

ANA MARÍA TORRES CHEDRAUI

VERDAD PROCESAL Y DERECHOS HUMANOS

UN ESTUDIO SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA
JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

Tesis doctoral

Directores: Prof. Dr. D. Pedro Serna Bermúdez
Prof. Dr. D. Pedro Rivas Palá

Departamento de Dereito público especial

Universidade da Coruña

A Coruña, 2013

*A mis padres y hermanas,
por la vida y lo vivido*

Ana María Torres Chedraui

Verdad procesal y derechos humanos. Un estudio sobre la prueba ilícita en la jurisdicción penal internacional

Resumen:

Este trabajo estudia el conflicto entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos del acusado/sospechoso en el curso de un proceso judicial, particularmente en el caso de pruebas fiables obtenidas por medios que violan tales derechos. El ámbito de dicho estudio son las jurisdicciones penales internacionales, pues en ellas se manifiestan estas tensiones, en virtud de su peculiar perfil: en ellas confluye, por un lado, el interés de la comunidad internacional en sancionar conductas graves y, por ello, de no excluir pruebas que resulten fiables; por otro lado, también es imprescindible la necesidad de transmitir el mensaje de que la forma en que se hace justicia es importante, de manera muy especial cuando los hechos que se juzgan se refieren a países donde han tenido lugar violaciones graves de los derechos humanos y donde el *rule of Law* ha de fortalecerse, pues adolece de condiciones iniciales de gran precariedad. A pesar de lo anterior, los tribunales penales internacionales, siguiendo en esto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han dado más importancia al primer aspecto que al segundo, como consecuencia de la estrategia empleada para dirimir la colisión, que es la clásica de la ponderación. Esto ha conducido a autorizar implícitamente la violación de los derechos cuando los demás intereses en juego se han considerado de mayor importancia y, en definitiva, a hacer depender la protección de los derechos de un cálculo de utilidad más o menos explícito. Este trabajo propone como alternativa una estrategia de inspiración aristotélica que pone el énfasis en la evaluación del compromiso de respetar y proteger los derechos, debiendo analizarse, para ello, la intención y el comportamiento *ex post facto* de quien recolecta las pruebas y averigua los hechos.

Ana María Torres Chedraui

Procedural truth and human rights. A study of illicit evidence at the international criminal jurisdiction

Summary:

This dissertation studies the conflict between the search for truth and the need to respect the rights of the accused/suspect in the course of a judicial prosecution, in particular in the case of reliable evidence obtained in violation of such rights. The study focuses on the international criminal jurisdictions because, due to their peculiar profile, they sharply illustrate this conflict. International criminal jurisdictions present a convergence, on one side, of the interest of the international community in punishing serious atrocities or crimes and, therefore, in non-excluding reliable evidence; on the other, of the need to transmit that the manner in which justice is done is important, particularly when the facts that are being adjudicated refer to States in which serious violations of human rights have taken place and where the rule of law is feeble and should be strengthened. Yet the international criminal tribunals, following the European Court of Human Rights, have given more importance to the first than to the second aspect, as a consequence of the strategy used to settle the collision: the classic balancing test. This has led to an implicit authorization of the violation of rights when the other interests involved are considered of greater importance and, ultimately, to make the protection of rights depend on a more or less explicit utility calculus. This research proposes, as an alternative, a strategy of Aristotelian inspiration that emphasizes the evaluation of the commitment to respect and protect rights. In order to achieve this goal, it is necessary to assess the intention and the *ex post facto* conduct of the agent who collects the evidence and finds out the facts of the case.

Ana María Torres Chedraui

Verdade procesual e dereitos humanos. Un estudio sobre a proba ilícita na xurisdición penal internacional

Resumo:

