

# LA IDEOLOGÍA PENAL DE CIERTOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ¿GARANTÍAS PARA EL IMPUTADO, PARA LA VÍCTIMA O PARA EL APARATO REPRESIVO DEL ESTADO?

---

*Daniel R. Pastor*

**RESUMEN.** La perversa impunidad de crímenes gravísimos perpetrados por los Estados terroristas latinoamericanos llevó al régimen interamericano de supervisión de los derechos humanos a inventar unas prerrogativas penales prioritarias para las víctimas que no están previstas en la Convención Americana y que se traducen en el correspondiente deber estatal de investigar esos hechos, enjuiciar a los sospechosos y reprimir penalmente a los culpables. Esto supone, en caso de conflicto, una inevitable cancelación de innumerables garantías del acusado que sí están previstas expresamente en la Convención Americana. El resultado de este cambio de ideología penal no se refleja tanto en la mejor protección de las víctimas como en un incremento del otrora más y mejor limitado poder de fuego del aparato punitivo estatal.

**Palabras clave:** debido proceso legal, garantías constitucionales, crímenes de lesa humanidad.

**ZUSAMMENFASSUNG.** Die perverse Straffreiheit für die von den Terrorstaaten Lateinamerikas begangenen Schwerstverbrechen hat das interamerikanische System zur Überwachung der Menschenrechte dazu veranlasst, bestimmte strafrechtlich prioritäre Vorrechte für die Opfer zu erfinden, die in der Amerikanischen Konvention nicht vorgesehen sind und die in der Verpflichtung des Staates zum Ausdruck kommen, diese Vorgänge zu untersuchen, die Verdächtigen vor Gericht zu stellen und die Schuldigen zu bestrafen. Bei Konflikten führt das unweigerlich zur Aufhebung zahlloser Garantien für die Angeklagten, die allerdings ausdrücklich in der Amerikanischen Konvention enthalten sind. Das Ergebnis dieses veränderten grundsätzlichen Strafansatzes kommt nicht so sehr in einem verbesserten Opferschutz als vielmehr in einer Stärkung der vorher enger und besser begrenzten Schlagkraft des staatlichen Strafapparats zum Ausdruck.

---

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

---

**Schlagwörter:** Rechtmäßiges Verfahren, von der Verfassung garantierte Freiheitsrechte, Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

**ABSTRACT.** The unacceptable impunity of very serious crimes perpetrated by terrorist States in Latin America led the Inter-American human rights monitoring system to confer on the victims special privileges which are not established in the American Convention and which entail the States' obligation to investigate those events, prosecute the suspects and punish the offenders. In cases of conflict, this leads inevitably to the cancellation of countless rights of the accused which are enshrined in the American Convention. The consequences of this ideological change do not mean an improved protection for victims but rather an increased firing power of the punitive apparatus of the States, which formerly was limited in a more effective manner.

**Keywords:** due process of law, constitutional guarantees, crimes against humanity.

## 1 • El problema

Este trabajo se propone, con muchas limitaciones obviamente, aportar un puñado de reflexiones que persiguen un posible perfeccionamiento de la valiosa tarea que en defensa de los derechos humanos cumplen los sistemas de control internacional del respeto de esas prerrogativas individuales. Me concentraré en el denominado *sistema interamericano* y en ciertos pronunciamientos de los órganos de ese régimen. Aquí van a ser descritas ciertas prácticas de ese modelo en las que se perciben circunstancias que, a juicio de este autor, son altamente problemáticas desde el punto de vista penal y que, por tanto, resultan dignas mención con la esperanza de que sean modificadas.

El análisis está restringido, como se mencionó, a las manifestaciones de ese sistema en materia penal y, dentro de este ámbito, ante todo al tratamiento llevado a cabo respecto de crímenes internacionales. Por tales, según los pronunciamientos en estudio, se entiende a varias figuras típicas del derecho penal internacional (especialmente delitos contra la humanidad y crímenes de guerra), pero serán analizadas también las opiniones y decisiones relativas a casos de hechos punibles que, a juicio de esos pronunciamientos, constituyen otras graves violaciones de los derechos humanos; esto último debido a que, aun cuando no se pueda saber seriamente cuáles son, el sistema interamericano las ha

## DANIEL R. PASTOR

---

equiparado a los crímenes internacionales en todas sus consecuencias, que se engloban en el *principio de prohibición de impunidad*.<sup>1</sup>

Focalizado de este modo el objeto de estudio, la tarea a desarrollar ahora consiste en plantear un diálogo entre la ideología penal que informa todo sistema de derechos fundamentales y la que es sostenida por el sistema interamericano de derechos humanos para crímenes internacionales y otras lesiones relevantes de los derechos humanos. Considero que al respecto existe un preocupante divorcio.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Com IDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) han desplegado, en materia de delitos comunes, un valiosísimo trabajo para asegurar los derechos humanos del imputado.<sup>2</sup> Este personaje es desde siempre el objeto central de protección de los derechos fundamentales en los casos penales. La rica tarea del sistema interamericano, que debe ser calurosamente destacada y felicitada, ha mejorado sin lugar a dudas la posición jurídica de todos los acusados de crímenes ordinarios en su ámbito de influencia.<sup>3</sup> Son ya célebres las opiniones y decisiones de la Comisión y de la Corte que han afianzado cabalmente las prerrogativas jurídicas del inculcado en innumerables materias: derecho al debido proceso,<sup>4</sup> derecho a un tribunal imparcial,<sup>5</sup> derecho a ser juzgado en un plazo razonable,<sup>6</sup> derecho a permanecer en libertad durante el

---

<sup>1</sup> Silva Sánchez sostiene que este fenómeno actual, vinculado al derecho penal autoritario, se basa en la idea de que ningún delito debe quedar impune y lo prueba con las afirmaciones de Carl Schmitt que postulaban, en los tiempos del nacionalsocialismo, abandonar, por liberal, el principio *nullum crimen* y establecer un principio de ningún crimen sin castigo (véase Jesús Silva Sánchez: "¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'ucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, n.º 86-87, Bogotá, 2008, p. 150).

<sup>2</sup> Me he de referir a este sujeto del proceso penal, indistintamente y sin más precisiones técnicas, también como *acusado e inculcado*.

<sup>3</sup> Esta labor de protección del imputado como misión central del derecho internacional de los derechos humanos ha sido descrita correctamente como un poner "límites jurídicos a las medidas que los estados puedan adoptar, ya sea por la ley o por las prácticas extra-legales, para luchar contra la criminalidad" (Juan E. Méndez: "Justicia Penal en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en *Revista Jueces para la Democracia*, Madrid, 2004, n.º 49, p. 88). En el trabajo citado es expuesto el desarrollo de los pronunciamientos del sistema interamericano para asegurar el respeto de los derechos humanos del imputado, a saber, "las decisiones de la Corte y de la Comisión interamericanas sobre derechos humanos en la *represión del delito*" (p. 83, cursivas añadidas).

<sup>4</sup> Corte IDH: *Garantías judiciales en estados de emergencia*, opinión consultiva n.º 9-87, del 6 de octubre de 1987; sentencia del caso *Hilarie, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago*, del 21 de junio de 2002, § 146-152.

<sup>5</sup> Corte IDH: *Ivcher Brostein contra Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001, § 111-116; *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, § 169-175.

<sup>6</sup> Corte IDH: *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, § 70-75; *Tibi contra Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, § 167-177; *Acosta Calderón contra Ecuador*, sentencia del 24 de junio de 2005, § 103-108. También Informe de la Com IDH n.º 2-97 en el caso n.º 11.499.

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

enjuiciamiento,<sup>7</sup> derecho a la invalidez de las pruebas obtenidas en violación del principio *nemo tenetur*,<sup>8</sup> derecho a la congruencia entre acusación y sentencia,<sup>9</sup> derecho amplio de defensa,<sup>10</sup> derecho a la motivación de la sentencia,<sup>11</sup> derecho de recurrir el fallo ante un tribunal superior,<sup>12</sup> en fin, derecho a condiciones humanas y dignas de detención.<sup>13</sup>

En esto, el sistema ha cumplido con lo que se espera de él, a saber: que reconozca, incluso por su lectura, el extenso elenco de derechos del acusado que contienen los catálogos nacionales e internacionales de derechos humanos y haga que los tribunales penales los cumplan de modo riguroso.<sup>14</sup> Esto es algo que, aunque sea trivial por lo recién mencionado y parezca un traslado forzoso de lechuzas a Atenas, debe ser saludado y bienvenido. Hay hasta aquí una perfecta y maravillosa sintonía entre la ideología penal de los derechos humanos y las opiniones y decisiones del sistema interamericano.

