

## C o m e n t a r i o   s e n t e n c i a   T E D H

### Violación de la Convención Europea de DDHH por la práctica de las ‘entregas extraordinarias’ (‘extraordinary renditions’)

**1. La práctica de las llamadas “entregas extraordinarias” (“extraordinary renditions”), es decir, el traslado extrajudicial de una persona desde un Estado a otro a los fines de su detención e interrogatorio fuera del sistema jurídico normal, en caso de peligro concreto de tortura o tratamiento inhumano lesiona el CEDH, en especial el art. 5 (al respecto infra I. y II.).**

**2. Macedonia, a través de la “entrega” (“rendition”) del ciudadano alemán Khaled El-Masri a la CIA (EE.UU.) para su traslado a uno de los centros de detención controlados por ésta en Kabul (Afganistán), lesionó los arts. 3, 5, 8 y 13 del CEDH (infra I.).**

**3. Para el cómputo del plazo de seis meses según el art. 35, inc. 1º CEDH no debe tenerse en cuenta el momento de la emisión de la decisión interna definitiva, sino aquél en que se hizo conocida al demandante (infra I.).**

**4. En el marco de una “entrega”, un Estado parte del CEDH puede ser responsabilizado no sólo por su propia conducta antijurídica (violatoria de derechos humanos), sino también por los hechos antijurídicos del Estado receptor que le sean imputables (aquí EE.UU., infra II.).**

**5. Si las personas bajo custodia estatal sufren lesiones o incluso mueren, existe una fuerte presunción a favor de la responsabilidad del Estado en cuestión si no puede aclarar de manera plausible los resultados mencionados. Sin embargo, un desplazamiento de la carga de la prueba supone la prueba de violaciones de derechos humanos “más allá de duda razonable” (infra III.).**

**6. El “derecho a la verdad” precisamente en casos de detención o de “desaparición” de personas tiene una relevancia especial no sólo para el afectado y sus familiares, sino también para otras víctimas de crímenes similares y el público en general (infra IV.).**

*TEDH (Gran Sala), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09<sup>1</sup>*

#### Comentario<sup>2</sup>

I. La condena emitida por la Gran Sala<sup>3</sup> del TEDH contra la ex República Yugoslava de Macedonia por violación de los

<sup>1</sup> Referencia completa: TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115621> (19.2.2013). Los “principios rectores” fueron elaborados por el autor.

<sup>2</sup> Traducción del alemán de Noelia Núñez, estudiante de doctorado y becaria DAAD, Buenos Aires/Göttingen; revisión del autor. El original alemán fue publicado en la revista StV 2013 (129).

<sup>3</sup> La Gran Sala se compone de 17 jueces (art. 26 inc. 1 CEDH) y sólo interviene en asuntos de una importancia especial

artículos 3, 5, 8 y 13 CEDH, a causa del maltrato, traslado y detención ilegal del ciudadano alemán Khaled El-Masri y de la negación total de protección jurídica interna, no puede sorprender a nadie que se haya ocupado – al menos desde el conocido informe Marty del Consejo de Europa,<sup>4</sup> de carácter público (“public domain”)<sup>5</sup> – de la práctica estadounidense de las llamadas “entregas extraordinarias” y de las concretas, y en gran parte indiscutibles, circunstancias de este caso<sup>6</sup>. Por eso, tampoco sorprende que la misma parte demandada, Macedonia, se haya opuesto a la demanda ante todo mediante mecanismos procesales, en el caso comentado invocando la conocida regla de los seis meses.<sup>7</sup> De acuerdo con ella, el Tribunal se puede ocupar de un asunto “sólo en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva” (art. 35 inc. 1 CEDH). En el caso, debe considerarse como “decisión interna definitiva”, en el sentido de dicha disposición, la *desestimación*<sup>8</sup> de la denuncia del demandante del 6.10.2008,<sup>9</sup> emitida por la Fiscalía el 18.12.2008; con ello, la Sala reconoció expresamente la denuncia (“criminal complaint”) como “remedio efectivo” (“effective remedy”) contra la violación del art. 3 CEDH.<sup>10</sup> Si se calcula el plazo de seis meses desde que la Fiscalía emitió la decisión desestimatoria (18.12.2008), El-Masri habría debido presentar la demanda ante el Tribunal hasta el 18.6.2009, sin embargo, lo hizo recién el 20.7.2009.<sup>11</sup> Para eludir el posible, aunque completamente injusto, resultado de la inadmisibilidad de la demanda de El-Masri, la Sala no tuvo en cuenta el momento de la emisión de la decisión desestimatoria, sino el de su efectivo conocimiento por el demandante, el cual recién tuvo lugar – en contra de las disposiciones del derecho interno(!)<sup>12</sup> – casi dos años más