Este traballo estuda o conflito entre a procura da verdade e o respecto dos dereitos do acusado/sospeitoso no curso dun proceso xudicial, particularmente no caso de probas fiábeis obtidas por medios que violan tais dereitos. O ámbito do devandito estudio son as xurisdicións penais internacionais, pois nelas se manifestan estas tensións en virtude do seu peculiar perfil: nelas conflúe, dunha banda, o interese da comunidade internacional en sancionar condutas graves e, por ilo, de non excluír probas que resulten fiábeis; doutra banda, tamén é imprescindible transmitir a mensaxe de que a forma en que se fai xustiza é importante, de xeito especial cando os feitos que se xulgan se refiren a países onde tiveron lugar violacións graves dos dereitos humanos e onde o *rule of law* ten de se fortalecer, pois adocece de condicións iniciais de grande precariedade. Malia o anterior, os tribunais penais internacionais, seguindo nisto ao Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, deron máis importancia ao primeiro aspecto que ao segundo, como consecuencia da estratexia empregada para dirimir a colisión, que é a clásica da ponderación. Isto conduce a autorizar implicitamente a violación de dereitos cando os outros intereses en xogo son considerados de maior importancia e, en definitiva, a facer depender a protección dos dereitos dun cálculo de utilidade máis ou menos explícito. Este traballo propón como alternativa unha estratexia de inspiración aristotélica que pon a énfase na avaliación do compromiso de respectar e protexer os dereitos, o que esixe analizar a intención e o comportamento *ex post facto* de quen recolleita as probas e pescuda os feitos.

INDICE

ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN Y DEFINICIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL.....	15

CAPÍTULO I LA VERDAD COMO VALOR EN EL PROCESO JUDICIAL

1. Planteamiento	29
2. La importancia del respeto de los derechos en el contexto de la justicia internacional..	31
3. La verdad y los derechos ante los tribunales penales internacionales: una relación de fines y medios.....	32
4. Relación entre verdad y derechos: posiciones doctrinales	36
5. Relación holística entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos	40
5.1. La redefinición de lo que el valor verdad exige en el contexto del proceso judicial	44
5.2. El reconocimiento de que los derechos tienen un valor independiente de la verdad	47
5.3. La necesidad de actuar motivado y con la disposición de respetar los derechos de un modo tal que se demuestre un compromiso permanente para con ellos	48
6. Las teorías en torno a la imposibilidad de buscar la verdad en el proceso	49
6.1. La fijación formal de los hechos.....	50
6.2. Las teorías del convencimiento y de la aceptación de los hechos	55
7. Recapitulación	59

CAPÍTULO II LAS GARANTÍAS PROCESALES COMO VALORES

1. Planteamiento	61
2. Las garantías procesales tienen como finalidad la minimización de los errores	62
2.1. La protección del inocente constituye el límite de la rectitud de decisión	63
2.2. La protección del inocente es una consideración más a ponderar	66
2.3. Aspectos compartidos de las posiciones analizadas	68
3. Las garantías procesales tienen como finalidad la protección de aquello que es valioso para la sociedad.....	70
3.1. Las garantías procesales tienen como finalidad la protección del inocente.....	71
3.2. El error de condenar al inocente es más grave que el error de dejar libre al culpable.....	73
3.3. Las garantías procesales engloban ciertos valores reconocidos socialmente ...	76

4.	La necesidad de proteger los valores procesales: un análisis en concreto.....	81
4.1.	Garantías con función epistémica pasiva.....	82
4.2.	Garantías con función epistémica activa: los derechos operan como limitaciones.....	85
4.3.	Garantías que protegen derechos: la verdad pudiese ser alcanzada sin ellas....	89
5.	Recapitulación.....	93

CAPÍTULO III

LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1.	Planteamiento.....	97
2.	Pruebas obtenidas violando el derecho a no ser torturado ni a recibir tratos inhumanos o degradantes.....	102
2.1.	Segundo Umbral.....	102
2.2.	Tercer Umbral: reparación.....	108
3.	Pruebas obtenidas violando el derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse.....	110
3.1.	Violación del derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio en virtud de la amenaza de sanciones.....	111
3.1.1.	Primer parámetro para determinar el primer umbral: la esencia del derecho y la imposición de un régimen disciplinario contra la autoridad.....	113
3.1.1.1.	Existencia de cargos contra el sospechoso o acusado: conciencia por parte de la autoridad que amenaza de estar obligando a confesar a quien es culpable.....	113
3.1.1.2.	Gravedad de la amenaza.....	116
3.1.2.	Segundo parámetro para determinar el primer umbral: la amenaza de sanción y el derecho a no autoincriminarse en un sistema de ponderaciones.....	118
3.1.3.	Segundo Umbral: violación del debido proceso por el uso de pruebas obtenidas con violación al derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio, a causa de la amenaza de imponerse sanciones.....	120
3.1.3.1.	La presencia de garantías no subsana la violación al debido proceso ocasionada por el uso de pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse.....	121
3.1.3.2.	La presencia de garantías subsana la violación al debido proceso ocasionada por el uso de pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse.....	123
3.2.	Violación del derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio en virtud del empleo de agentes encubiertos y de métodos de grabación encubierta.....	128
3.2.1.	Cuando se irrespeta la voluntad del acusado de permanecer en silencio.....	128
3.2.1.1.	Primer Umbral.....	128
3.2.1.2.	Segundo Umbral.....	131
3.2.2.	Cuando del sospechoso no nace la iniciativa de autoincriminarse, ni de cometer un delito, sino que es inducido a hacerlo.....	131

