la impunidad en un determinado caso”²⁰. Por lo tanto no debería considerarse como una decisión sobre la responsabilidad penal en el caso.

iii. Sobre el alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar.

Para estudiar el alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar nos centraremos en tres debates existentes en torno a su compatibilidad con mecanismos de justicia transicional propios de contextos de paz negociada en el marco de un conflicto armado interno: la posición frente a las auto-amnistías y las amnistías; la compatibilidad con la CADH de las estrategias de procesamiento de casos en contextos de violaciones masivas de derechos humanos como la selección de casos; y la posibilidad de otorgar concesiones de penas alternativas para perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos.

1. Auto- amnistías y amnistías

La Corte en diferentes decisiones ha apoyado la tesis según la cual la concesión de auto-amnistías y amnistías generales e incondicionadas constituye una violación al deber de investigar, juzgar y sancionar que opera en el ámbito interamericano. Esta posición se fundamenta en que su otorgamiento mantiene el estado de impunidad del hecho que constituye una grave violación, siendo una clara violación a los derechos de las víctimas.

Para la Corte la impunidad se define 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 Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación

¹⁸ Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas.

¹⁹ Abramovich (2008: 256-260)

²⁰ Parra (2012: 14)

por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”²¹[cursivas fuera de texto]. En consecuencia, un Estado al otorgar una exención total de responsabilidad a los autores de graves violaciones de los derechos humanos por medio de figuras como las leyes de punto final o de perdón y olvido han mantenido una situación de impunidad flagrantemente violatoria del deber de investigar, juzgar y sancionar que impera en el ámbito interamericano.

En el caso *Barrios Altos contra Perú*, la Corte dispuso que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”²². Este caso se refería a las leyes de amnistía proferidas en el Estado Peruano en 1995 y que excluían de la responsabilidad penal a miembros de las fuerzas militares y de policía e incluso algunos civiles que estuvieran siendo investigados, procesados o se encontraran en prisión por la comisión de violaciones a los derechos humanos. Para la Corte IDH estas leyes constituían una auto-amnistía, pues al sustraer a miembros de la fuerza pública de la posibilidad de ser investigados y procesados se violaron los derechos de las víctimas a la protección judicial ante la imposibilidad de ser oídas por un juez frente a denuncias de graves violaciones a los derechos humanos, asimismo violaban el deber de investigar, juzgar y sancionar que surge del deber de garantía de los derechos humanos²³.

Incluso la Corte no ha avalado las auto-amnistías a pesar de ser refrendadas democráticamente por una mayoría significativa de ciudadanos ya sea mediante referendo o figuras similares de consulta popular. Con ocasión del Caso *Gelman contra Uruguay*, manifestó que “[l]a legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, *la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas*”²⁴ [cursiva fuera de texto].

La Corte IDH ha ampliado el espectro de esta prohibición pues no sólo proscribía el otorgamiento de las llamadas auto-amnistías que se limitan a los beneficios penales que los detentadores del poder se conceden a sí mismos y a sus cómplices, sino también aquellas amnistías generales e incondicionales. Con referencia al caso brasileño donde se otorgaron en 1979 para todos los actores que perpetraron violaciones a los derechos humanos en el marco de la dictadura que vivió ese país,

²¹ Caso Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 8 de marzo de 1998. serie C No. 37. párr. 89; Caso Ivcher Bronstein. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr. 186; Caso del Tribunal Constitucional. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. párr. 123; Caso Bámaca Velásquez. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. párr. 211.

²² Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. párr. 41.

²³ *Ibíd.* párr. 43.

²⁴ Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No.221. párr. 239.

la Corte precisó en *Guerrilha do Araguaia* que: “[...]la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías”. Asimismo, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”²⁵.

Ahora bien, en *Masacres de El Mozote contra El Salvador* el tribunal interamericano se encontró frente a una situación que no había tenido precedentes, la compatibilidad de las leyes de amnistía expedidas en situaciones de transición de conflicto armado interno a paz negociada con la CADH. En efecto, en las ocasiones precitadas se había referido a auto-amnistías y amnistías generales e incondicionales en transiciones de regímenes militares hacia la democracia. Por lo tanto, frente al contexto salvadoreño, optó por estudiar los parámetros convencionales a la luz del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, aplicables a conflictos armados internos, y del propio acuerdo de paz, para evaluar la compatibilidad de las amnistías que surgieron de las negociaciones de paz en el país y que condicionaban su otorgamiento a la participación efectiva de los presuntos responsables en la Comisión de la Verdad.

En dicho fallo la Corte IDH mantuvo su posición sobre la improcedencia de las amnistías generales pero la calificó por tratarse de una paz negociada. En ese sentido, si bien mantuvo los efectos de la Ley de Amnistía General, llamó la atención sobre la aplicación que se le estaba dando por considerarla incompatible con el deber de investigar y sancionar las graves violaciones²⁶. Es de destacar la argumentación asumida por la Corte pues demarcó los ámbitos de acción que tienen los Estados en transición del conflicto armado para conceder amnistías. Entre sus consideraciones, determinó que aquella “contravino expresamente lo que las propias partes del conflicto armado habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de las hostilidades”²⁷. La referencia a los acuerdos de paz dentro del marco para el análisis de la legitimidad de una amnistía constituye un punto distintivo en la jurisprudencia de la Corte IDH, “pues reconoció implícitamente el valor de la paz, y sugiere además la existencia de cierto margen de maniobra a los Estados en la definición de los instrumentos necesarios para asegurarla”²⁸. Igualmente, consideró que la lógica del proceso político que se materializó en los acuerdos de paz en El Salvador imponía el deber de investigar y sancionar “*al menos las graves violaciones de derechos humanos* que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición”²⁹ [cursiva fuera de texto].

Adicionalmente, la Corte es consciente que en transiciones hacia la paz es posible aplicar mecanismos alternativos de persecución y sanción que estén acordes con los lineamientos convencionales, entre ellos una amnistía parcial. Sobre la prohibición de la amnistía en el ámbito interamericano enfatizó que “esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho

²⁵ Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 219, párr. 175.

²⁶ Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. párrs, 283-296, resolución 8 y considerando 4.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 292.