La metamorfosis se produce al enfrentarse el régimen interamericano con casos de crímenes internacionales y otras graves violaciones de los derechos humanos. Llegados a este punto, parecería que el sistema cambiara de constitución, pues los extensos y expresos derechos del imputado son devaluados y superados por unos derechos de las víctimas<sup>15</sup> que no están previstos explícitamente ni por los catálogos de derechos

<sup>7</sup> Corte IDH: *Suárez Rosero contra Ecuador*, cit., § n.º 77; *López Álvarez contra Honduras*, sentencia del 1 de febrero de 2006; *Bayarri contra Argentina*, sentencia del 30 de octubre de 2008, § 69-77. Com IDH: Informe n.º 35-07 en el caso n.º 12.553, *Jorge, José y Dante Peirano Basso* (Uruguay), de 1 de mayo de 2007.

<sup>8</sup> Comisión IDH: Informe n.º 2-99 en el caso n.º 11.509, *Manuel Manríquez* (México) de 23 de febrero de 2009, § 62-85.

<sup>9</sup> Corte IDH: *Fermín Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, § 65-80.

<sup>10</sup> Corte IDH: *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999; *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva n.º 17-02, del 28 de agosto de 2002, § n.º 132; *Tibi contra Ecuador*, cit., § 183-200; Com IDH: Informe n.º 50-00 en el caso n.º 11.298, *Reinaldo Figueredo Planchart contra Venezuela*, del 13 de abril de 2000, § n.º 127; Informe n.º 49-01, del 4 de abril de 2001 en el caso *Lamey, Leroy; Mykoo, Kevin; Montique, Milton y Daley, Dalton v. Jamaica*, § n.º 214.

<sup>11</sup> Corte IDH: *Apitz Barberá y otros contra Venezuela*, sentencia del 5 de agosto de 2008, § 87 ss.

<sup>12</sup> Corte IDH: *Herrera Ulloa*, cit.; Com IDH: Informe n.º 17-94, del caso *Maqueda* (Argentina).

<sup>13</sup> Corte IDH: *Raxcacó Reyes contra Guatemala*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, § 94-102. Com IDH: información detallada de la *Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad*, en <<http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/default.htm>>. Asimismo, más detenidamente sobre los casos más importantes acerca del afianzamiento de los derechos fundamentales del imputado mediante los pronunciamientos del régimen interamericano, véase Méndez: o. cit., pp. 82 ss.

<sup>14</sup> "Si un Estado es parte de este sistema, las recetas de «mano dura» contra el delito, como la reintroducción o la ampliación de la pena capital, los atajos procesales para garantizar condenas, o la prohibición de la excarcelación, por citar algunos ejemplos, chocarán contra estos principios obligatorios en materia de derechos humanos internacionalmente reconocidos" (Méndez: o. cit., pp. 88 s.).

<sup>15</sup> Por *víctima* me refiero en este texto —de modo imperdonablemente simplificado y sin las importantes precisiones técnicas que serían necesarias pero que por falta de espacio no es posible de efectuar aquí— a quien aparece en el proceso penal como posible sujeto pasivo de un delito, conceptualización general que engloba indistintamente las voces *ofendido*, *damnificado*, *querellante*, *acusador particular*, etcétera, que son usuales, con sus matices, en las diversas legislaciones y en la literatura especializada. La preferencia por la expresión *víctima* está determinada de forma práctica por ser la designación empleada en los pronunciamientos en análisis,

## DANIEL R. PASTOR

---

humanos ni, mucho menos, por la ideología penal que preside todo derecho de los derechos humanos.<sup>16</sup> Aparecen así en el curso de la escena del enjuiciamiento penal los derechos humanos de las víctimas a la investigación de los hechos, al descubrimiento de la verdad, a la imprescriptibilidad de los delitos, a que no sean objeto de ningún tipo de amnistía, a que los acusados no puedan invocar la cosa juzgada ni el *ne bis in idem*, a que los culpables sean condenados rápidamente y a que ninguna circunstancia se oponga a la realización de los procesos y a la aplicación de las penas que correspondan.<sup>17</sup> Todo esto puede ser también bienvenido, especialmente porque implica en casi todos los casos que se haga justicia respecto de crímenes gravísimos históricamente relegados a la más perversa impunidad, pero sin lugar a dudas no tiene nada que ver con la ideología penal que justifica el origen y la existencia de los derechos humanos frente a los aparatos represivos estatales, debido a que estos pronunciamientos han impuesto un poder punitivo de “mano dura”, de “tolerancia cero”, que es incompatible con todo sistema, nacional o internacional, de derechos fundamentales o humanos.<sup>18</sup>

No hay nada más evidente, sencillo y rentable para un jurista, desde todo punto de vista, que afirmar que los crímenes deben ser castigados para que en el mundo prevalezca la justicia y reine la paz. Solo para los penalistas escépticos o para los abolicionistas lo afirmado precedentemente resulta incomprensible. Si esos crímenes, además, son los

---

aunque es la más desafortunada de todas para designar la participación de este sujeto en el proceso, dado que justamente solo cuando el proceso termina definitiva e irrevocablemente es posible saber si en realidad hay una víctima en sentido jurídico-penal; hasta ese momento su estatus es esencialmente refutable, mientras que la condición de imputado resulta adecuada durante todo el proceso (véase Silva Sánchez: o. cit. [nota 1], pp. 170 ss.; y Urs Kindhäuser: “La posición del damnificado en el proceso penal”, en Hans-Jörg Albrecht et al. [comps.]: *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*, Buenos Aires, 2009, p. 144).

<sup>16</sup> Un exposición pormenorizada de esta tendencia del sistema interamericano, con un fino análisis crítico efectuado desde la teoría de los derechos fundamentales y desde los principios del derecho procesal penal de la democracia, puede verse en Alberto Nanz: “La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo”, en Daniel Pastor (dir.): *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, 2009, pp. 353 ss. Este trabajo constata, de entrada (p. 353) lo cuestionable que es el reconocimiento de derechos humanos de la víctima al proceso y al castigo, el carácter vago del fundamento de esta asignación jurídica y la interpretación desmesurada de la Convención en la cual ello se basa, con más argumentos, acerca del carácter jurídicamente imprevisto de estos derechos, en pp. 360 ss.

<sup>17</sup> Así en la jurisprudencia de la Corte IDH desde la sentencia *Velásquez Rodríguez*, del 29 de julio de 1988, hasta la reciente sentencia *Guerrilha do Araguaia*, del 24 de noviembre de 2010. Más detalladamente sobre estos derechos, véase Silva Sánchez: o. cit. (nota 1), pp. 154 ss.; y Nanz: o. cit., pp. 354 ss., 360 ss. Ejemplos más concretos de esta tenencia son expuestos y discutidos más adelante en este trabajo.

<sup>18</sup> En la base de esta construcción está la idea de no interpretar más lo penal como *Magna Charta* del delincuente (von Listz), sino como *Magna Charta* de la víctima (véase Jesús Silva Sánchez: *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2.ª edición, 2001, p. 54, con cita de Hillenkamp). Este autor señala también, en la misma obra, pp. 42 ss., que los miembros de las sociedades actuales se identifican más con las víctimas de los delitos que con los autores.

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

más graves que uno pueda imaginarse, tal como sucede con los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos, la afirmación puede ser vista como un principio de derecho penal de características perfectas, algo así como un canon irrefutable que fundamenta el mejor modelo posible de justicia.

Eso sería siempre así si los acusados de haber cometido esos hechos no tuvieran ninguna protección jurídica. Entonces sí que los ideales de justicia penal para acabar con la impunidad y asegurar la paz no encontrarían inconveniente alguno en su camino. Pero el derecho, también el internacional, considera igualmente que toda persona acusada de un hecho punible, de cualquier crimen, tiene derechos y garantías inherentes a su dignidad que deben ser respetados como único modo de llegar a una sentencia condenatoria de calidad jurídicamente aceptable para que en ese caso no haya una impunidad ilegítima. Estos derechos del acusado frente a la justicia penal son particularmente intensos en los instrumentos internacionales de derechos humanos aparecidos después de la Segunda Guerra Mundial. Ello se mantiene en pie aunque el acusado sea un asesino serial contra la humanidad. Parece haber una única excepción al respecto en esos catálogos de derechos humanos.<sup>19</sup>

Si, por el contrario, hubiera que reconocer un régimen jurídico especial para víctimas excelentes e imputados muy impopulares, mejor sería no tener más derecho. Afortunadamente no hay nada de eso en el estado actual de nuestra civilización jurídica, la cual, por medio del derecho, establece que toda víctima es una víctima y que todo acusado es un acusado. Una advertencia adicional, que todavía debe ser efectuada para despejar toda confusión, reza: todos los imputados, igual que todas las víctimas, deben ser tratados con los mismos criterios: los asesinos del derecho común y los del derecho penal internacional, los desposeídos de siempre que cometen crímenes de subsistencia y los funcionarios públicos corruptos, los banqueros que legitiman activos y los abusadores sexuales. Ya lo dijo Ferrajoli: El derecho penal de un Estado de derecho no distingue entre amigos y enemigos, sino entre culpables e inocentes.<sup>20</sup>

Hasta aquí se podría decir que lo dicho es muy obvio, que nadie está proponiendo erradicar la impunidad y realizar la justicia violando los derechos humanos de

---

<sup>19</sup> El sano mandato de ley penal escrita que emana de un principio *nullum crimen* que, en sintonía con la era moderna, proscribía toda costumbre como fuente de derecho penal, consagrado (también) por el artículo 15.1 del PIDCP, resulta inmediatamente después excluido por este (artículo 15.2) para los autores de crímenes creados por meros "principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". Argentina, cuando era todavía un país libre de punitivismo, objetó esta disposición por medio de la correspondiente reserva formulada al hacerse parte del tratado en 1984 (artículo 4 de la ley 23.313).