(art. 31 CEDH). En el caso, el asunto fue remitido a la Gran Sala por una de las Salas (art. 30 CEDH, véase TEDH [GS], Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 [El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia], párr. 8).

<sup>4</sup> Cf. TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 37 (sobre la posición de las autoridades de Macedonia respecto del caso del demandante), párr. 43 ss. (sobre la práctica estadounidense de las “entregas”).

<sup>5</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 218.

<sup>6</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 15 ss.

<sup>7</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 130 ss.

<sup>8</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 143.

<sup>9</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 142.

<sup>10</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 140.

<sup>11</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 1.

<sup>12</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 147 (el

tarde (sic!), es decir, el 22.11.2010.<sup>13</sup> Si uno toma esta fecha como punto de partida, la presentación de la demanda el 20.7.2009 estuvo lejos del transcurso del plazo de 6 meses, por lo tanto, la Sala pudo comprobar que en todo caso El-Masri no superó dicho plazo.<sup>14</sup>

II. Si el Tribunal hubiera seguido la argumentación formal del gobierno de Macedonia, se habría privado de la posibilidad de someter las “*entregas extraordinarias*” a una valoración a la luz de los derechos humanos de un modo muy fundamental. La Gran Sala define esta práctica – hasta hoy constante<sup>15</sup> – como “el traslado extrajudicial de personas desde una jurisdicción o Estado hacia otra/o a los fines de su detención o interrogatorio fuera del sistema jurídico normal, en el cual existió un riesgo real de tortura o trato cruel, degradante o inhumano” (“an extra judicial transfer of persons from one jurisdiction or State to another, for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system, where there was a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment”).<sup>16</sup> En ello ve especialmente una violación al art. 5 CEDH, debido a la realización de una detención secreta y sin fundamento jurídico con el consecuente traslado de la persona en cuestión a otro país.<sup>17</sup> Finalmente, esta práctica conduciría a una “desaparición forzada”<sup>18</sup> – esto es, un crimen fun-

damental de derecho internacional en el marco de los crímenes contra la humanidad<sup>19, 20</sup>

Los fundamentos de la Sala en cuanto a la responsabilidad de Macedonia son problemáticos, porque imputa a Macedonia, más allá de su propia conducta antijurídica (detención y traslado), también la de Estados Unidos (CIA),<sup>21</sup> y con ello establece un tipo de *responsabilidad por el resultado de la conducta ajena*. Este tema no puede seguir desarrollándose aquí, pero merece una consideración más detallada en vistas a la jurisprudencia futura y su relación con el derecho general de la responsabilidad del Estado.<sup>22</sup> Sea como fuere, a luz de las violaciones de derechos concretamente constatadas, es com-

derecho interno del Estado exige que sea notificado en el plazo de ocho días).

<sup>13</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 147.

<sup>14</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 147.

<sup>15</sup> Véase, por último, Whitlock, Washington Post d. 1.1.2013, [http://www.washingtonpost.com/craig-whitlock/2011/02/28/AB5dpFP\\_page.html](http://www.washingtonpost.com/craig-whitlock/2011/02/28/AB5dpFP_page.html) (19.2.2013).

<sup>16</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 221.

<sup>17</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 233 (“[...] la detención no reconocida de un individuo constituye una negación total de sus garantías [...] las autoridades tienen el deber de dar cuenta de su paradero [...] de tomar medidas efectivas para paliar el riesgo de desaparición y de conducir una investigación rápida y efectiva [...]” “[...] unacknowledged detention of an individual is a complete negation of these guarantees (...) authorities have a duty to account for his or her whereabouts (...) to take effective measures to safeguard against the risk of disappearance and to conduct a prompt effective investigation (...)]”).