²⁸ Uprimny, Sánchez y Sánchez (2014: 59-60)

²⁹ Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. párr. 288.

Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra. [...] Por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que [...] cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad³⁰.

De esta manera es importante resaltar de *El Mozote*: i) la relevancia que la Corte IDH le da al acuerdo de paz suscrito entre el Estado salvadoreño y los grupos armados en el marco del conflicto armado interno, pues toma como base la inobservancia a dicho acuerdo para sustentar la violación a la CADH; y ii) la matización de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos cuando se está en contextos de transición hacia la paz en concordancia con lo planteado en instrumentos del derecho internacional humanitario, donde el deber de persecución se predica al menos frente a las graves violaciones de los derechos humanos particularmente sobre las que se configuren como crímenes de guerra o de lesa humanidad. Según el juez Eduardo Ferrer McGregor, este fallo avala la posibilidad de conceder amnistías amplias a quienes en el marco del conflicto no hayan incurrido en hechos que quepan en la categoría de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad³¹. Desde este punto de vista, la Corte consideraría conforme al deber de perseguir y sancionar la posibilidad de amnistías a responsables de otras graves violaciones a derechos humanos.

2. Estrategias de selección y priorización de casos.

Las figuras de selección y priorización han sido concebidas como herramientas de gestión de procesamiento de casos tanto en el ámbito doméstico como en el internacional. Sin el ánimo de hacer un análisis exhaustivo sobre la materia, cabe decir que estas dos figuras tienen objetivos diferentes pero complementarios tratándose de contextos de violaciones masivas a los derechos humanos. Como lo describen Bergsmo y Saffon³², en contextos de transición donde se han cometido una cantidad abrumadora de crímenes internacionales y existen un sin fin de autores, la capacidad del sistema penal doméstico para procesarlos y sancionarlos es titánica. Aún más teniendo en cuenta que después de años de guerra y/o autoritarismo es posible que el sistema penal doméstico se encuentre en estado crítico. Por tanto, en los contextos de transición es muy probable que la jurisdicción se vea cargada con una excesiva acumulación de casos y, con el ánimo de mostrar resultados con celeridad, adopten criterios *de facto* que muchas veces contravienen los resultados esperados de la justicia transicional³³. En consecuencia, de un lado, la selección busca determinar cuáles casos han de ser investigados y juzgados por una jurisdicción determinada. En su escogencia se deben tener en cuenta una serie de elementos importantes para la jurisdicción, que tienen la función de servir como una lista de control. Estos criterios a tener en cuenta no establecen un orden de importancia o representatividad de los casos, sólo operan para determinar cuáles casos son susceptibles de ser juzgados³⁴. De otro lado, la priorización permite clasificar los casos que se

³⁰ *Ibíd.* párr. 286.

³¹ Ferrer (2014:79)

³² Bergsmo y Saffon (2011: 25)

³³ *Ibíd.* pp. 25-26.

³⁴ *Ibíd.* pp. 27- 28.

abordan dentro de una jurisdicción donde también se tiene en consideración unos criterios que muchas veces concurren con lo de selección, pero sobre los cuales se debe determinar la relevancia de unos sobre otros, así como dentro de los componentes de cada criterio.

Ejemplos de una y otra figura se presentan en los niveles internacionales y domésticos. Así, los diferentes Estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y de la CPI reconocen criterios para la selección de sus casos. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), por ejemplo, toma en cuenta criterios como: i) la gravedad de los crímenes, el número de víctimas, la duración de las ofensas y el grado de destrucción; ii) el rol del procesado, teniendo en cuenta su posición jerárquica en el grupo, su rango de dominio y su grado de participación en los crímenes por los que se le investiga; iii) la notoriedad de los hechos a pesar que el procesado no tuviera una posición formal dentro de la jerarquía del grupo³⁵. La CPI toma criterios como: i) la gravedad del crimen de acuerdo a su escala, naturaleza, forma de comisión e impacto; y ii) la calidad del victimario en aquellos que detentan las mayores responsabilidades³⁶.

En América se destacan las experiencias de Argentina y Chile. En el primero de los países, se implementó una estrategia de selección a finales de la década de los ochenta con base en un criterio subjetivo que concentraba la persecución penal en los las personas que ocuparon los más altos eslabones de la cadena de mando de la junta militar, estos sería juzgados a los tribunales militares con control por parte de la justicia civil con el ánimo se concretar los juicios en un tiempo corto³⁷. Esta aproximación inicial fue terminada a raíz de la Ley de Punto Final que imperó en ese país. Solo con la reapertura de las investigaciones, se reapropiaron estrategias de gestión de casos ya no con base en la selección, pues se persiguen todos los autores de graves violaciones a los derechos humanos, sino que por el contrario está fundamentada en criterios de prioridad centrados principalmente en el estado de avance en el proceso y la suficiencia del acervo material probatorio³⁸ teniendo en cuenta el paso de más de 30 años desde que se cometieron los crímenes. En Chile, la priorización se ha ejercido en la justicia ordinaria a través de criterios que focalizan la persecución penal en fenómenos delictivos sobre los cuales se producen mayores niveles de afectación, enfocando la labor y carga de los fiscales en conductas tales como homicidios³⁹.

En situaciones de transición hacia la paz, Colombia ha sido el ejemplo más claro de aplicación de criterios de priorización para casos en la justicia transicional y ordinaria. A raíz de las desmovilizaciones y sometimiento a la justicia de las autodefensas unidas de Colombia y algunos grupos guerrilleros, se creó una normativa transicional bajo la renombrada ley de justicia y paz que otorga la sustitución de la pena ordinaria por penas alternativas a cambio de la colaboración de los procesados a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. La fiscalía colombiana en la aplicación de dicha ley se ha enfrentado a las dificultades propias del procesamiento de enormes cantidades de violaciones a los derechos humanos.

Ante esta situación, organismos internacionales como la misión de apoyo al proceso de paz de la OEA (MAPP-OEA) y la CIDH llamaron la atención al Estado colombiano exhortándolo a mejorar

³⁵ Ramelli (2011: 300)

³⁶ *Ibíd.* p. 309

³⁷ Parenti y Polanco (2011: 139-140)

³⁸ *Ibíd.* p. 170- 171.