<sup>20</sup> Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón*, Madrid, 5.ª edición, 2001, p. 830.

## DANIEL R. PASTOR

---

los imputados, sino todo lo contrario, y que desde siempre los sistemas judiciales han tenido que edificar y mantener una delicada armonía entre las necesidades de justicia y las prerrogativas del acusado. Pero, en verdad, cuando los objetivos penales, como en el caso de los crímenes internacionales y esas otras graves violaciones de los derechos humanos, se colocan tan en lo alto, empieza a ser difícil mantener ese equilibrio y preservar al imputado de toda violación de sus derechos. Ya se sabe: la lucha contra la impunidad solo se gana imponiendo penas, y si los crímenes son muy graves la inclinación histórica al abuso del poder punitivo lleva a que sean removidos todos los obstáculos que surjan, incluidos los del derecho, para el castigo de los culpables (*in delictis atrocissimis jura transgredi licet*).<sup>21</sup>

Cuestionar esta ideología punitiva no significa, tal como lo podría suponer algún despistado, no cuestionar la violación de los derechos humanos que sufren sistemáticamente los acusados por hechos menos atroces. Ambas violaciones son igual de intolerables. Aquí solo se añade que la violación que sufre el acusado de hechos más graves que los comunes no puede quedar neutralizada por la atrocidad de su crimen. En todo caso, para este será mayor la pena en proporción a la mayor gravedad de su hecho, pero no el tratamiento jurídico de su suerte en todo lo demás. No puede haber imputados que por el tipo de delito queden más amparados que otros por el régimen de protección de los derechos humanos. No puede ser que aquello que respecto del imputado de un delito común es una violación de derechos humanos no lo sea si el delito atribuido es grave o de lesa humanidad.

Este *doble estándar* de los pronunciamientos del régimen interamericano de supervisión de los derechos humanos es expreso: la Corte IDH, en la sentencia *Loayza Tamayo*, del 7 de septiembre de 1997, consideró que el Estado peruano había violado el principio *ne bis in idem* (CADH, artículo 8.4) al “juzgar a la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar” (§ 77); debe aclararse que los delitos que se le imputaban eran comunes, no de lesa humanidad ni otras graves violaciones de derechos humanos. En cambio, en la sentencia *Almonacid Arellano*, del 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH consideró (p. 154):

---

<sup>21</sup> En la sentencia del caso *La Cantuta*, de 29 de septiembre de 2009, la Corte IDH, en el § 157, reconoció de modo expreso que el deber estatal de investigar, enjuiciar y castigar “adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”. Véase, adicionalmente al respecto, con más detalles, Nanzer: o. cit., pp. 354 ss.

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

[...] si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.<sup>22</sup>

No me ocuparé en este trabajo de la posible esquizofrenia que plantea un doble estándar jurídico que trata a algunos imputados de un modo y a otros de otro, ni de hipotéticas objeciones morales relativas a su manifiesta hipocresía.<sup>23</sup> Lo que corresponde evaluar ahora es si no resulta insostenible un modelo que otorga la prioridad penal al interés de la víctima debido que así se abandona necesariamente la prioridad que los derechos humanos le otorgaban al interés del imputado, dado que el sistema no puede jurídicamente servir a la vez a dos objetivos tan contradictorios. Esto en razón, no en última instancia, por supuesto, de que son tan diferentes las dos concepciones ideológicas que sustentan estas dos visiones del significado penal de los derechos humanos. Kindhäuser ha destacado el conflicto al constatar que cada aumento de los derechos procesales de la presunta víctima se paga en moneda de disminución de los derechos del imputado.<sup>24</sup> Por ello en este trabajo presentaré con algún mínimo detalle cuál es la ideología penal de todo sistema de derechos fundamentales (*perspectiva del acusado*), intentaré demostrar que esa concepción es incompatible con la ideología penal que sustenta las opiniones y decisiones del sistema interamericano en el caso de los crímenes internacionales y demás graves violaciones de los derechos humanos (*perspectiva de la víctima*) y, por último, postularé que la primera perspectiva debe prevalecer sobre la segunda, o bien que, en

<sup>22</sup> Esta dualidad entre lo nacional y lo internacional, entre lo común y lo extraordinario, ha sido calificada, con agudeza y sabiduría, como patología propia de una cabeza de Jano con dos rostros (véase el informe de José Luis Guzmán D'Albora acerca de Chile, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo, 2008, pp. 140 y 153.

<sup>23</sup> Otra manifestación del doble estándar en el tratamiento de crímenes de Estado y los demás, que se ha empezado a desarrollar en Argentina, según creo, y que es digna de ser investigada más detenidamente por los expertos, puede ser vista en la propia afirmación de la Corte Suprema acerca del carácter vinculante de los pronunciamientos del régimen interamericano. Pareciera que los autores de delitos contra la humanidad o de otras graves violaciones de los derechos humanos no se ven amparados en sus procesos por la aplicación obligatoria de los precedentes interamericanos que los benefician, solo por los que los perjudican, por lo cual debería ser reformulada, según los resultados de la investigación que debería efectuarse, la doctrina de la obligatoriedad, la que ahora diría: "los pronunciamientos del sistema interamericano son vinculantes para los tribunales locales... a veces".

<sup>24</sup> Ante la consideración del damnificado por el delito como un sujeto a tratar en el proceso con los mismos derechos que su adversario, "el equilibrio de facultades procesales, orientado por el tópico de la igualdad de recursos, se desplaza a costa del imputado" (Kindhäuser: o. cit., p. 155).

**DANIEL R. PASTOR**

---

caso contrario, la adopción de la perspectiva de la víctima deberá ser asumida, de modo coherente, con todas las consecuencias necesarias que esta implica, en particular la de amplificar desmedidamente con esa excusa el poder de fuego siempre brutal del aparato represivo del Estado.

## 2. Los derechos humanos como límites al poder (también penal)

Vivimos en unas sociedades, las democráticas contemporáneas, que están organizadas políticamente con una autoridad pública establecida y limitada por el derecho (*rule of law*). Esto es algo tan evidente que puede resultar chocante que aquí sea recordado. Si no fuera porque, tal como en algún aspecto lo demuestran los hechos descritos en este trabajo, es algo que también se pierde de vista todo el tiempo. En lo que aquí interesa, el arquetipo social mencionado parte de un puñado de reconocimientos: a) la convivencia pacífica solo puede ser asegurada por medio del amargo sacrificio de otorgar poder a unas autoridades para que tengan fuerza pública legítima sobre la sociedad; b) esta autoridad artificial estará limitada en su poder a través del derecho; c) ese derecho debe responder al aseguramiento de los derechos humanos, de modo que los derechos individuales están por encima de las prerrogativas de la autoridad creada para promoverlos y garantizarlos; d) ello se explica por el origen humanista de esta concepción, que se remonta a la idea renacentista de volver a colocar, *a la grecorromana*, a la persona humana en el centro del universo.

La Ilustración, ya se sabe, hizo el resto, tanto en lo intelectual como en lo práctico, para que este modelo fuera instalado y estuviera fundamentado. Ciertas cosas, según algunos pensadores, llegaron demasiado lejos. Otras, para muchas opiniones, no han llegado todavía hasta donde deberían haberlo hecho.

La ideología de este humanismo ilustrado respecto del aparato represivo de la autoridad pública es asimismo muy clara. El poder penal es también una amarga necesidad que, si bien —por consiguiente— no puede ser suprimida, debe ser controlada por el reconocimiento en el individuo de derechos frente al aparato represivo. Derechos fundamentales y garantías judiciales que son, en esencia, prerrogativas de no punición y de punición no arbitraria.

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

La Revolución de los Derechos que representó el triunfo de la Ilustración sobre el poder público absoluto modificó el sistema penal sin perder de vista su, en última instancia irreductible, carácter violento, tendencialmente arbitrario y siempre propenso a funcionar en clave de abuso de autoridad y desvío de poder.