ÍNDICE

3.3.	Violación del derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio en virtud de la realización de inferencias del silencio del acusado	134
3.3.1.	La existencia de garantías adicionales que rodean la realización de inferencias	135
3.3.2.	El uso al que se haya destinado las pruebas obtenidas a través de inferencias	138
3.4.	Tecer Umbral: reparación por uso de pruebas obtenidas en violación del derecho al silencio y a no autoincriminarse	139
4.	Pruebas obtenidas con violación al derecho a la privacidad.....	141
4.1.	Gravedad del delito e interés social de perseguirlo	142
4.2.	Influencia de la prueba en la condena final	143
4.3.	Oportunidad de oponerse a la utilización de la prueba ilegal	147
5.	Recapitulación	148

CAPÍTULO IV

UN ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS PARA ADMITIR Y EXCLUIR PRUEBAS EN LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

1.	Planteamiento	157
2.	Los criterios para admitir y excluir pruebas en el contexto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia	158
2.1.	La relación entre las reglas de la admisión y de la exclusión	159
2.1.1.	Relación de equivalencia o de complementariedad	160
2.1.2.	Reglas de la admisión y de la exclusión <i>propriamente dicha</i> y <i>no propriamente dicha</i>	162
2.2.	La (no) fiabilidad de una prueba como elemento para su (no) admisión.....	164
2.2.1.	Umbral de fiabilidad requerido para la admisión (Regla 89).....	165
2.2.2.	Determinación del estándar de fiabilidad <i>prima facie</i> en los distintos tipos de prueba: casos de fiabilidad dudosa	168
2.2.3.	Umbral de no-fiabilidad requerido para la exclusión (~Regla 89).....	173
2.2.4.	El umbral de fiabilidad requerido para la admisión (Regla 89) es más fácilmente verificable que el umbral de no fiabilidad requerido para la exclusión (~Regla 89)	174
2.2.5.	Umbral de no-fiabilidad derivado del método empleado para la obtención de una prueba (Regla 95)	175
2.3.	La (no) afectación de la integridad del proceso como elemento para (no) excluir una prueba del proceso	177
2.3.1.	La relación entre la Regla 95 y la Sub-regla 89 (D)	178
2.3.2.	La afectación de la integridad del proceso (Regla 95).....	180
2.3.2.1.	La sola violación de normas procesales no conduce a la exclusión de la prueba sin la previa determinación de que la integridad del proceso se ha visto afectada.....	180
2.3.2.2.	La no-fiabilidad de la prueba afecta la integridad del proceso	182
2.3.3.	La fiabilidad de una prueba y la afectación de los derechos del acusado	184
2.3.3.1.	Estrategia de ponderación entre los derechos del acusado y el interés de la comunidad internacional.....	186

2.3.3.2. Estrategia de restauración de los derechos del acusado que han sido afectados a través del aseguramiento de garantías procesales alternativas	189
2.4. Recapitulación parcial	192
3. Un análisis de los criterios para admitir y excluir pruebas en el contexto de la Corte Penal Internacional	193
3.1. El examen para determinar la exclusión de una prueba (artículo 69 numeral 7)	196
3.2. El examen para determinar la admisión de una prueba (artículo 69 numeral 4)	200
3.3. La ponderación: ¿estrategia de pesos o mero “tomar en cuenta”?	201
4. Recapitulación	204