<sup>18</sup> Esta práctica, que adquirió mala fama especialmente durante las dictaduras latinoamericanas, es muy difícil de concebir mediante un tipo penal. Probablemente exista consenso en cuanto a que la conducta se compone de dos actos, esto es, la detención de una persona (bajo circunstancias ilegales) y la consiguiente negación de información respecto de su paradero (cf. art. 7 párr. 1 let. i) del Estatuto de Roma de la CPI y § 7 inc. 1 nro. 7 VStGB, así como *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. ed. 2011, § 7 nm. 216 s.).

<sup>19</sup> Cuando el hecho se cometa “en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”, cfr. art. 7 párr. 1 Estatuto-CPI y § 7 inc. 1 VStGB.

<sup>20</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 240.

<sup>21</sup> Véase, especialmente, TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 206 (responsabilidad por los malos tratos a los que fue sometido por un “equipo de entregas especial de la CIA” [“special CIA rendition team”], al ser entregado en el aeropuerto de Skopie, debido a que fueron realizados en “presencia de oficiales del Estado demandado y dentro de su jurisdicción” [“in the presence of officials of the respondent State and within its jurisdiction”]), y párr. 235, 238 ss. (imputación no sólo de la detención en la jurisdicción de Macedonia, sino también de la detención posterior en Kabul por la CIA como “desaparición forzada [...] que se caracterizó por una situación de incertidumbre y de falta de información que se extendió durante toda la duración de su cautiverio [...] una serie de acciones y omisiones ilícitas, la violación se extendió durante toda la duración, comenzó con la primera de las acciones y continuó durante el tiempo en que esas acciones u omisiones se repitieron y mantuvieron en desconformidad con la obligación internacional en cuestión” [“enforced disappearance (...) characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability, which extended through the entire period of his captivity (...) a series of wrongful acts or omissions, the breach extends over the entire period starting with the first of the acts and continuing for as long as the acts or omissions are repeated and remain at variance with the international obligation concerned (...)]”, párr. 240 (*destacado* por el autor).

<sup>22</sup> Cf. Nollkaemper, European Journal of International Law Talk! v. 24.12.2012, quien, por un lado, critica la “incoherencia y falta de claridad” [“incoherence and lack of clarity”] de la Sala en vistas al derecho de la responsabilidad del Estado, pero por otro, celebra la conclusión de la responsabilidad por el resultado de la conducta ajena (la “reciente concepción sobre el derecho de la responsabilidad merece ser impulsada [...]”, [“fresh approach to the law of responsibility deserves to be taken forward (...)]”]; disponible en <http://www.ejiltalk.org/the-ecthr-finds-macedonia-responsible-in-connection-with-torture-by-the-cia-but-on-what-basis/> (19.2.2013).

presumible que la Gran Sala haya considerado “necesario”<sup>NdT</sup> (art. 41 CEDH) la imposición de una *indemnización* económica en la suma de € 60.000 – el demandante había exigido € 300.000<sup>23</sup> –,<sup>24</sup> porque los daños sufridos por el demandante no podrían “ser reparados mediante la mera constatación de la violación de derechos”.<sup>25</sup>

III. Asimismo, dos aspectos en particular merecen una consideración más detallada, porque tienen un significado fundamental más allá del asunto en concreto. Por un lado, el Tribunal se ocupa de la importante cuestión, de enorme relevancia práctica, de la *carga de la prueba* en casos de violaciones de derechos humanos, en especial en el caso tortura en el sentido del art. 3 CEDH.<sup>26</sup> En este sentido, el Tribunal parte del hecho de que cuando se trate de una violación de los arts. 2 y 3 CEDH, referida a personas que se encuentran bajo custodia estatal, existe una fuerte presunción a favor de que las lesiones físicas o incluso su muerte habrían de ser atribuidas a esa custodia.<sup>27</sup> Con ello, en tales casos corresponde a las autoridades competentes del Estado demandado proporcionar una explicación convincente y satisfactoria en cuanto a las lesiones mencionadas.<sup>28</sup> Además, el Tribunal trata con mucho cuidado las declaraciones de los representantes de este Estado, ya que es propia de ellos una