Por esta razón, la cultura de los derechos humanos, más que una cultura de demandas punitivas, es una cultura de límites a la aplicación de penas (*perspectiva del acusado*). Un modelo de consideración de la cuestión penal verdaderamente fiel a los derechos humanos, si se me permite esta simplificación extrema, se caracteriza por su prevención contra el aparato represivo del Estado. Quienes lo idearon se veían a sí mismos como imputados. En este sentido es central la noción de que se debe proteger a las personas frente a los posibles ataques de cualquiera de sus congéneres, también de los crímenes, pero que sobre todo se debe proteger a los individuos frente al poder público y muy especialmente frente al poder punitivo.<sup>25</sup> Que esa es la función de los derechos humanos es algo que se ve completamente confirmado con solo echar una ojeada superficial a todas las declaraciones, cartas, constituciones y convenciones que reflejan jurídicamente la ideología política y penal de nuestra civilización liberal y democrática. En ellas la mayoría de los derechos y los más importantes corresponden al individuo enfrentado a los tribunales penales. Esto es así de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y de las enmiendas o añadidos de la Constitución americana de 1787 a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Por encima de todas las cosas abundan en esos textos, hasta el asombro, los principios y las reglas de protección del acusado. Tal es el temor ante la posible afectación de los derechos de la persona perseguida penalmente, que se han establecido, como es sabido, garantías de que sus derechos fundamentales no serán conculcados de hecho en los actos del proceso.

Esto es lo que, explicado aquí por medio de otro inevitable reduccionismo, se conoce como la ideología del *garantismo penal*, que ha encontrado en el sistema de Ferrajoli la mejor base científica para su consecuente despliegue actual.<sup>26</sup> Por ello se advierte que el trabajo de los textos políticos tendente a limitar y controlar el poder penal público encuentra también resonancia en la obra literaria de los juristas que intentan brindar instrumentos a la práctica, incluso muy refinados, para que no se produzcan desviaciones y abusos que desmientan la vigencia efectiva de los derechos humanos. Hay

---

<sup>25</sup> Véase Nanzer: o. cit., pp. 365 ss.

<sup>26</sup> Véase Norberto Bobbio: "Prólogo" a Ferrajoli: o. cit., pp. 13 ss.

## DANIEL R. PASTOR

---

entonces un esfuerzo compartido entre el orden constitucional y la labor de los juristas para evitar, como decía Welzel, la arbitrariedad en la decisión de los casos penales.<sup>27</sup>

Este modelo garantista, del que parten mis reflexiones y al que me aferro con todo entusiasmo, no considera, evidentemente, que el poder penal público sea algo ilícito o irracional, como sí sucede en el punto de partida, por ejemplo, de la valiosa mirada de Zaffaroni.<sup>28</sup> Para el garantismo, el castigo penal de los delitos es un instrumento válido de la acción política y social, claro está, en la medida en que, como señala Roxin, este fin no sea alcanzado a cualquier precio.<sup>29</sup> Así pues, el garantismo es, en esencia, un sistema de controles y límites para impedir el ejercicio abusivo de un poder que en sí es legítimo solo si es estrictamente controlado.<sup>30</sup>

Cabe mencionar que en esto no hay una distancia verdadera con la opinión de Zaffaroni. Para el maestro de Buenos Aires el poder punitivo, siempre irracional, es moderado por el derecho penal como una suerte, si se me permite la expresión, de chaleco de fuerza para una locura pública (o, en metáfora beccariana más bella que usa Zaffaroni: *dique de contención*). Como se ve, es evidente que al final del camino el destino es el mismo: ni el garantismo usual ni el zaffaroniano procederán con un caso concreto de un modo distinto; solo se trata de que, para llegar a idéntica solución, ordenan las ideas de otra manera. En los hechos, ninguna de estas dos versiones tolerará la impunidad de un crimen grave, comprobado en un proceso jurídicamente intachable que lleve a la aplicación de una pena que no sea inhumana, ni admitirá la condenación de un acusado cuyo hecho fue probado por tormentos ni el sometimiento de culpable alguno a penas inhumanas.

Por eso, para prevenir males indebidos a inocentes y desproporcionados para culpables, fue creado este sistema garantista denominado por algunos como *escudo protector* frente al poder punitivo.<sup>31</sup> Se estableció así —y perdura hasta hoy— un régimen jurídico que otorga a la pena de la autoridad pública la fisonomía de un recurso de verdadera *ultima ratio*. Pero, por definición, un conjunto de ideas que postula a su objetivo como resorte final entre un elenco de opciones no solo no tiene en alta estima a su producto, sino que además debe estar dispuesto a sacrificarlo sin demasiados lamentos. Es por ello que el camino hacia la aplicación correcta de la pena quedó plagado de obstáculos,

---

<sup>27</sup> Hans Welzel: *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, 11.ª edición, 1976, p. 11.

<sup>28</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho Penal*, Buenos Aires, 2000, pp. 3 ss.

<sup>29</sup> Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000, p. 3.

<sup>30</sup> Véase Julio Maier: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1996, t. I, pp. 471 ss.

<sup>31</sup> Alberto Binder: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2.ª edición, 1999, p. 71.

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

aun cuando el precio inevitable de esta actitud fuera *cierta* impunidad,<sup>32</sup> perfectamente afrontable..., salvo para la víctima del crimen.

Uno de los textos fundacionales de los derechos humanos modernos, entendidos como tales, es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de París, de 1789. Esta carta, aunque pretendía regular toda la vida institucional de la sociedad francesa con pretensiones de universalismo, contiene una proporción descomunal de referencias a los derechos y garantías del individuo sometido al aparato represivo.

Es posible apreciar de este modo, incluso gráficamente, tanto la importancia de la presencia expresa de un sinnúmero de derechos del acusado como la ausencia de todo derecho explícito de la víctima. Este esquema se reproduce en todo catálogo moderno que contenga derechos humanos y constituye un sistema jurídico cuya ideología recoge la perspectiva del acusado para la regulación de derechos en casos penales.<sup>33</sup>

### 3 • La aparición de los derechos humanos de la víctima

Desde hace casi un siglo se ha desarrollado paulatinamente un modelo, cada vez más consolidado, de justicia antiimpunidad de los crímenes internacionales, cuyo objetivo se ha conseguido por medio del enjuiciamiento y el castigo de esos hechos por tribunales militares de vencedores de guerras (Núremberg y Tokio), de tribunales internacionales *ad hoc* (antigua Yugoslavia y Ruanda), de tribunales mixtos o híbridos (Timor Oriental y Sierra Leona), de tribunales nacionales por supuesto y, llamativamente, en lo que a este texto más interesa, por la Com IDH y de la Corte IDH, claro que por vía indirecta.

La Corte ha desarrollado una jurisprudencia monolítica según la cual los crímenes internacionales, pero también las demás “graves violaciones de los derechos humanos”, deben ser castigados por los Estados competentes para ello sin contemplación por ciertos límites jurídicos. Malarino ha destacado al respecto esta evolución y ha demostrado muy lúcida y valientemente que la Corte IDH se ha convertido, en contra de lo dispuesto por

<sup>32</sup> Silva Sánchez: o. cit., p. 153, nos recuerda que la palabra *impunidad* no tiene en sí sentido peyorativo.

<sup>33</sup> “Ni en las constituciones, ni en los códigos penales se alude explícitamente a la existencia de un supuesto *derecho de la víctima al castigo* del autor del injusto culpable cometido contra ella” (Silva Sánchez: o. cit., p. 165, cursivas del original).

## DANIEL R. PASTOR

---

la CADH, en una cuarta instancia y en una cuarta instancia penal, en una corte penal suprema *de facto* puesta por encima de las cortes supremas nacionales, en algunos casos con la complicidad de estas.<sup>34</sup>

De este modo, los órganos del sistema tratado, por vía de esta “retroalimentación”,<sup>35</sup> han abandonado la sabia idea de que el derecho internacional tiene primacía si y solo si las normas internacionales son más protectoras de los derechos fundamentales que las nacionales.<sup>36</sup> Pero hoy vemos con pesar que el mundo se ha puesto al revés.<sup>37</sup> Así, si bien la Constitución de casi cualquier país de Latinoamérica protege bien el derecho del acusado a no ser perseguido más de una vez por el mismo hecho, rige de todos modos la derogación del principio *ne bis in idem* para delitos de lesa humanidad y demás crímenes que impliquen graves violaciones de los derechos humanos, según lo dispuesto por los órganos del sistema interamericano en invocación de la primacía de lo que dice la Corte Interamericana que es derecho internacional de aplicación obligatoria para los Estados.<sup>38</sup>

Lo decisivo ahora consiste en destacar que esta jurisdicción punitiva del sistema interamericano en no pocos casos ha ejercido su poder de represión penal —en parte autoasignado, en parte concedido, como recién se describió— sin tomarse muy en serio los principios jurídicos básicos que habilitan una aplicación democráticamente legítima de las penas solo en caso de pleno respeto de los derechos humanos del acusado internacionalmente reconocidos.

Se ha formado así una ideología penal que, en el caso de los crímenes internacionales (más las otras graves violaciones de los derechos humanos), ha prestado atención unilateralmente a las buenas razones de la justicia punitiva, a las valiosas expectativas de los afectados a que se obtenga el castigo de los culpables (*perspectiva de la víctima*), pero que ha menospreciado insistentemente los derechos humanos del imputado cuando estos han entrado en conflicto con esas razones y esas expectativas.