³⁹ La Rota y Bernal (2014: 28)

las estrategias de procesamiento de los hechos cometidos por estos grupos armados ilegales. En su informe de 2011, la CIDH señaló:

“La CIDH coincide con la MAPP/OEA en el sentido de que esta situación debe ser eliminada y para tal efecto, “se deberían poner en funcionamiento órganos Colegiados de Investigación y Conocimiento [...] que con actividades y acciones coordinadas, simultáneas o sucesivas interactúen en las fases respectivas para lograr el objetivo perseguido en forma más rápida y eficaz”. Asimismo, “*se requiere cambiar radicalmente la estrategia de investigación de crímenes internacionales a partir de la adopción de criterios de selección y priorización*”.”⁴⁰ [cursiva fuera de texto]

A la actualidad el Estado colombiano no ha iniciado estrategias de selección pero si de priorización con base en tres criterios: i) objetivos; ii) subjetivos; y iii) complementarios. En una resolución de 2014⁴¹, la misma fiscalía de Colombia introdujo además un criterio como lo es el grado de afectación que tenga el crimen, tal y como sucedió en Chile. En la actualidad, la fiscalía ha priorizado 16 casos de máximos comandantes de las autodefensas desde 2013 en la justicia transicional.

Ahora bien, a pesar de que aún no han sido aplicadas estrategias de selección de casos, ha habido fuertes debates sobre la aplicabilidad de dicha figura en el contexto colombiano. La misma CIDH en un reciente informe de país llamó la atención al Estado sobre la posible violación del deber de investigar, juzgar y sancionar. A pesar de haberle realizado una observación positiva de los mecanismos de justicia transicional al Estado en 2011, en 2013 determinó:

“la CIDH encuentra preocupante el concepto de selectividad y la posibilidad contemplada de renunciar a la investigación y procesamiento de graves violaciones a los derechos humanos, en cuanto que serían incompatibles con las obligaciones del Estado”⁴².

Por su parte la Corte IDH no se ha pronunciado respecto a la aplicación de criterios de selección o de priorización. Sin embargo existen al menos dos interpretaciones acerca de su compatibilidad con el deber de investigar juzgar y sancionar. De un lado, aquellos que sostienen que en virtud de la consideraciones expuestas en el caso de *El Mozote* existe una flexibilización del deber como principio que opera en el ámbito interamericano. Esta posición se ve impulsada por la posición del juez García Sayán quien en su voto concurrente a esta decisión sentenció:

“en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. *En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás.* Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e

⁴⁰ CIDH, Informe Anual 2011. Capítulo IV, Colombia. OEA/Ser.L/V/II, Doc 69. 30 de diciembre de 2011. párr. 91.

⁴¹ COLOMBIA. Fiscalía General de la Nación. Resolución 1343 de 2014.

⁴² CIDH, Informe de país Colombia. Verdad, justicia y reparación. OEA/Ser.L/V/II, Doc 49/13. 31 de diciembre de 2013. párr. 347.

insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz”⁴³ [cursiva fuera de texto]

De otro lado, aquellos que consideran que el deber de investigar, juzgar y sancionar es un precedente inmodificable. Así, académicos como Ambos y Zuluaga, a raíz de la expedición de la directiva de priorización de la fiscalía colombiana⁴⁴, sostuvieron “dicha jurisprudencia no contiene reglas de priorización. La misma directiva lo reconoce cuando afirma que una primera lectura de las protecciones reconocidas por la Convención Americana hace que sea difícil pensar en la priorización de casos en la jurisdicción nacional, ya que contiene una obligación general de garantizar recursos efectivos por cualquier acto que atente contra los derechos fundamentales. Sin embargo, aduce a partir de algunas consideraciones de la C[orte] IDH sobre el tema impunidad que la falta de investigación y sanción de algunos casos particulares no constituya un acto ilícito internacional, y menos aún la falta de la priorización de una investigación penal sobre otra. *Este razonamiento es muy cuestionable, pues no se puede derivar a partir de la jurisprudencia de la Corte algún congraciamiento de la misma con la priorización como política de gestión de casos.* Una interpretación estricta de la jurisprudencia de la C[orte] IDH lleva a la conclusión de que las violaciones graves a derechos humanos, especialmente crímenes internacionales nucleares, siempre tienen que ser investigados, pero de ello no se puede deducir de una manera automática la afirmación de conformidad con una política de priorización nacional.”⁴⁵

3. Penas alternativas

Existen dudas sobre el alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en lo que se refiere al castigo. En particular, si en virtud de la jurisprudencia de la Corte IDH y otros instrumentos internacionales es posible determinar la existencia de un deber en cabeza de los Estados de imponer efectivamente un castigo y, de ser así, si implicaría la imposición efectiva de una privación de la libertad o si es posible considerar la aplicación de penas alternativas.

Partiendo de las Convenciones que contemplan el deber de persecución en el ámbito interamericano no hay claridad sobre el tipo de penas que deben imponerse pero sí sobre la existencia de la obligación de castigar. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que “los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.[...] [que] tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad” (art. 6). En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.[...] Los Estados partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada

⁴³ Voto concurrente del juez Diego García-Sayán a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Masacre de El Mozote, 25 de octubre de 2012, párr. 38.

⁴⁴ COLOMBIA. Fiscalía General de la Nación. Directiva 01 de 2012.

⁴⁵ Ambos y Zuluaga (2013)

de una persona” (art. III). De esta manera, es posible concluir que el castigo según se concibe en estos instrumentos interamericanos debe ser proporcional a la gravedad de los delitos cometidos. En lo que respecta a los delitos de carácter internacional, el preámbulo del Estatuto de Roma indica que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”, pero no enuncia que tipo de castigo.