tendencia desincriminante; sin embargo, las declaraciones de estas personas que se refieren de manera crítica al Estado las considera una forma de reconocimiento (“as a form of admission”).<sup>29</sup> Si el Estado en cuestión no cumpliera con su deber de dar explicaciones, el Tribunal podría deducir las conclusiones desventajosas pertinentes,<sup>30</sup> esto es, suponer su responsabilidad en cuanto a las lesiones. El Tribunal aplica expresamente estas consideraciones a la práctica de la mencionada desaparición forzada, porque también en este caso la persona afectada (por lo general) se encuentra bajo custodia estatal y, por lo tanto, el Estado tendría el deber de dar explicaciones.<sup>31</sup>

Sin embargo, un *desplazamiento* definitivo de la *carga de la prueba* presupone que las violaciones de derechos humanos en cuestión deberían haber sido probadas “bajo la forma de inferencias concordantes”.<sup>32</sup> En este sentido, el demandante tiene una *carga de describir*, solamente debe exponer, como ya he argumentado en otro trabajo sobre la base de la diferenciación entre carga de la prueba y estándar de prueba,<sup>33</sup> de manera fehaciente y plausible la(s) lesión(es), y luego el Estado denunciado debe refutar esa exposición, con lo cual las dudas se desplazan en su perjuicio. En el presente caso, el Tribunal presupone tal desplazamiento de la carga de la prueba<sup>34</sup> y considera las lesiones afirmadas por El-Masri como descriptas de manera “suficientemente convincente” y comprobadas “más allá de duda razonable”.<sup>35</sup> Con ello, el Tribunal exige la segura convicción como *estándar de prueba*. En particular, no se ocupa de estándares que consideran suficiente un grado de sospecha menor, como por ejemplo, el defendido por el autor de este trabajo de que en todo caso cuando se trate de un reproche por tortura debe considerarse suficiente el riesgo real y serio de su empleo.<sup>36</sup>

IV. Por otra parte, una consideración más precisa merece el llamado “derecho a (la) verdad” (“right to [the] truth”) que la Sala menciona en el marco de su análisis del art. 3 CEDH y de la en este sentido insuficiente investigación (procesal penal) de Macedonia – en particular con motivo de las presentaciones de numerosas organizaciones de derechos humanos, entre otras, el Alto Comisionado para los derechos hu-

<sup>NdT</sup> Traducción del término “necessary” de la versión oficial del CEDH en inglés, la versión no oficial en español habla de “si así procede”

<sup>23</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 267.

<sup>24</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 270.

<sup>25</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 269 (“[...] no puede compensarse a través de la simple constatación de una violación” [“(...) cannot be made good by the mere finding of a violation”]).

<sup>26</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 152 ss.

<sup>27</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 152.

<sup>28</sup> “El Tribunal reitera su jurisprudencia en relación con los artículos 2 y 3 del Convenio, según la cual cuando los acontecimientos en cuestión son conocidos únicamente por las autoridades, como en el caso de personas bajo su control o custodia, surgirán fuertes presunciones de que las lesiones o la muerte ocurrieron durante esa detención. En tal caso, la carga de la prueba corresponde a las autoridades, quienes deben proporcionar una explicación satisfactoria y convincente” = “The Court reiterates its case-law under Articles 2 and 3 of the Convention to the effect that where the events in issue lie within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons under their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during that detention. The burden of proof in such a case may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation.” (TEDH [GS], Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 [El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia], párr. 152).

<sup>29</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 163.

<sup>30</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 152.

<sup>31</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 153.

<sup>32</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 153 (“in the form of concordant inferences”).

<sup>33</sup> Ambos, StV 2009, 151 (160 s.).

<sup>34</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 165.

<sup>35</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 167 (“suficientemente convincente” [“sufficiently convincing”], “más allá de duda razonable” [“beyond reasonable doubt”]).