Pero esa ideología, quizás en sí misma valiosa,<sup>39</sup> pasa por alto que los derechos humanos no fueron creados al servicio de la víctima del delito, no hay nada de eso en su

---

<sup>34</sup> Véase Ezequiel Malarino: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH”, en Daniel Pastor (dir.): *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, 2009, pp. 21 ss.

<sup>35</sup> Tal como la llama Méndez: o. cit., p. 82.

<sup>36</sup> Véase *ibidem*, p. 81.

<sup>37</sup> Nanzer: o. cit., p. 354, habla por ello de que se ha puesto así “patas arriba nuestro sistema”.

<sup>38</sup> Se trata del nefasto § 54 de la sentencia *Almonacid Arellano*, que como *obiter dictum* cancela para estos hechos la cosa juzgada aunque no sea fraudulenta (véase Silva Sánchez: o. cit., p. 154).

<sup>39</sup> Fundada no solo en razones jurídicas, sino también, adicionalmente, en sentimientos lógicos de compasión y simpatía (véase Kindhäuser: o. cit., p. 143).

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

función y, en consecuencia, la víctima no es mencionada ni una vez por su nombre en los catálogos de estos derechos, cosa elemental si se recuerda que las funciones penales que satisfacen a la víctima (investigación, enjuiciamiento, castigo) *son públicas* y que en el campo de la pena pública el único titular de derechos humanos es el inculpa-do.<sup>40</sup>

Si en nuestra civilización de los derechos uno admite que el poder punitivo es una herramienta legítima de la acción política y social, entonces ya es posible saber cuál es el lugar central de la víctima en este modelo: el derecho penal material. En efecto, el derecho ha establecido, como dicen las explicaciones al uso, la consecuencia más grave y violenta del orden social, la pena pública, como reacción jurídica frente a las lesiones ilícitas más graves para los bienes y derechos más valiosos de las personas. Toda la parte especial de cualquier derecho penal material está dedicada predominantemente a la víctima del delito.<sup>41</sup>

Ello se debe a que todavía sigue en pie la neutralización institucional de la venganza privada, que es lo que justifica, precisamente en la visión garantista ferrajoliana, la existencia del derecho penal, el porqué de su ser.<sup>42</sup> En todo orden jurídico-penal democrático los enfrentamientos graves de la vida social no quedan librados al tratamiento privado entre autor y víctima, si ha sobrevivido, o sus allegados. Los familiares de un asesinado no pueden, por ejemplo, imponer ninguna de las condiciones fundamentales que caracterizan a la reacción que se producirá por el hecho. No tienen permitido establecer las consecuencias, ni su alcance, ni el procedimiento para imponerlas o desecharlas. Si el hecho es conocido y es real ya no va a depender de la voluntad de los afectados el significado político de su tratamiento ni van ellos a tener disposición alguna sobre los mecanismos para gestionarlo, pues todo ha sido definido previamente por el Estado. Si seguimos pensando en verdaderos casos penales —y esto es determinante—, en un supuesto de asesinato la ley ya previó el tipo de pena, su posible extensión, las autoridades que se ocuparán de investigar y decidir el caso y el procedimiento.<sup>43</sup> La discrepancia de

---

<sup>40</sup> Debido a ello, “la función de participación del damnificado le es más bien ajena y ciertamente innecesaria al proceso penal” (Kindhäuser: o. cit., p. 153), más allá de que se le deban otorgar, como bien lo expresa el autor citado, facultades de control (pp. 156 y s.). En el mismo sentido Nanzer: o. cit., p. 374, al describir el modelo sano de proceso penal: “Si lo que correspondía era castigar con una pena, derecho penal y Estado estaban indefectiblemente imbricados; la víctima no tenía en dicho escenario nada por hacer”.

<sup>41</sup> Entiéndase bien: las figuras de la parte especial están construidas con determinadas características constitucionalmente exigidas en protección del posible infractor (derecho penal liberal como *Magna Charta* del delincuente), pero sobre tales presupuestos están políticamente pensadas como reacción estatal para el supuesto de que alguien dañe indebidamente a otro, único sentido legítimo de la expresión *Magna Charta* de la víctima.

<sup>42</sup> Véase Ferrajoli: o. cit., pp. 331 ss.

<sup>43</sup> Para muchos autores esto diluye también el ideal retributivo de un derecho penal orientado a la víctima (véase Silva Sánchez: o. cit., p. 171). Por eso, si la víctima consigue ir más allá de la ley, neutralizando, por ejemplo,

## DANIEL R. PASTOR

---

los allegados de la víctima con estas resoluciones de la legislación no es admitida. Su comprensible deseo de que la pena sea más grave que la legal, que su extensión sea mayor que la del máximo que permite el derecho sustantivo o que el procedimiento sea menos generoso con el imputado no pueden modificar los preceptos respectivos preestablecidos por el derecho.<sup>44</sup> Dicho de un modo imperdonablemente coloquial: para la víctima, el derecho sustantivo es lo que hay (y, seamos francos, no es poco).<sup>45</sup>

Esto demuestra que para el modelo garantista, por la manera en que opera el poder punitivo, la cuestión penal es algo más que un conflicto entre los afectados, en tanto se trate realmente de competencias penales determinadas por el principio de *ultima ratio*. Se empieza a entender ese funcionamiento si se asume la obviedad, muchas veces perdida de vista, de que lo penal no es civil. La exclusión de la solución privada de los enfrentamientos con relevancia punitiva, como medio para evitar la venganza privada y proteger a las personas del imperio de la ley del más fuerte,<sup>46</sup> implica necesariamente la inclusión de algún poder público como tercer personaje activo del conflicto, pero asimismo la exclusión de la víctima.<sup>47</sup> Obsérvese también que un derecho procesal —por definición siempre implicado en el penal sustantivo— orientado de forma prevaeciente por las demandas punitivas de las víctimas lleva en sí inevitablemente a una concepción de la pena incompatible con las teorías al uso que han sido desarrolladas para explicarla solo desde una perspectiva estatal.<sup>48</sup> A la sumo la teoría de un retribución absoluta podría explicar la pena de un aparato represivo, todavía en teoría estatal, pero funcionalizado para servir predominantemente a satisfacer a toda costa los reclamos de las víctimas.<sup>49</sup> Sin embargo, no parece que quienes hoy otorgan, de hecho y de derecho, poderes procesales

---

garantías del imputado (irretroactividad, *ne bis in idem*), el derecho penal se vuelve absoluta e inevitablemente retributivo.

<sup>44</sup> Estas descripciones de un modelo innegable demuestran que, como bien lo ha señalado Kindhäuser, no se pueden derivar de él “derechos genuinos del damnificado” (o. cit., p. 156), pues el interés en la represión penal del culpable es general y frente a ello los intereses concretos del damnificado son contingentes (o. cit., p. 150) y secundarios (o. cit., p. 157).

<sup>45</sup> Por este motivo la asignación de amplios y cómodos derechos procesales al damnificado por el delito es vista como “una forma especialmente anticuada de compensación y reparación entre el autor del hecho y la víctima” (Kindhäuser: o. cit., pp. 147 y s.).

<sup>46</sup> Véase Ferrajoli: o. cit., pp. 335 ss.

<sup>47</sup> “La afirmación de que la víctima tiene derecho a castigar al autor parece, de entrada, propia del derecho penal taliónico, en el que la venganza privada tiene una clara connotación satisfactiva. El derecho penal público, en cambio, ha tenido como vocación histórica la de la neutralización de la víctima” (Silva Sánchez: o. cit., p. 167).

<sup>48</sup> Más detenidamente sobre la conexión entre la posición del damnificado en el proceso y las teorías de la pena, véase Kindhäuser: o. cit., pp. 148 ss.

<sup>49</sup> Silva Sánchez: o. cit., p. 165, advierte lúcidamente que solo desde el retribucionismo obligatorio se podría sostener sin problemas la existencia de un derecho de la víctima al castigo a ultranza del autor.

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

cada vez más amplios a la víctima sean conscientes de que esto impide sustraerse, al menos entre personas coherentes, de una explicación retributiva del derecho penal.

Entonces, establecida la relación penal entre poder público (legislador, acusador, juzgador y ejecutor) e individuo (imputado), no hay derechos humanos ni fundamentales para la víctima del delito.

Sin embargo, en la ideología que informa las opiniones y decisiones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el caso de crímenes internacionales y otras graves violaciones de los derechos humanos, la prioridad la tienen los derechos humanos de los afectados por el delito (*perspectiva de la víctima*). Esto se explica por la horrorosa experiencia latinoamericana de décadas de crímenes estatales masivos y aberrantes, experiencia unida a la comprobación de la más perversa impunidad posterior de esas atrocidades salvajes. Pero esto no tiene nada que ver con la función de los derechos humanos en la cuestión punitiva ni con los textos jurídicos que los regulan, que siguen pensando en limitar la aplicación de la pena pública, no en estimularla, que siguen mencionado numerosos derechos del imputado y ninguno de la víctima.