Sobre las demás graves violaciones a los derechos humanos es más discutible el contenido de la obligación de castigar. La Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez* determinó que conforme al deber de persecución y sanción los Estados tienen la obligación de imponer las “sanciones pertinentes”. En la misma línea, en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas se indica que los Estados tienen el deber de castigar a las personas que hayan sido declaradas culpables de tales violaciones (principio 4) y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, al referirse al tema de las amnistías en caso de graves violaciones, ha reconocido la admisibilidad de beneficios de reducción de las penas a cambio de la plena revelación de la verdad sobre los hechos, pero siempre y cuando “la sentencia siga siendo proporcional a la gravedad del crimen”⁴⁶, con lo cual se advierte como necesaria cierta dosis de castigo. Adicionalmente, según el Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad de 2005 se refiere al deber de los Estados de condenar, así como al deber de castigar (Principio 19).

De manera concluyente, a raíz de las distintas fuentes internacionales es posible determinar la existencia de la obligación de castigar, por lo tanto el deber de persecución y sanción no se agota con la realización de juicios penales para los responsables ni con la actuación diligente del Estado en la realización de los mismos, sino que implica que se debe imponer una sanción a quien se le declare culpable. El tipo de castigo que se debe imponer es aún materia de discusión. Autores como Scharf, han aludido a la posibilidad de “adoptar varias modalidades no criminales, como la imposición de multas, la remoción del cargo, la reducción del rango, el decomiso de pensiones gubernamentales o militares y/o de otros activos”⁴⁷. Sin embargo, existe una posición más extendida según la cual que el castigo debe ser criminal e implica la proporcionalidad de la pena conforme a la gravedad del crimen, así se desprende las Convenciones mencionadas e incluso del razonamiento de otros tribunales como la Corte Europea de Derechos Humanos⁴⁸.

En la misma línea, el juez Ferrer McGregor señala en un artículo reciente, donde estudió la línea jurisprudencial referente a las auto- amnistías y las amnistías generales, que la Corte IDH ha sostenido que en virtud de la obligación de perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos, “hay un deber incondicional de sancionar penalmente a aquellos que cometen graves violaciones a derechos humanos. En consecuencia, *la Corte IDH rechaza medidas alternativas a la sanción penal para garantizar el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia, como podrían ser la creación de comisiones de la verdad*. Estas comisiones pueden ser importantes para establecer la verdad histórica de los hechos, pero nunca para sustituir la sanción penal.”⁴⁹

⁴⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009: 34)

⁴⁷ Scharf (1999: 527).

⁴⁸ Corte Europea de Derechos Humanos (1985). Case of X and Y v. The Netherlands, Judgment, párr. 27.

⁴⁹ Ferrer (2014: 84)

Ahora bien, es importante resaltar la posición que ha asumido la CIDH respecto a la posibilidad de modular la obligación de sancionar únicamente mediante el castigo penal en proporción al crimen cometido cuando se está en contextos de transición hacia la paz. En su reciente informe país sobre Colombia, destacó que “en la aplicación de una ley de justicia transicional, la satisfacción de los componentes de verdad y reparación deben ser rigurosamente examinados *como condición imprescindible para la imposición por ejemplo de una sanción atenuada*”⁵⁰ [cursiva fuera del texto].

Esta posición se ve reforzada por la postura de la Corte en el Caso *Masacre de La Rochela contra Colombia* donde, según la CIDH, si bien mantuvo la irrenunciabilidad de la obligación de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de conflictos armados, “ha reconocido [...] la posibilidad de plantear la morigeración del poder punitivo del Estado”. En efecto en esta sentencia la Corte dispuso que “todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena *deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención*”⁵¹ [cursiva fuera del texto]. En este sentido, el juez García Sayán en su voto concurrente a la Sentencia de *Masacre de El Mozote contra El Salvador*, precisó que en contextos de justicia transicional:

“resulta necesario diseñar formas a través de las cuales deben ser tratadas las personas sindicadas de haber cometido graves crímenes como los mencionados, en el entendido de que un proceso de paz negociada procura que los actores armados opten por la paz y se sometan a la justicia. Así, por ejemplo, *en el difícil ejercicio de ponderación y la compleja búsqueda de estos equilibrios podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas pero, sin perder de vista que ello puede variar de manera sustancial de acuerdo tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento de las propias responsabilidades y aporte de información de lo ocurrido*. De allí se pueden derivar diferencias importantes entre los “ejecutores” y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección”⁵² [cursiva fuera del texto]

En conclusión, la obligación de investigar, juzgar y sancionar contempla la necesidad de imponer un castigo. Según se desprende de las Convenciones interamericanas que expresamente contiene este deber y del Estatuto de Roma, además de otros instrumentos de *soft law*, este se cumple con la imposición de un castigo de carácter penal. Asimismo, en virtud de la jurisprudencia de la Corte IDH, en el ámbito interamericano las sanciones penales que se impongan deben ser proporcionales con la gravedad de los crímenes que se procesan y, consecuentemente, tratándose de graves violaciones a los derechos humanos, no hay posibilidad de que se otorgue un trato punitivo alternativo a la sanción penal. Sin embargo, en condiciones de transición de un conflicto armado hacia la paz, donde se aplique un marco jurídico de justicia transicional, tanto la CIDH como la Corte IDH han planteado la posibilidad de establecer penas atenuadas, condicionando su compatibilidad con la CADH a que haya una satisfacción de los derechos de la verdad y de la reparación integral a través de medidas que sean rigurosamente examinadas por el Estado.

⁵⁰ CIDH, Informe de país Colombia. Verdad, justicia y reparación. OEA/Ser.L/V/II, Doc 49/13. 31 de diciembre de 2013. párrs. 251 y 258.

⁵¹ Corte IDH, Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de Mayo de 2007. Serie C No. 163. párr 196.

⁵² Voto concurrente del juez Diego García-Sayán a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Masacre de El Mozote. 25 de octubre de 2012. párr. 30.

b. Alegatos de los representantes de las víctimas

Las víctimas pueden alegar que el proceso transicional que se llevó a cabo en la República Cardenal es propio de un paso de la dictadura o régimen autoritario hacia la democracia por lo que se debe dar aplicación a la línea jurisprudencial elaborada por la Corte IDH para estas situaciones.