<sup>36</sup> Ambos, StV 2009, 151 (161).

manos<sup>37, 38</sup> Este derecho fue reconocido en el contexto global como un derecho especial de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, especialmente con vistas a las mencionadas desapariciones de personas y, en este sentido, se remite normativamente a los arts. 32 y 33 del primer Protocolo Adicional de 1977 (PA I) a los cuatro Convenios de Ginebra (CG)<sup>39, 40</sup> Al igual que la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (CPI), se puede entender como un derecho de la víctima a “la determinación de los hechos, la identificación de las personas responsables y la declaración de su responsabilidad” (“determination of the facts, the identification of the responsible persons and the declaration of their responsibility”).<sup>41</sup> Mientras que este derecho es reconocido en la jurisprudencia latinoamericana hace mucho tiempo, especialmente en la jurisprudencia sobre derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>42</sup>

sólo recientemente fue reconocido en la jurisprudencia internacional a través de la mencionada decisión de la CPI,<sup>43</sup> y en el ámbito europeo todavía muestra una tímida aparición.<sup>44</sup> Por ello, llama mucho la atención no sólo que la Gran Sala hiciera referencia explícitamente a este derecho, sino también que el mismo fuera objeto de los votos separados y opuestos (cada uno de ellos firmado por más de un juez). En primer lugar, la Gran Sala<sup>45</sup> destaca la gran importancia de este derecho no sólo para el demandante y su familia, sino también para otras víctimas de crímenes similares y para el público en general. Luego, opone al “derecho a la verdad” el concepto de “secreto de Estado” (“state secrets”), alegado constantemente por los Estados en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional y la práctica de las “entregas extraordinarias”. A este concepto se recurriría “con frecuencia para obstaculizar la búsqueda de la verdad”,<sup>46</sup> como especialmente lo hicieron el gobierno de EE.UU. y el de Macedonia en marco del presente caso. Ambos votos separados anexos a la sentencia, que por lo demás coincidieron plenamente con la opinión de la mayoría, muestran que no hay un absoluto consenso entre los jueces en cuanto a la importancia de este derecho. Mientras que los jueces Tulkens, Spielmann, Sicilianos y Keller consideran insuficiente su tratamiento por la Sala en el marco del art. 3, porque precisamente en vistas a los manejos secretos, en el presente caso se trataría de una norma especialmente coactiva y ésta merecería un lugar independiente en el marco del derecho a una demanda efectiva (art. 13 CEDH),<sup>47</sup> los jueces Casadevall y López Guerra consideran

<sup>37</sup> Entre otras, el Alto Comisionado para los derechos humanos (“UN High Commissioner for Human Rights”), Redress, Amnistía Internacional (“Amnesty International”); véase TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 175 ss.

<sup>38</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 191.

<sup>39</sup> Los arts. 32 y 33 se encuentran en la sección III sobre personas desaparecidas y fallecidas del PA I; el art. 32 prevé “el derecho de la familia” de “conocer la suerte de sus miembros” y el art. 33 obliga a los Estados parte a averiguar “el paradero de las personas cuya desaparición haya sido señalada por una parte adversa”.

<sup>40</sup> Cfr., con más detalle *Ambos*, en: *Ambos/Large/Wierda* (eds.), *Building a future on peace and justice*, 2009, pp. 34-36.

<sup>41</sup> CPI, Decisión d. 13.5.2005 – ICC-01/04-01/07-474 (Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case), párr. 32, nota al pie 39. Sin embargo, con respecto al “soft law” internacional véase la consagración de este derecho en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones [Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law], GA Rs. 60/147 d. 16.12.2005, nro. 22 b) 24.

<sup>42</sup> Cfr. por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sent. d. 26.9.2006 – Serie C No. 154 (Almonacid Arellano y otros vs. Chile), párr. 148; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sent. d. 31.1.2006 – Serie C No. 140 (Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia), párr. 267; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sent. d. 4.7.2006 – Serie C No. 139 (Ximenes López vs. Brasil), párr. 245; más reciente Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sent. d. 30.11.2012 – Serie C No. 259 (Masacre de Santo Domingo vs. Colombia), párrs. 152, 157; disponibles en <http://www.corteidh.or.cr> (19/2/2013).