En el muy ilustrativo Cuadro de Normas para la Protección de los Derechos Humanos elaborado por la Fundación Acción Pro Derechos Humanos<sup>50</sup> se puede ver, en la comparación de casi una decena de textos internacionales y regionales básicos de derechos humanos, que estos están repletos de derechos explícitos del acusado y que no contienen derecho expreso alguno de la víctima, a la cual, evidentemente, ni siquiera mencionan.

En contra de toda esta realidad, la ideología que sustenta el desarrollo llevado a cabo en la materia por los órganos interamericanos llegó a reconocer en su conjunto una serie de derechos humanos de la víctima de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos.<sup>51</sup> En resumen, esos derechos establecen, como es sabido, que el aparato represivo estatal está obligado a garantizarle a la víctima la investigación penal de los hechos de esa naturaleza que la perjudiquen, imponen el derecho de las víctimas al descubrimiento de la verdad de lo sucedido, al enjuiciamiento de los sospechosos y obligan al Estado a castigar penalmente a los culpables.

Así, en el multicitado caso denominado *Barrios Altos*, por ejemplo, la Corte IDH se ocupó de una terrible masacre cometida a comienzos de los años noventa en Perú

---

<sup>50</sup> Véase <www.fundacionpdh.org>.

<sup>51</sup> Véase la exposición minuciosa y documentada de estos derechos en Nanzer: o. cit., pp. 360 ss.

## DANIEL R. PASTOR

---

(sentencia del 14 de marzo de 2001).<sup>52</sup> El caso es conocido, tanto en cuanto a los hechos como respecto de lo decidido por la Corte con el allanamiento del Estado demandado, de modo que resulta innecesario relatarlo aquí una vez más. Por cierto que, para prevenir malentendidos, debe quedar claramente en negro sobre blanco, una vez más, lo siguiente: los hechos del caso son indiscutiblemente gravísimos, atroces, y son justamente los que justifican, para la limitada visión de las cosas que tiene quien esto escribe, la existencia de un instrumento tan violento y desafortunado como el poder punitivo. Que la prevención y la represión de hechos como estos por el derecho penal contribuye al aseguramiento, aunque solo sea tendencial, de los derechos fundamentales de las personas dañadas o amenazadas por ellos es algo que este autor al menos suscribe de modo categórico.<sup>53</sup> Ahora bien, lo antedicho no puede servir de parapeto para que un sistema internacional de protección de los derechos humanos, fundado en aquel reconocimiento ético y en esta función política, caiga en la desidia de considerar que siempre, ilimitadamente, con relajamiento de los derechos de los acusados y sin alternativas, hay que reprimir penalmente esos casos (*poder punitivo absoluto*).

En la sentencia en cuestión, igual que en todas las similares, la Corte IDH, en lo ideológico, resumió y precisó cierto mesianismo penal al reiterar y describir mejor que nunca su conocida exigencia intransigente de sometimiento a una única manera de concebir, sin alternativas, el derecho penal, la *sola ratio*, en contra de los postulados elementales de la cultura penalista. Si el derecho penal, para satisfacción de la perspectiva de la víctima, siempre debe ser y no puede dejar de ser aplicado por ningún motivo, ni derogado ni relegado por soluciones no punitivas, entonces de la *ultima ratio* de los manuales de derecho penal no queda nada. Para la Corte, respecto de los crímenes internacionales y demás violaciones de los derechos humanos, el derecho penal parece ser un viaje de ida, un callejón sin salida. Esta confianza inmotivada y desmedida en lo penal como bienhechor ilimitado se expresa en los párrafos siguientes de la sentencia mencionada:

---

<sup>52</sup> En los desarrollos que aquí son expuestos sigo lo ya expresado en mi trabajo “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, publicado en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2005-A, pp. 73 ss.

<sup>53</sup> Se podrá discutir si esta visión optimista llega incluso hasta la justificación de la imprescriptibilidad de los crímenes más graves. En teoría pareciera que la imprescriptibilidad entra en conflicto con la naturaleza liberal y democrática del poder punitivo esencialmente *limitado* que impone el Estado constitucional de derecho moderno. Pero lo que no se puede discutir es que el único fundamento oficial de la imprescriptibilidad está en las funciones positivas que se le asignan a la pena (retribución y prevención); todo lo demás son dialectos. Quien quiera decirnos, desde el escepticismo penal, que la imprescriptibilidad es compatible con una visión que asigna al derecho penal la misión de “reducir” el irracional poder punitivo, debería ser tomado tan en serio como quien se declara radicalmente vegetariano mientras devora un asado de vaca completo.

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

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso.

En esta sentencia, por lo demás, en el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez se habla de la

[...] convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores —así como de otros participantes— constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales.

Obsérvese que entre las causas prohibidas de impunidad agrega al final de la lista “otras”, de modo que, por ejemplo, a la proscripción de la impunidad parece no escapar ni la absolución por falta de pruebas ni la que se funda en el no aprovechamiento de conocimiento obtenido ilegítimamente.

Como se puede ver, se trata de una ideología de devoción por lo penal a ultranza y por la aplicación del poder punitivo a cualquier precio, esto es, justamente lo que demandan, de modo comprensible, las víctimas de los crímenes.

En lo resuelto en este caso se puede ver muy bien la invención de unos derechos humanos expresos y detallados de las víctimas de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos que no existen explícitamente en los textos de derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos, que son establecidos, por

## DANIEL R. PASTOR

---

lo demás, con carácter absoluto, algo también impropio de todo sistema de derechos humanos que hace de la aplicación de la pena pública algo relativo, un valor siempre sacrificable si ello es necesario para garantizar los derechos humanos del imputado.

Otro ejemplo muy interesante de esta creación de derechos humanos de víctimas está representado por lo decidido por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano* (sentencia de 26 de septiembre de 2006). En este caso, respecto de un asesinato de lesa humanidad cometido en Chile, la Corte IDH sentenció que el Estado no podía por ninguna razón “eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables” de ese asesinato (§ 151). Entre otras circunstancias que fueron descartadas para evitar la impunidad del hecho, se estableció que ni siquiera la cosa juzgada no fraudulenta podía ser invocada:

[...] esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*” (§ 154).

Pero la CADH prevé, sin excepciones, que todo acusado tiene derecho a no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido absuelto por una sentencia firme (artículo 8.4). En consecuencia, la orden que da la Corte IDH a los tribunales penales en este supuesto es una orden antijurídica de violar un derecho humano expreso del imputado.

Aquí se ve con nitidez, en un caso bien concreto, el cambio de paradigma, caracterizado por la superación del modelo garantista, que el sistema interamericano introdujo respecto del significado normal de los derechos humanos en el ámbito penal: una garantía judicial expresa del imputado (derecho del absuelto por sentencia firme a no ser sometido nuevamente a enjuiciamiento), que no admite excepción explícita alguna, es abolida jurisprudencialmente por la Corte IDH para introducir en su lugar una garantía para la víctima de crímenes internacionales según la cual el absuelto por sentencia firme dictada después de un debido proceso no fraudulento puede ser enjuiciado posteriormente una vez más y condenado si nuevas pruebas indican que era culpable.

Estos son ejemplos de una ideología de los derechos humanos que, en contra de su origen de derechos del imputado frente al aparato represivo, gira el enfoque y se

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

transforma en una ideología de derechos humanos contra el imputado. Esta ideología, fundada en la perspectiva propia de la víctima en la cuestión punitiva, otorga una prioridad *tout court* a la satisfacción del valor represivo por encima de la protección de los derechos del acusado. Para la perspectiva de la víctima, sostenida por el sistema interamericano en el caso de crímenes internacionales y otras graves violaciones de derechos humanos, el enorme abuso de poder del que dispusieron sus autores los deja sin la cobertura completa del derecho a la hora de ser acusados. En esa instancia el derecho, como lo ha sugerido Zaffaroni, solo puede asegurarles el respeto de ciertos requisitos básicos fundamentales y nada más, algo muy cercano al —criticado por todos— derecho penal del enemigo.<sup>54</sup>

El único que ha ganado en este juego, sin jugarlo, es el poder punitivo del Estado.

### 4 ● Los derechos de la víctima como ampliaciones del aparato represivo del Estado

Estamos ante la más dramática metamorfosis penal de la actualidad.<sup>55</sup> Quienes, por la causa que sea, tienen hoy el poder para asignar sentido a la configuración y el formato de lo penal han aceptado, comprensible pero peligrosamente, todas las demandas punitivas de las víctimas de actos de criminalidad especialmente graves. Hemos llegado así a un modelo de poder punitivo que invirtió por completo la función de los derechos humanos, los que pasaron de ser limitadores de la pena estatal a ser sus incentivadores.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Según Eugenio Raúl Zaffaroni: “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2000-B, p. 445, respecto del poder punitivo ejercido contra criminales de lesa humanidad “no se halla legitimado el derecho penal para contenerlo más allá de ciertos requisitos básicos fundamentales” (cursivas del original). La descripción *criminales de lesa humanidad* establece una conexión con el llamado *derecho penal de autor*, propio del derecho penal del enemigo. Más categórico al respecto es Méndez (o. cit., p. 85), respecto de la tortura como crimen de lesa humanidad: “Al igual que la Convención de la ONU contra la Tortura, la Convención Interamericana sobre Tortura refleja la intención colectiva de considerar al torturador como ‘enemigo del género humano’”. Estas afirmaciones, propias de la idea de una *guerra contra el crimen*, están presididas por una política penal de evidente *tolerancia cero* y *mano dura* para estos hechos.