En primer lugar, podrán argumentar que el contexto del Estado Cardenal entre los años sesenta y el 2006 estuvo marcado por la existencia de una dictadura militar y desde la década de los noventa por un gobierno autoritario en cabeza del presidente Armando Ferreira, el cual a pesar de ser elegido democráticamente realizó un autogolpe de Estado para perpetuarse en el poder. En este sentido, los acuerdos de paz que surgieron de la negociaciones entre el Estado y el MRLB, que incluyó a miembros de las fuerzas militares, tuvieron como fin terminar con un periodo de autoritarismo imperante en el país y, en consecuencia, la Ley de Responsabilización, Cierre y Reconciliación (LRCR) se constituye en una ley de amnistía destinada a excluir a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos de su responsabilidad penal y violar los derechos de las víctimas.

Para sustentar esta tesis, con base en la línea jurisprudencial de la Corte IDH que tiene como fundamento la posición abordada en el caso *Barrios Altos Vs. Perú* y, principalmente, con el precedente sentado en el Caso *Guerrilha do Araguaia*, podrán alegar la proscripción de las amnistías generales que opera en el ámbito interamericano. También podrán referenciar el Caso *Gelman Vs. Uruguay* para refutar el argumento del Estado según el cual la LRCR está legitimada por los ciudadanos cardenales a través de un referendo popular, pues la Corte IDH determinó que a pesar de que haya una refrendación popular de las leyes de amnistía no se podrán considerar conformes al deber de investigar, juzgar y sancionar.

En este punto, podrán argumentar que existe un deber incondicional de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Por consiguiente, aquellas figuras que contemplan excluyentes de responsabilidad como el establecimiento de criterios de selección y la priorización en los máximos responsables de los crímenes sucedidos en el Estado Cardenal, contraviene el deber de perseguir a todos los responsables de graves violaciones. Aquí, podrán referirse al informe país realizado por la CIDH en 2013, en el cual determinó que los instrumentos de selección reconocidos por Colombia en el llamado marco jurídico para la paz, que guarda estrecha relación con la LRCR, podrían violar la obligación de perseguir y sancionar a todos los responsables de graves violaciones.

Asimismo, podrán alegar que los casos priorizados por la CIDH, tanto en el informe de admisibilidad 05/12 como en informe 14/98, configuran conductas donde expresamente en Convenciones y en la jurisprudencia de la Corte existe una obligación de investigar, juzgar y sancionar como lo son la desaparición forzada, la tortura, la violencia sexual y las ejecuciones extrajudiciales. Incluso, podrán alegar que en contextos de violaciones sistemáticas y generalizadas como los que azotaron a la República Cardenal estas conductas podrían constituir crímenes de lesa humanidad, reforzando el deber de persecución de estos hechos.

Igualmente, podrán alegar que el argumento del Estado según el cual con el establecimiento de una comisión de la verdad se garantizan los derechos de las víctimas no está acorde con la obligación investigar, juzgar y sancionar, en tanto la jurisprudencia interamericana ha dispuesto que conforme a

los artículos 8 y 25 de la CADH se deben realizar juicios penales donde se responsabilicen a los autores intelectuales y materiales.

Igualmente, podrán alegar que los atenuantes en la ejecución de la pena como los que el Estado aplicó a desmovilizados como Guadamuz, Mukundi y Pires contravienen el principio de proporcionalidad de la pena, pues estos juicios debían sancionar a los responsables con un castigo que sea proporcional a la grave violación cometida. Podrán argumentar que en virtud del Código Penal del Estado Cardenal las penas por los delitos cometidos oscilan los 60 años de prisión mientras que, en la actualidad, se les están imponiendo penas de entre 4 y 8 años en centros alternativos de reclusión, castigo que corresponde a entre el 6 y el 12 % de la pena ordinaria.

En conclusión, los alegatos de los representantes de las víctimas se centrarán en la formulación amplia del deber de investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones a los derechos humanos. Podrán fundamentarse en la línea jurisprudencial establecida por la Corte IDH respecto a las auto-amnistías y a las amnistías generales, estableciendo de antemano que el contexto del Estado Cardenal no corresponde con uno de transición hacia la paz. A partir de ahí, podrán alegar la imposibilidad de flexibilizar el deber de investigar, juzgar y sancionar, por lo que con la aplicación de la LRCR, la República Cardenal no ha dispuesto los medios para perseguir y sancionar todas las graves violaciones a los derechos humanos, de la mano con la concepción del juez Ferrer McGregor que se citó con anterioridad.

c. Alegatos del Estado

El Estado se enfocará principalmente en la posibilidad de cualificar el deber de investigar, juzgar y sancionar. Por lo tanto, el Estado deberá centrar sus alegatos, en primera instancia, en que el contexto en el que se encuentra el país es el de transición de un conflicto armado interno hacia la paz y alegar que bajo esa situación particular expidió la LCRC, que contempla los mecanismos de justicia transicional previamente consensuados en los acuerdos de paz.

Para ello alegará que la jurisprudencia de la Corte establece la relación de ese deber como una relación entre los artículos 8 y 25, en asocio con el 1.1. Si bien el argumento es fuerte, lo cierto es que ninguno de esos artículos trae literalmente un deber de sanción sino un deber de garantía de los derechos, el debido proceso y el derecho a un recurso judicial para el amparo del derecho. No se habla nunca de sanción, ni siquiera de sanción penal. Pero la Corte se basa en una suposición implícita, que tiene razonabilidad pero es cuestionable, sobre todo en una transición para salir de la guerra.