CAPÍTULO V
UNA PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN ENTRE EL RESPETO DE LOS DERECHOS Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

1. Planteamiento	207
2. La propuesta de los Tribunales	208
2.1. La idea de que el proceso es un todo	208
2.2. Los criterios empleados para la ponderación	209
2.3. Los umbrales	212
3. Posturas doctrinales acerca de cómo compatibilizar la verdad con los derechos fundamentales	214
3.1. Exclusión de pruebas no-fiables	214
3.2. Orden de reparaciones no-procesales	215
3.3. Imposición de sanciones contra quien recolectó las pruebas obtenidas con violación de derechos humanos	216
4. La determinación del compromiso de respetar los derechos	218
4.1. La doctrina del doble efecto	219
4.1.1. La intención	222
4.1.2. El carácter	226
4.2. La intención como elemento para determinar el carácter	228
4.2.1. La violación de los derechos como medio para buscar la verdad puede afectar la disposición	228
4.2.2. La violación de los derechos no empleada como medio para buscar la verdad puede afectar la disposición	234
4.3. La evaluación del compromiso como parte de una estrategia armonizadora	237
5. Recapitulación	239
 CONCLUSIONES	 241
FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA	251

ABREVIATURAS

CIADH	Corte Inter-Americana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

INTRODUCCIÓN Y DEFINICIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL

Este trabajo gira en torno al conflicto entre la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos humanos en procesos penales internacionales. En la generalidad de los casos, la relación entre ellos puede ser pacífica, pues el aseguramiento de los derechos humanos pone límites al Estado en su poder para investigar los hechos y sancionar conductas, lo cual ayuda por un lado, a reducir la arbitrariedad y por otro lado, garantiza que la verdad no será —al menos en ese respecto— objeto de distorsión. Sin embargo, existen casos en que la búsqueda de la verdad se enfrenta de un modo real con la necesidad de proteger derechos: tal es el caso de pruebas fiables resultantes de métodos violatorios de derechos humanos. El conflicto se ve incluso agravado cuando dicha prueba es determinante para establecer la autoría del delito que se juzga. La posición jurisprudencial dominante se ha enfocado en la estrategia de la ponderación para resolver este problema. Así, se ha considerado necesario balancear, por un lado, las razones a favor de la admisión de la prueba y de la protección de la verdad y, por otro lado, las razones a favor de su exclusión y de la protección del derecho o garantía concretos que han resultado violados. Las razones tomadas en cuenta han sido generalmente la importancia del derecho afectado, la gravedad del delito que se juzga, el interés público en juego, la existencia de garantías alternativas y el grado de fiabilidad de la prueba obtenida. En un primer momento, salta de inmediato a la vista que estos criterios podrían incentivar la realización de un cálculo por parte de quienes recolectan las pruebas y averiguan los hechos respecto de qué derechos cabría afectar, cuándo y cómo, para poder obrar conforme al Derecho y así lograr mantenerse “a cubierto del radar”. Esto hace necesario analizar de cerca la forma en que estos criterios están siendo aplicados, para determinar si conducen a una mera maximización de resultados. Así, si se vincula la violación del debido proceso únicamente a la ausencia de fiabilidad de

la prueba, entonces en todos aquellos casos en que haya sido posible prever el carácter fiable de la prueba, la violación del derecho en cuestión estaría autorizada. Asimismo, si la prueba obtenida por medios violatorios de derechos humanos afectase el debido proceso sólo cuando no estuviese corroborada por otras pruebas o se tratase de una prueba determinante para la condena del acusado, entonces en todos los demás casos, tal violación estaría autorizada; todo lo cual podría ser calculado con antelación por quienes recolectan las pruebas.