<sup>55</sup> “La evitación de la impunidad se ha convertido en el más ‘moderno’ de los fines del derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación —durante la última década— del alcance de principios político-criminales clásicos” (Silva Sánchez: o. cit., p. 151).

<sup>56</sup> La afirmación de Méndez (o. cit., p. 88) que atribuye, con toda razón, a los derechos humanos la función de *poner* “límites jurídicos a las medidas que los estados puedan adoptar, ya sea por la ley o por las prácticas extra-legales, para luchar contra la criminalidad” ha sido cambiada actualmente por una que dice que su misión es

## DANIEL R. PASTOR

---

El poder punitivo siempre ha tendido, una y otra vez, a desligarse de los incómodos límites que le impone el derecho. Los pronunciamientos del sistema interamericano, al decretar la obligación de los Estados de investigar y castigar penalmente (como contracara necesaria de unos inventados derechos humanos de las víctimas del crimen) le han otorgado al poder punitivo lo que este más deseaba: no solo una razón para penar, sino la imposición de penar.<sup>57</sup> Cualquier lector de las enseñanzas de la historia punitiva sabe que eso equivale a que, para seguridad de las personas, sea obligatorio para los custodios entregar las llaves de las casas a los ladrones. Con el pretexto de atender a las demandas legítimas de las víctimas, los pronunciamientos del régimen interamericano de protección de los derechos humanos solo han inventado diques rotos para el poder de punir del Estado. Que se los disfrace de “obligaciones” estatales que son la contracara de los “derechos” de las víctimas es un entretenimiento para niños: al verdugo le da lo mismo que su acto se denomine derecho u obligación, con tal de que implique siempre la consecuencia de darle absoluta libertad para hacer lo que más le gusta: cortar cabezas.

Podría pensarse, con buen criterio y las mejores intenciones, que, por el contrario, es posible encontrar una fórmula que permita balancear los dos valores en tensión: las exigencias de represión punitiva de las víctimas y de la sociedad democrática, por un lado, con el respeto irrestricto de los derechos del acusado, por el otro.<sup>58</sup> Sin embargo, *no se puede servir a ambos*. El sistema penal garantista ya se ocupó de establecer la preferencia del imputado por encima del Estado, personificado en la víctima; a saber: dejar a la víctima el derecho material para la satisfacción racional de sus legítimas expectativas de justicia por medio de la represión pública de los delitos y al imputado la protección expresa de sus numerosos derechos humanos por encima de las necesidades de justicia.

Por atroces que resulten los crímenes internacionales y las otras graves violaciones de los derechos humanos, no es posible saltarse esta estructura de los derechos humanos del acusado como si fuera un semáforo en rojo. Al menos, es algo que no debe o que no puede hacerse sin asumir las consecuencias.

---

ahora la de *levantar* los “límites jurídicos a las medidas que los estados puedan adoptar, ya sea por la ley o por las prácticas extra-legales, para luchar contra la criminalidad”.

<sup>57</sup> Tal como lo ha señalado Nanzer (o. cit., p. 373), el establecimiento de derechos de la víctima a obtener de modo inmediato los efectos propios del aparato represivo estatal ha sido el *caballo de Troya* por medio del cual se han transformado las bases del proceso penal liberal convirtiéndoselo en uno de características ostensiblemente más reaccionarias.

<sup>58</sup> Algo que se ha propuesto en los Estados Unidos como tercer modelo teórico entre uno en el que predomina el interés del Estado en penar sin obstáculos y otro en el que prevalece el interés del acusado a un debido proceso. Véase sobre esto, más pormenorizadamente, Nanzer: o. cit., pp. 367 ss.

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

Un balance entre las tensiones es imposible, pues en casi todos los casos, tal como lo explica la idea de Kindhäuser ya citada, cada derecho otorgado a la víctima implica necesariamente suprimir un derecho del acusado. Si, por ejemplo, uno entiende a la prescripción, a la Zaffaroni, como una institución genéticamente liberal,<sup>59</sup> entonces ella es un derecho del acusado, que se pierde cuando se implanta la imprescriptibilidad de ciertos crímenes. Aunque tal vez las razones jurídicas para establecer en esos casos un poder punitivo eterno sean no solo indiscutiblemente bienintencionadas<sup>60</sup> sino también válidas, algo es seguro: se debe pagar el precio de suprimir un derecho del acusado.<sup>61</sup>

Lo mismo sucede en el supuesto ya tratado del *ne bis in idem* según la jurisprudencia de la Corte IDH. En la Convención Americana encontramos en este asunto una protección sin excepciones para el inculcado absuelto por sentencia firme: “no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.<sup>62</sup> Si esto, en términos de justicia, resulta intolerable para las víctimas de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos y se tiene el poder para modificar la situación con un golpe de pluma (tesis de la sentencia *Almonacid Arellano* de la Corte IDH), entonces si aparecen nuevas pruebas podrá ser enjuiciado otra vez el absuelto, y esta vez condenado, pero el costo insuprimible de ello es la abolición del derecho humano del acusado a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.<sup>63</sup>

Esta imposibilidad de servir a la vez a los dos polos de la tensión es ilustrada de un modo altamente explicativo con el principio *in dubio*. Si en la cuestión penal, por la evolución jurídico-política ya explicada, se le otorgaron al acusado derechos humanos frente al poder punitivo, es comprensible que, producto de la preferencia por el imputado y no por la pena, él tenga de su lado al principio *in dubio*. Pero si esta relación entre

<sup>59</sup> Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: o. cit., pp. 694 ss.

<sup>60</sup> Las razones morales de la imprescriptibilidad también son evidentes, pero no resultan argumentables en el análisis jurídico (el derecho está separado de la moral).

<sup>61</sup> La propia Corte IDH, cuyas decisiones dice que deben ser obligatoriamente cumplidas por unos tribunales nacionales que a su vez dicen que son obligatorias para ellos, ha declarado que la prescripción es una “garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito” (sentencia *Albán Cornejo*, de 22 de noviembre de 2007, § 111), con excepción, claro está, de los crímenes imprescriptibles, por lo cual los imputados de esos delitos están excluidos de la protección de dicha garantía (doble estándar: para la Corte IDH solo en el caso de delitos que no sean de lesa humanidad o que no constituyan otras graves violaciones de derechos humanos “la vigencia del derecho a la condena quedaría subordinada a las garantías procesales que benefician al imputado” [Nanzer: o. cit., p. 361]).

<sup>62</sup> CADH, artículo 8.4.

<sup>63</sup> Obsérvese que ese § n.º 154 de la sentencia citada, *obiter dictum* que de todos modos es obligatorio en la región por la completa sumisión que las cortes nacionales les otorgan a los pronunciamientos del régimen interamericano, se refiere a resoluciones judiciales no fraudulentas, dado que obviamente no están alcanzadas por el principio *ne bis in idem* las liberaciones de responsabilidad penal establecidas en (seudo)procesos fraguados o parodiados que no pasan de torpes simulaciones de un enjuiciamiento contradictorio.

## DANIEL R. PASTOR

---

poder punitivo y acusado se modifica por una nueva relación, ahora entre víctima y acusado, desaparecen las razones para tal privilegio del individuo, por cuanto de este modo la tensión es a partir de aquí entre individuos. Dado que el triunfo en el pleito, ante la incertidumbre probatoria, no puede ser concedido a la vez a las dos partes, la recategorización de la víctima como personaje más importante de los derechos humanos, hecha por el sistema interamericano, implica una necesaria transición del *in dubio pro reo* al *in dubio pro víctima*. No estoy exagerando; Beristain ya lo ha propuesto con argumentos intrínsecamente coherentes.<sup>64</sup> Pero es un espejismo creer que el *in dubio*, así, se transfiere del acusado a la víctima, pues en realidad lo que se hace no es más que darle al poder punitivo, que estaba siguiendo este debate como si no fuera cosa suya, la alegría de verse obligado a condenar incluso en caso de duda.

Esta ideología de lo penal, surgida de la usina de asociaciones províctimas, implica entonces un poder punitivo absoluto, fundado en la preferencia de unos valores de justicia que por su alto prestigio moral, aunque ello no tenga que ver con el derecho, son puestos por encima del derecho y llevan a que esos objetivos sean cumplidos pasándose por alto muchos de los derechos humanos del acusado que se oponen a tales designios.