La suposición es que para garantizar los derechos, que es un deber conforme al artículo 1.1, sería necesario sancionar penalmente las graves violaciones, lo que a su turno sería un deber del Estado y un derecho de las víctimas, que debe ejercerse conforme al debido proceso y garantizado a las víctimas (8 y 25). No es un mal argumento, pero el supuesto es que ese encadenamiento funciona, esto es, que razonablemente uno puede suponer que la sanción penal de las violaciones de DH contribuye a su garantía. Y eso puede ser admisible (aunque discutible) en tiempos de normalidad, por las funciones preventivas generales (positivas o negativas) de la pena. Pero qué pasa si uno sustenta sólidamente que la no persecución penal, como consecuencia de un proceso de paz con amnistía, acompañada de medidas de verdad y reparación, logra evitar mejor nuevas violaciones de DH al terminar el conflicto armado, mientras que intentar perseguir tiene el efecto contrario, pues

evita la paz. Con la lógica misma de la jurisprudencia de la Corte IDH habría que concluir que esas amnistías son legítimas

Además, el Estado podrá alegar que conforme a lo dispuesto en la sentencia de *El Mozote*, cuando se trata de contextos de paz negociada el deber de investigar, juzgar y sancionar puede ser modulado con el ánimo de garantizar una paz estable a futuro. Que tratándose de la finalización de un conflicto armado interno, la jurisprudencia interamericana permite la posibilidad de aplicar figuras como los criterios de selección y priorización de casos, la exclusión de responsabilidad penal de algunos responsables y el otorgamiento de penas alternativas, siempre condicionados al cumplimiento de una serie de requisitos encaminados a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral.

En este sentido, podrá alegar que al introducir un enfoque holístico de la justicia transicional cumple con la obligación de perseguir y sancionar. Podrá en este punto argumentar que la estrategia de selección de casos adoptada busca cumplir con el precedente establecido para estas situaciones, cual es que la jurisdicción transicional puede centrar sus labores en juzgar y sancionar aquellas conductas que revistan la calidad de crímenes internacionales de conformidad con el Estatuto de Roma del cual hace parte. Aquí podrá manifestar que el Estado ha seguido la posición adoptada por la CIDH en su informe de 2011 en el capítulo dedicado a la situación en Colombia, donde recomendó a ese Estado que en la aplicación de un régimen de justicia transicional se debía iniciar un proceso de selección y priorización de casos, pues la masividad de crímenes atroces cometidas en ese país tornó ineficiente el aparato judicial encargado de procesar las graves violaciones a los derechos humanos, situación que dada la fragilidad institucional por la que atraviesa la República Cardenal podría padecer si no enfoca sus entes judiciales.

En consecuencia, el Estado puede alegar que, a diferencia de lo que sostienen los representantes de víctimas, al aplicar los criterios de selección y priorización no estaría otorgando una amnistía general e incondicionada. Por el contrario, estaría dando aplicación a lo dispuesto en el Protocolo II al conceder la amnistía más amplia posible pero obligando a los desmovilizados a cumplir una serie de requisitos contemplados en la LRCR y concomitantemente cumplir con el núcleo de la obligación de juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos que revistan la calidad de crímenes internacionales contemplada por la Corte IDH. Por lo tanto, el Estado podrá alegar que se trata de una estrategia de persecución penal que, por un lado, otorga una amnistía parcial y condicionada a aquellos responsables que no sean seleccionados y, por el otro lado, ejerce una justicia penal transicional frente a aquellos máximos responsables de comisión de delitos internacionales.

Así mismo, el Estado alegará que a diferencia de la posición de las víctimas y la Comisión, acorde con el voto concurrente del juez García-Sayán a la sentencia de *Masacre de El Mozote* y el Caso *Masacre de La Rochela* de la Corte IDH, castigó a los máximos responsables de cometer graves violaciones a los derechos humanos que a su vez sean crímenes internacionales. Manifestará que según el estado actual de la jurisprudencia de la Corte no hay certeza jurídica de qué implica castigar en el ámbito interamericano y que al aplicar penas alternativas no ha incurrido en responsabilidad alguna como Estado. Asimismo, podrá alegar que las penas se han aplicado con un objetivo verificable como el establecimiento de la paz y bajo condiciones que garanticen la protección de los derechos de las víctimas. Finalmente, podrá alegar que en el marco de este proceso fueron seleccionados los crímenes cometidos contra las víctimas que hoy acuden a la Corte y que se les dio

un procesamiento asumido con la debida diligencia que deben tener estos tipos de juicios penales en el marco de la justicia transicional.

3. Reparaciones

a. Estándares aplicables

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que las reparaciones son “medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial” y que, por tanto, éstas “deben guardar relación con las violaciones”⁵³. Asimismo, al evaluar que existen situaciones en la que no es posible disponer el “restablecimiento a la situación anterior” a la violación, la Corte “ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños causados”⁵⁴.

Adicionalmente, tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como las decisiones y jurisprudencia de distintos órganos internacionales de protección han entendido que la satisfacción plena y adecuada del derecho a la reparación integral debe garantizar que la reparación sea proporcional a la violación sufrida, a su gravedad y a los daños padecidos. En este sentido, tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como las decisiones de distintos órganos internacionales de protección hacen referencia a la obligación de garantizar una reparación proporcional, adecuada y justa⁵⁵.

La restitución de la víctima a la situación en la que se encontraba antes de ocurrida la violación de sus derechos, o *restitutio in integrum*, como le ha denominado la Corte Interamericana, puede comprender las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. En la actualidad, existe un consenso internacional que establece, para efectos metodológicos, que las distintas medidas de reparación a las que podrían acceder las víctimas de violaciones pueden ordenarse a partir de cinco componentes específicos: la restitución, la indemnización, la satisfacción, la rehabilitación, y las garantías de no repetición.

Las medidas de restitución implican el restablecimiento, hasta donde sea posible, de la situación que existía antes de que ocurriera la violación. La Corte Interamericana ha establecido que esta restitución puede contemplar medidas tales como: a) el restablecimiento de la libertad de personas

⁵³ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia, fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006, párr. 143.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Sentencia excepción preliminar, fondo y reparaciones, 1 de julio de 2011, párr. 145.

⁵⁵ Por ejemplo, los “Principios y Directrices Básicos de la ONU de 2006” establecen que la reparación debe ser proporcional a la gravedad de la violación y al daño sufrido (principio 15), que las víctimas deben recibir una reparación plena y efectiva (principio 18) y otorgan una prioridad a la restitución, pues señalan que ésta debe, cuando sea posible, restaurar a la víctima a la situación original antes de que ocurriera la violación grave al derecho internacional de los derechos humanos (principio 19). ONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones*. Consejo Económico y Social, A/RES/60/147, del 21 de marzo de 2006.

detenidas ilegalmente; b) la devolución de bienes confiscados ilegalmente; c) el regreso al lugar de residencia del cual la víctima fue desplazada; d) el reintegro al empleo; e) la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y cancelación de los registros correspondientes, y f) la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal⁵⁶.