<sup>43</sup> Cfr. supra n. 40.

<sup>44</sup> Cfr. *Sweeny*, *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*, 2013, p. 70 ss, quien constata un “lento” desarrollo en el marco del Consejo Europeo (p. 72) y describe la jurisprudencia del TEDH como “fairly limited” [“bastante limitada”] (p. 73), aunque emitió algunas “robust judgments” [“sentencias fuertes”] especialmente sobre desapariciones (p. 74), y, por lo demás, habría tenido acceso a información secreta sobre las dictaduras real-socialistas de Europa del este (p. 75 ss).

<sup>45</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 191.

<sup>46</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia), párr. 191 (“con frecuencia ha sido invocado para obstaculizar la búsqueda de la verdad...” [“often been invoked to obstruct the search for the truth (...)”]).

<sup>47</sup> Para estos jueces, la búsqueda de la verdad es el verdadero fin del deber de investigar y la *raison d’être* de los criterios de calidad correspondientes (transparencia, diligencia, independencia, acceso, divulgación de los resultados y controles): “Para la sociedad en general, el deseo de determinar la verdad contribuye a fortalecer la confianza en las instituciones públicas y, por lo tanto, el Estado de derecho. Para las personas preocupadas – familiares y amigos cercanos de las víctimas – por establecer la verdad sobre los hechos y asegurar un reconocimiento respecto de las violaciones graves de derechos humanos y del derecho humanitario constituye una forma de reparación que es casi tan importante como la com-

que la mención especial del derecho a la verdad en el marco del análisis del art. 3 CEDH es “redundante” (“redundant”), porque de todos modos en las investigaciones (de derecho penal) siempre se trata de la búsqueda de la verdad y ello, por cierto, independientemente del significado del caso en concreto para el público, ya que este “derecho a la verdad” de todas formas sólo corresponde a la víctima y no precisamente al público en general.<sup>48</sup>

Sin embargo, esta opinión sólo es convincente en el caso de una limitación y equiparación del derecho a la verdad con la verdad procesal penal del proceso inquisitivo (reformado) (§ 244 inc. 2 StPO)<sup>49</sup>. Si el derecho a la verdad, por el contrario, es entendido – completamente en el sentido del discurso de los derechos humanos y del derecho penal internacional – como parte del amplio deber de reparación de las autoridades estatales por las injusticias cometidas,<sup>50</sup> esto es, en el marco

pensación, e incluso a veces más. En definitiva, el muro de silencio y el manto de secreto impiden que estas personas den sentido a lo que han experimentado y estos son los obstáculos más grandes desde el punto de vista de su recuperación” = “For society in general, the desire to ascertain the truth plays a part in strengthening confidence in public institutions and hence the rule of law. For those concerned – the victims’ families and close friends – establishing the true facts and securing an acknowledgment of serious breaches of human rights and humanitarian law constitute forms of redress that are just as important as compensation, and sometimes even more so. Ultimately, the wall of silence and the cloak of secrecy prevent these people from making any sense of what they have experienced and are the greatest obstacles to their recovery.” (TEDH [GS], Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 [El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Opinión concurrente común a los jueces Tulkens et al.], párr. 6).

<sup>48</sup> TEDH (GS), Sent. d. 13.12.2012 – 39630/09 (El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Opinión concurrente común a los jueces Casadevall y López Guerra): “Nos parece evidente que toda esta actividad requerida [investigaciones, K.A.] equivale a descubrir la verdad del caso, independientemente de la relevancia o importancia del caso en particular para el público en general; por lo tanto, un análisis separado del derecho a la verdad resulta redundante.” = “It seems evident to us that all this required activity amounts to finding out the truth of the matter, irrespective of the relevance or importance of the particular case for the general public, and therefore a separate analysis of the right to the truth becomes redundant.”

<sup>49</sup> Sobre el concepto de verdad, cfr. *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (617 s.), con más información en nota al pie 258.