Este trabajo tiene como primer objetivo estudiar de un modo crítico la forma en que se ha resuelto el conflicto entre la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos humanos en el ámbito judicial. Para ello, se enfocará en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y de los tribunales internacionales de derechos humanos, restringiéndose la investigación exclusivamente a lo que se refiere a la recolección de pruebas obtenidas con violación de derechos humanos. Por un lado, los tribunales penales internacionales constituyen el foro de análisis más propicio para estudiar esta problemática, pues tanto la protección de los derechos humanos como la búsqueda de la verdad son necesarios para lograr poner fin a conflictos graves, tarea en la cual los tribunales asumen una función que nadie más puede desempeñar. Además, dichos tribunales deben lidiar con este problema en el marco de situaciones agravadas por el tipo de delitos que juzgan. En este sentido, se considera que es precisamente en las situaciones difíciles donde no sólo se puede ver la tensión entre la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos, sino también la importancia de los intereses en juego. Esto permite considerar desde una perspectiva más profunda las estrategias empleadas y, sobre todo, permite diseñar estrategias nuevas que tengan en cuenta las necesidades y retos que se enfrentan en situaciones extremas.

Las principales jurisdicciones de análisis serán el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, por su importante desarrollo jurisprudencial en el tema, y la Corte Penal Internacional, por ser el foro permanente para la discusión de estos asuntos. A modo comparativo, se hará referencia a la

jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Además, se ha considerado importante analizar también la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, no sólo porque constituyen el foro especializado en estos temas, sino porque además, dicha jurisprudencia ha sido la fuente de inspiración para las jurisdicciones penales internacionales¹. Para ello, nos hemos ocupado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a la que se ha dedicado un capítulo completo. Sin embargo, este estudio no ofrece un tratamiento separado de la jurisprudencia de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, pues ésta no ha desarrollado un cuerpo de doctrina sobre los casos de pruebas obtenidas con violación de derechos humanos; su tratamiento ha sido exiguo y lejano, a causa sobre todo de que ha considerado que la valoración de las pruebas no es asunto de su competencia, sino de las jurisdicciones nacionales². Esto no obstará sin embargo, para mencionar en el momento oportuno, algunos principios que dicha Corte ha reconocido en relación con el debido proceso, a efectos de contrastarlos con los reconocidos por el TEDH, que será el foro central en esta parte del estudio.

¹ El Estatuto de la CPI, artículo 21 (3) dispone que sus normas deben ser interpretadas de forma consistente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Adicionalmente, puede notarse que los tribunales penales internacionales suelen recurrir a la jurisprudencia de las cortes regionales de derechos humanos para determinar el contenido de los derechos. En este sentido puede verse CPI, *Lubanga* (29 enero 2007), §73. El TPIY ha tomado una posición más reticente respecto de la aplicabilidad que tienen las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos. De una parte, ha afirmado que las decisiones del Comité de Derechos Humanos y del TEDH son aplicables y tienen autoridad sobre el Tribunal, pero de otra parte ha indicado también que su aplicabilidad puede quedar limitada a la luz de las diferentes funciones que ambos tribunales cumplen. En lo que a la primera posición se refiere, puede verse TPIY, *Delalić et al.* (28 abril 1997), §27; TPIR, *Kajelijeli* (23 mayo 2005), §209. Respecto de la segunda posición puede verse TPIY, *Tadić* (10 agosto 1995), §§17-30.

² La reticencia de la CIADH de pronunciarse respecto de las reglas que gobiernan las pruebas pudo verse en los casos *Lori Berenson Mejía c. Perú* (25 noviembre 2004), §§178-181; *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú* (25 noviembre 2005), §§156, 173. En sentido contrario, puede verse *Villagrán Morales y otros (Niños de la calle) c. Guatemala* (19 noviembre 1999), §§230, 232, 233 donde la Corte consideró que el tribunal nacional omitió valorar las pruebas en su conjunto, fragmentó el acervo probatorio, lo que ocasionó que se violara el debido proceso. Adicionalmente, en el caso *Loayza Tamayo c. Perú* (17 de septiembre de 1997), §62, la Corte afirmó que el hecho de que la acusada hubiera sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar tuvo consecuencias negativas en su contra en el fuero común. En el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, en el caso *López Álvarez c. Honduras* (1 febrero 2006), §§16, 17 se afirmó que aunque la Corte no debe reemplazar a los jueces nacionales en la valoración de la prueba, tampoco puede permanecer ajena ante violaciones groseras como la desaparición del medio de prueba principal.