Las medidas de compensación buscan reparar a las víctimas por los daños y perjuicios físicos y morales sufridos, así como por la pérdida de ingresos y oportunidades, los daños materiales (daño emergente y lucro cesante), los ataques a la reputación, los gastos incurridos y los costos de asistencia jurídica y servicios médicos. La indemnización puede ser monetaria o en especie. La compensación en especie requiere la entrega de un bien material de las mismas características y en las mismas condiciones de aquello de que fueron privadas las víctimas. La compensación monetaria, o indemnización, ha de concederse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones⁵⁷.

Las medidas de rehabilitación tienen por objeto reducir los padecimientos físicos y psicológicos de las víctimas, por medio de medidas dirigidas a brindar atención médica, psicológica y psiquiátrica, que permitan el restablecimiento de la dignidad y la reputación de las víctimas, así como los servicios jurídicos y sociales que requieran las víctimas. Para cumplir con estos objetivos, las medidas de atención deberán ser brindadas a las víctimas de forma gratuita e inmediata, incluyendo la provisión de medicamentos⁵⁸.

Las medidas de satisfacción se encuentran dirigidas a reparar el daño inmaterial (sufrimientos y las aflicciones causados por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas). Comprenden asimismo actos u obras de alcance o repercusión pública, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata, pretendiendo de esta manera la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos⁵⁹.

Adicionalmente, en las medidas de satisfacción, en tanto su objeto es reconocer públicamente el daño sufrido por las víctimas a fin de dignificarlas, se incluyen las medidas de investigación y enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos, el conocimiento y la difusión de la verdad, la búsqueda de los desaparecidos, la localización y entrega de los restos de los familiares muertos, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, así como la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, la realización de homenajes y conmemoraciones a las víctimas, la instalación de placas y/o monumentos y los actos de desagravio a la memoria de las víctimas.

⁵⁶ Corte IDH. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. OEA. San José de Costa Rica. Página 10 y 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf.

⁵⁷ ONU. "Principios y directrices básicos". Principio 20.

⁵⁸ Corte IDH. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. OEA. San José de Costa Rica. Página 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf.

⁵⁹ Corte IDH. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. OEA. San José de Costa Rica. Página 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf.

Por último, están las garantías de no repetición, con medidas idóneas de carácter administrativo, legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones de su dignidad. Estas medidas tienen un alcance o repercusión pública y en muchas ocasiones resuelven problemas estructurales, viéndose beneficiadas no sólo las víctimas del caso pero también otros miembros y grupos de la sociedad⁶⁰. En ese sentido, las garantías de no repetición se pueden dividir a su vez en 3 grupos, según su naturaleza y finalidad: a) capacitación a funcionarios públicos y educación a la sociedad en derechos humanos; b) adopción de medidas de derecho interno; c) adopción de medidas para garantizar la no repetición de violaciones.

b. Reparaciones judiciales y programas administrativos

En situaciones de violación masiva es común que los Estados establezcan programas administrativos de reparación que busquen enfrentar la masividad de los hechos así como abrir una vía de acceso a las reparaciones que termina siendo ilusoria para las víctimas si se deja solamente a la vía judicial. Los programas masivos de reparación por vía administrativa son generalmente iniciativas diseñadas como conjunto de medidas de reparación sistemáticamente vinculadas entre sí. Su propósito esencial es restituir los derechos de las víctimas, reconocer su condición de ciudadanos con plenos derechos - lo que implica necesariamente una transformación de su situación de vulneración- y recuperar el tejido social. Por estas razones, los programas de reparación suelen poner mayor énfasis en los componentes de restitución, compensación y rehabilitación.

Estos programas de reparaciones pueden ir desde los muy básicos, es decir, la simple entrega de dinero en efectivo, hasta los sumamente complejos, es decir, distribuir dinero pero también atención de salud, apoyo educacional y de vivienda, etc., además de medidas simbólicas, tanto individuales como colectivas. Estos programas buscan llegar a la mayor cantidad posible de víctimas y para ello, en comparación con los procedimientos judiciales que buscan la reparación, suelen ser más rápidos, económicos y exigen una menor carga probatoria a las víctimas. Sin embargo, y debido a su carácter masivo, estos programas establecen tarifas considerablemente menores a las concedidas en sede judicial y no suelen ir acompañados de medidas de amplio alcance que eviten la repetición de los hechos de violencia. Por esta razón, se considera deseable diseñar estos programas de manera paralela al establecimiento de reformas institucionales y medidas de no repetición, tal y como ha sucedido en algunas experiencias, en las cuales tuvo lugar el adelantamiento de reformas constitucionales, reformas al sistema judicial, de policía, a las fuerzas militares, entre otras.

El debate que propone el caso es evaluar, desde el punto de vista del contexto de transición y del carácter holístico de las medidas realizadas por el Estado, qué tan acorde con los estándares del sistema resultan las medidas de reparación diseñadas mediante este programa administrativo. Y, sobre todo, cómo decantar estándares sobre cuál debería ser la relación entre reparación por vía judicial internacional y valoración de esfuerzos nacionales masivos en aquellos casos en que las sociedades han implementado dichos programas.

⁶⁰ Corte IDH. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. OEA. San José de Costa Rica. Página 11. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2010_esp.pdf.

c. Alegatos de las partes

Los representantes de las víctimas alegarán que las reparaciones otorgadas no satisfacen sus necesidades y expectativas. Si bien el programa de reparaciones es comprensivo (en el sentido en que incluye medidas de distintos componentes de reparación: indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, así como un componente colectivo), y además es de fácil y rápido acceso, para los representantes de las víctimas el contenido de la prestación es muy inferior a lo que considerarían como reparaciones justas y adecuadas. Por ejemplo, en materia de indemnización los montos son muy inferiores a algunas reparaciones otorgadas por la Corte en casos de violencia similar (torturas, desapariciones forzadas).