<sup>50</sup> Cfr. en este sentido, la jurisprudencia interamericana (n. 43) así como de manera ejemplar y representativa la ley Colombiana de “justicia y paz” (Ley 975, modificada por última vez por la ley 1592 del 3.12.2012), la cual en su (modificado) art. 6 como “derecho de las víctimas” menciona el “derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral” (cfr. al respecto *Ambos et al.*, Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), y Derecho Penal Internacional, Estudio sobre

de un proceso amplio de superación del pasado, entonces mediante estos procesos existiría de manera absoluta un interés de toda la sociedad en este tipo de verdad histórica.<sup>51</sup> Por supuesto, una cuestión muy diferente es si esta verdad histórica ha de alcanzarse en el marco de un proceso judicial formal – sujeto a un determinado proceso probatorio y a determinados medios de prueba. De acuerdo con las experiencias de procesos de superación del pasado y los conocimientos de la investigación sobre justicia de transición (“transitional justice”) obtenidos hasta ahora, esto debe responderse negativamente,<sup>52</sup> por lo cual también debería recurrirse a otros

la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia, 2010, p. 116 ss., 136 ss., disponible en <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Forschung/friedensprozess-in-kolumbien-aufgrund-des-gesetzes-975-v-2272005.html> (19.2.2013).

Un punto de vista panorámico sobre la discusión internacional *Groome*, Berkeley Journal of International Law 29 (2011), 175; *Wiebelhaus-Brahm*, en: Schabas/Bernaz (eds.), Routledge Handbook of International Criminal Law, 2011, p. 369 (pp. 370-372); sobre la naturaleza jurídica como principio del derecho general/consuetudinario, véase *Naqvi*, International Review of the Red Cross 88 (2006), 245 (254 ss.); sobre un “derecho a la justicia” [“right to justice”] en el marco de procedimientos de derecho penal internacional, más reciente *Spiga*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1377 (1386 ss.).

<sup>51</sup> Así también lo entendieron la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, p. 205; sobre esta dimensión colectiva véase también Procuraduría General de la Nación, Derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos, 2008, p. 34 ss.

<sup>52</sup> Cfr. *Pastor*, Revista Jueces para la Democracia 59 (2007), 95 (106 ss.: con seis objeciones en contra de la determinación de la verdad histórica en el proceso penal); crítico también *Koskenniemi*, en: Frowein/Wolfrum (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law 6 (2002), pp. 1 (11), en [http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/koskenniemi\\_6.pdf](http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/koskenniemi_6.pdf) (19.2.2013); *Schlunck*, ILSA Journal of International and Comparative Law 4 (1998), 415 (419); *Beukelmann*, NJW-Spezial 2012, 376; *Syring*, International Legal Theory 12 (2006), 143 (150); recientemente, más optimista *Gaynor*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1257 (quien si bien reconoce las tensiones entre la averiguación de la verdad histórica y la procesal, destaca, no obstante, el “inmenso potencial” [“huge potencial”] de los procesos de derecho penal internacional “para ayudar a las víctimas y a otros en la región afectada a conocer los hechos” [“to help victims and others in the affected region to know the facts”] y la “responsabilidad especial de asegurar que su contribución a la memoria colectiva sea objetiva, clara y accesible” [“special responsibility to ensure that their contribution to the collective memory is objective, clear and accesible”]). Sobre el TEDH y la justicia de transición véase *Sweeny* (n. 45), p. 239 ss.

---

foros interdisciplinarios, especialmente las llamadas comisiones de la verdad.<sup>53</sup>

*Prof. Dr. Kai Ambos, Juez Tribunal Provincial, Göttingen*

---

<sup>53</sup> Sobre las comisiones de la verdad, especialmente sobre los criterios de efectividad relevantes cfr. *Ambos* (n. 41), pp. 40-47; sobre la efectividad también *Gibson*, *Law and Contemporary Problems* 72 (2009), 123; panorámico *Hayner*, *Unspeakable Truths, Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2. ed. 2011; *Wiebelhaus-Brahm*, en: Bassiouni (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice, A World Study on Conflicts, Victimization and Post-Conflict Justice*, Tomo 1, 2010, p. 477; crítico *Daly*, *International Journal of Transitional Justice* 2 (2008), 23.