Entiendo que empieza a verse así con claridad que la transformación de las preferencias en el campo de los derechos humanos en materia penal, que han pasado de estar históricamente en cabeza del imputado a quedar en manos de la víctima, muestra también una incompatibilidad con el sistema jurídico y político de las democracias modernas, regidas por el derecho, en tanto que esta metamorfosis lo que en verdad hace es reducir los derechos del imputado (individuo) para aumentar los poderes (disfrazados perversamente de “obligaciones”) de castigar del aparato punitivo del Estado.

Un ejemplo más ilumina esta situación. Uno de los recursos más caros del movimiento províctima de crímenes internacionales y demás graves violaciones de los derechos humanos es la huida al derecho penal consuetudinario para afirmar la supremacía de la represión penal por encima incluso del derecho fundamental del imputado a la ley penal escrita, cierta y, por tanto, indiscutiblemente previa. Este remedo es una prueba del regreso a un sistema jurídico no solo previo a la democracia moderna, sino a un sistema contra el cual ella se alzó expresamente con el objetivo de suprimirlo para siempre.

En efecto, una de las modificaciones centrales del sistema punitivo que sería llevada a cabo por las incipientes democracias constitucionales nacidas al propagarse la

---

<sup>64</sup> Véase Antonio Beristain: “La victimología creadora de nuevos derechos humanos”, en ídem: *Victimología*, San Sebastián, 1990, p. 225.

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

Revolución Francesa por todo el mundo fue la de pasar de un derecho penal en gran medida consuetudinario o judicial a una legislación penal codificada y escrita, algo que significó un importante recurso para la interdicción de la arbitrariedad en la fijación segura de la plataforma fáctica de los delitos (estricta legalidad) y que, a la vez, aportó, pues estaba en la base de la misma construcción, seguridad en la forma de probar unos hechos punibles así determinados (estricta jurisdiccionalidad).<sup>65</sup>

Para el pensamiento humanista ilustrado el derecho penal no escrito era una de las mayores atrocidades del sistema inquisitivo, pues otorgaba una carta blanca para el decisionismo judicial que resultaba del todo incompatible con los ideales democráticos de poder jurisdiccional limitado por la ley del Parlamento, dado que el Legislativo fue colocado por la Ilustración en la cúspide del Estado como síntesis y expresión de la voluntad popular. Esto sigue siendo así hasta nuestros días en todas las cartas constitucionales democráticas más avanzadas (especialmente, claro es, en los textos fundamentales de las democracias parlamentarias).

De este modo es posible establecer sin mayor dificultad que una parte destacada de la labor desplegada por los pensadores ilustrados para limitar la arbitrariedad penal vigente hasta entonces era en gran medida una acción para proscribir al fin el derecho punitivo consuetudinario. Esa tendencia, que por cierto también se imaginó —con las mejores intenciones— algunas garantías excesivas (por ejemplo, la consideración del juez como ser inanimado, mera *boca de la ley*), tuvo su momento culminante con la consagración definitiva de un modelo de derecho legislativista, escrito, general y abstracto, que debe ser aplicado por el juez y no creado (modelo que *en lo penal* se volvió universal, involucrando hoy en día incluso a los países del *common law* y al derecho penal internacional [por ejemplo, el del Estatuto de la Corte Penal Internacional]). Aunque, obviamente, en la aplicación judicial de lo general y abstracto a lo particular y concreto siempre habrá una dosis —mayor o menor, según los casos— de creación jurídica, lo cierto y relevante para el tema tratado aquí es que este arquetipo de lo penal, con muy buenos motivos, firmó la abolición definitiva del derecho penal consuetudinario por su carácter inquisitivo, antidemocrático y antiliberal.<sup>66</sup>

El derecho penal ilustrado, esto es, el derecho de la nueva República legal que está en la base del actual Estado constitucional y democrático de derecho, es así un

---

<sup>65</sup> Véase Ferrajoli: o. cit., pp. 537 ss.

<sup>66</sup> Véase Malarino: o. cit., pp. 21 ss.

## DANIEL R. PASTOR

---

derecho contra la costumbre<sup>67</sup> y categóricamente contra la costumbre como fuente de consideración de ciertos hechos como delictivos.

En el espíritu de la naciente Ilustración penal es Beccaria quien desde el comienzo de su librito la emprende contra el derecho punitivo consuetudinario vigente hasta su época. Abogando para que sean descartados para siempre los autoritarios *ius civilis* y *ius cogens* de la antigüedad y el *ius communis* medieval, el marqués, al fundar el derecho penal democrático moderno, grita desde su prólogo para que el sistema criminal sea liberado de esas viejas fuentes que no son más que las “heces de los siglos más bárbaros”.

En este punto de la consolidación del nuevo Estado democrático de los derechos fundamentales era necesario todavía dar formas concretas a esa idea ilustrada de legalidad penal y garantías de protección que erradicaran todo vestigio de derecho consuetudinario. Entre estos instrumentos el liberalismo penal creó el principio conocido en su fórmula latina abreviada como *nullum crimen*.

Uno de los momentos culminantes en el funcionamiento de este principio, más allá de la base democrática que otorga la fijación de los delitos solo por el Parlamento, está en la descripción precisa de la conducta alcanzada por la consecuencia penal (*lex certa* o subprincipio de determinación). Una reacción tan grave como la pena presupone la percepción cabal previa de las circunstancias que condicionan su imposición válida. Ese conocimiento requiere a su vez, evidentemente, un relato claro y exacto de la plataforma fáctica de la infracción.

A pesar de ello, es proverbial la invocación al derecho consuetudinario en los pronunciamientos de los órganos del régimen interamericano de supervisión de los derechos humanos para privar de protección al imputado de haber cometido crímenes contra la humanidad y otras graves violaciones de los derechos humanos.<sup>68</sup>

Por tanto, resulta evidente, por todo lo tratado hasta aquí, que transferir la protección de los derechos humanos en materia penal del acusado a la víctima, tal como lo ha hecho el sistema interamericano, implica otorgar nuevos poderes de reprimir al aparato punitivo estatal más allá de lo que tenía permitido hasta entonces, poderes nuevos que son maquillados como obligaciones del Estado frente a la víctima. Así, necesariamente, es abandonado el sistema jurídico-político de las democracias modernas, organizadas

---

<sup>67</sup> Véase Alberto David Leiva: “Hacia un nuevo paradigma. El orden jurídico de la Ilustración frente al antiguo derecho”, en *La codificación: Raíces y prospectiva*, Buenos Aires, 2004, t. II, pp. 269 ss.

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia, ya citada, *Barrios Altos*, en la cual la Corte IDH “intenta encubrir la creación judicial de derecho derivando reglas jurídicas concretas de conceptos absolutamente abstractos, como la idea de justicia objetiva, las leyes de humanidad, el clamor universal, o la conciencia jurídica universal” (Malarino: o. cit., p. 27).

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

bajo una *rule of law* que impone límites al aparato represivo público y no estímulos. Dado que, como se vio, ambos valores no pueden ser satisfechos simultáneamente, la nueva prevalencia de la ideología punitiva significa la transformación de la concepción de todo el sistema, vigente entre los siglos XVIII y XX, de organización social que, por medio de derechos fundamentales y humanos, limitaba el poder (también penal) en garantía de la dignidad e integridad del individuo, sistema en el cual *individuo* significó, en clave penal, únicamente el imputado.

De modo que, de aquí en más, las cosas deberían ser recolocadas en su lugar, poniéndose nuevamente al acusado en el centro del amparo de los derechos humanos en las instancias penales, con supresión de toda consideración a las expectativas de las víctimas que implique disminuir la calidad o la intensidad de esa protección del imputado y otorgar mayores razones al poder punitivo para castigar de modo prevaleciente.<sup>69</sup> Pero si el camino correcto es el otro, el señalado por los pronunciamientos de los órganos del régimen interamericano de supervisión de los derechos humanos, entonces lo que debe ser suprimido, consecuentemente, es todo el actual sistema de derechos fundamentales y de derechos humanos penalmente pensado solo para resguardar al inculcado del aparato público represivo.

Ser consecuentes con los resultados necesarios de las argumentaciones es lo único que brinda seriedad a un mundo en el que todos los que fundamentan sus conclusiones jurídicas dicen tener al derecho, y no al poder, de su lado.

---

<sup>69</sup> Esta peligrosa moda que otorga derechos humanos a las víctimas para equipararlas a la consideración jurídico-penal que recibe el imputado “debe desterrarse cuanto antes de la doctrina y la jurisprudencia” (Nanzer: o. cit., p. 371). Es preciso añadir, con Kindhäuser (o. cit., p. 157), que el reconocimiento de facultades procesales al damnificado por el delito crea esa tensión con los derechos del imputado que se resuelve con la devaluación de estos, siendo que además esas facultades interfieren desviadamente, como es sabido de todos, en la correcta comprobación de la “verdad” de los hechos objeto del proceso.