En su defensa podrán alegar los precedentes de casos peruanos y guatemaltecos en donde la Corte valoró los programas de reparación de dichos países y, aun cuando los apreció positivamente, ordenó reparaciones complementarias. Así, en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú*, la Corte encontró que la Ley que creaba el programa no otorgaba seguridad jurídica sobre si las víctimas podían acudir también por la vía judicial a reclamar sus derechos que consideraban conculcados. Por tanto, la Corte declaró que los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una adecuada y efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia⁶¹.

En el Caso *Chitay contra Guatemala*, si bien la Corte valoró positivamente el Programa Nacional de Resarcimiento (PNR) implementado por el Estado de Guatemala, no lo consideró suficiente para la reparación integral de las víctimas del caso, por lo que ordenó en cada uno de sus componentes la implementación de medidas positivas por parte del Estado, incluyendo la determinación de daño emergente y lucro cesante⁶². Por otro lado, en el caso de las *Masacres del Río Negro contra Guatemala*, la Corte encontró que los montos indemnizatorios debidamente reconocidos por el Estado de Guatemala a través del PNR debían ser restados a los montos determinados por la Corte conforme a los estándares internacionales⁶³.

El Estado, por su parte, encontrará favorables casos más recientes en donde la Corte ha tenido que evaluar las reparaciones de los programas administrativos de Chile y Colombia. En primer lugar, en el caso *García Lucero contra Chile*, la Corte determinó que los programas administrativos de reparación son compatibles con la CADH (art. 63.1) siempre y cuando no impida a las víctimas el ejercicio de acciones jurisdiccionales en reclamo de medidas de reparación⁶⁴. En ese caso, por las particularidades especiales de la competencia la Corte no ahondó en la evaluación del daño, pero en definitiva decidió no otorgar reparaciones complementarias a las que la víctima ya había recibido del programa administrativo de reparación.

⁶¹ Caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Párr. 146.

⁶² Caso *Chitay Vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010.

⁶³ Caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Párr. 304.

⁶⁴ Caso *García Lucero y otras Vs. Chile*. Excepción preliminar, fondo y reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Párrs. 185 y ss.

En una línea similar la Corte ha fallado casos recientes de Colombia. En el caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas por la operación Génesis, la Corte determinó que los montos indemnizatorios debidamente reconocidos por el Estado de Colombia a las víctimas afrodescendientes a través de la Ley de víctimas y su decreto reglamentario debían ser reconocidos y, por tanto, se abstuvo de otorgar reparaciones en ese sentido⁶⁵. Es de anotar que la CIDH se opuso a la pretensión del Estado de que dichas reparaciones fueran consideradas, bajo los siguientes argumentos: a) se trata de una ley muy nueva que está en proceso de implementación y ajuste, b) desvirtúa la naturaleza del sistema interamericano y sus alcances. Por su parte, los representantes sostuvieron que era insuficiente, dada la magnitud de los daños causados, así como la naturaleza y cuantía de las reparaciones que ella contempla; que se trata de una ley de carácter general, cuya indemnización para personas desplazadas era precaria y contenía rubros que no aplicaban al caso concreto; y que en ella se confundía la prestación de oferta dirigida a la población desplazada con las reparaciones. No obstante, el Tribunal indicó que

“en escenarios de justicia transicional en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente a números de víctimas que exceden ampliamente las capacidades y posibilidades de los tribunales internos, los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación. En esos contextos, esas medidas de reparación deben entenderse en conjunto con otras medidas de verdad y justicia, siempre y cuando se cumplan con una serie de requisitos relacionados, entre otros, con su legitimidad –en especial, a partir de la consulta y participación de las víctimas-; su adopción de buena fe; el nivel de inclusión social que permiten; la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas pecuniarias, el tipo de razones que se esgrimen para hacer reparaciones por grupo familiar y no en forma individual, el tipo de criterios de distribución entre miembros de una familia (órdenes sucesorales o porcentajes), parámetros para una justa distribución que tenga en cuenta la posición de las mujeres entre los miembros de la familia u otros aspectos diferenciales tales como si existe propiedad colectiva de la tierra o de otros medios de producción.

La Corte reconoció los avances llevados a cabo por el Estado en materia de reparación de víctimas del conflicto armado a partir de la promulgación de la Ley de Víctimas. En últimas, la Corte ordenó al Estado que garantizara que las personas que fueran reconocidas como víctimas en la sentencia, tuvieran acceso prioritario a las indemnizaciones administrativas y que procediera cuanto antes al pago de las mismas, independientemente de los plazos que la legislación interna hubiera contemplado, evitando obstáculos de cualquier índole.

⁶⁵ Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Párrs. 462 y ss.

Bibliografía

Abramovich, Víctor (2008). ““Transplante” y “Neopunitivismo”. Debates sobre aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina”, en Tiscornia, Sofía. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*, Buenos Aires: CELS.

Ambos, Kai y Zuluaga, John (2013). *La “nueva” política de selección y priorización procesal penal en Colombia*. Disponible en <http://www.asuntosdelsur.org/blog/2013/03/19/la-nueva-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombia/>

Bergsmo, Morten y Saffon, María Paula (2011). Enfrentando una fila de atrocidades pasadas. ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?, en Ambos, Kai (coord.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá: ProFis.

De León, Gisela, Krsticevic, Viviana. y Obando, Luis. (2010). *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a los Derechos Humanos*, Buenos Aires: CEJIL

Ferrer, Eduardo (2014). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. En: *Revista IIDH*, Vol. 59.

La Rota, Miguel Emilio y Bernal, Carolina (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*, Bogotá: Dejusticia.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009). *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

Parenti, Pablo y Polaco, Iván (2011). “Argentina”, en Ambos, Kai (coord.). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá: ProFis.

Parra, Oscar (2012). La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad. Algunos avances y debates, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, N.º1.

Scharf, Michael (1999). The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court, en *Cornell International Law Journal*, 32 Cornell Int'l L.J.

Uprimny, Rodrigo, Sánchez, Luz María y Sánchez, Nelson Camilo (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Dejusticia.

Ramelli, Alejandro (2011) *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Agencia de Cooperación Internacional Alemana (GIZ).