El segundo objetivo de este trabajo será proponer una estrategia alternativa a la ponderación, que busque, por un lado, armonizar la protección de los derechos con la búsqueda de la verdad y, por otro, asegurar la existencia de un compromiso de lealtad con los derechos. En este sentido, este trabajo se plantea delimitar qué es lo que hace que una estrategia sea armonizadora, sin que por ello se deba atender a los resultados únicamente, sino al reconocimiento de la importancia de cada uno de los elementos a armonizar. Quien tiene un compromiso con los derechos, no los violaría cuando fuese necesario para establecer los hechos correctamente, pues reconocería que su valor es independiente de la conveniencia de su violación en el caso concreto. Previo a la definición de la propuesta, será necesario plantearse si la ponderación cumple con los requisitos de una estrategia armonizadora.

La propuesta de armonización que aquí se tratará de esbozar se basará en algunos elementos de la ética aristotélica, con particular atención a la corriente auto-denominada neo-aristotélica³. Antes de pasar a explicar cómo éstas pueden contribuir a manejar el problema identificado, es necesario justificar por qué el tema debe ser solucionado utilizando una teoría ética.

Al emplearse los criterios para la ponderación antes referidos, parecería que ya los tribunales resuelven utilizando un razonamiento ético de corte utilitario y, de ser así, el empleo de otra teoría ética como contrapartida constituiría tan sólo una reacción a ello. Se considera de corte utilitario, por ejemplo, que la protección de los derechos deje de ser necesaria tan pronto acabe siendo evidente que el único fundamento válido para su protección es el aseguramiento de prueba fiable. Esto llevaría a concebir la protección de los derechos como un instrumento de conveniencia, que no transmite un verdadero compromiso para con ellos, conduciendo en definitiva, a su desvalorización. En este sentido, la ética aristotélica se presenta como una opción prometedora, pues se enfoca en la

³ En este sentido se tendrá a la vista los desarrollos de la teoría ética aristotélica que se han llevado a cabo por J. D. Z. Phillips (1965); J. McDowell (1980); R. Hursthouse (1999); L. Solum (2003); L.M. Monahan (2004); Annas (2011).

motivación y disposición del sujeto a abrazar las virtudes como rasgos permanentes de su carácter⁴. Ello, en el caso que nos atañe, equivaldría a decir que el sujeto debe actuar motivado y con la disposición de respetar los derechos de un modo tal que se demuestre un compromiso permanente con ellos. No equivale, en cambio, a sostener que la verdad no importa; por el contrario, su búsqueda conjuntamente con la disposición de respetar los derechos es lo que permite la realización de la justicia en un proceso judicial. La ética deontológica de base kantiana, por su parte, parecería apoyar una estrategia muy rígida, pues la motivación que exigiría de quien recolecta las pruebas y averigua los hechos no bastaría para satisfacer las demás necesidades sociales que el Derecho debe atender⁵.

A lo largo de este trabajo se efectuará una constante analogía entre la forma de razonar y de justificar que emplea la ética aristotélica para evaluar la bondad o malicia de un acto y la forma en que los jueces deberían razonar al tratar los casos de violación de los derechos humanos y su conflicto con la búsqueda de la verdad. En este sentido, se argumentará que así como existe una mutua dependencia entre las virtudes y la realización humana, existe también una mutua dependencia entre la protección de los derechos y la realización de la justicia, de tal modo que no se puede hablar plenamente y sin reservas de la primera sin la segunda y viceversa. De otra parte, se sostendrá también que así como la felicidad es el estado en el que se encuentra el sujeto cuando alcanza su plena realización, lo es también la búsqueda de la verdad para la realización de la justicia. Este presupuesto no equivale a decir que las virtudes deban constituir el medio para la felicidad, ni que los derechos lo deban ser con respecto de la búsqueda de la verdad. No obstante que en ocasiones puedan coincidir, lo único que este argumento revela es que la

⁴ R. Hursthouse (1999), 123; L.M. Monahan (2004), 150; J. Annas (2011), 9-10.

⁵ Una visión más amplia de la motivación en la deontología, es la sostenida por C. Korsgaard (2008), 182, quien afirma que aquél que actúa por obligación no obra movido por la convicción de que el acto es requerido, sino por un razonamiento que involucra la explicación de porqué el acto es requerido. En cuanto a la fuente clásica, *cfr.* I. Kant (1996), 393-402. Es necesario aclarar que este trabajo se referirá con más frecuencia al utilitarismo y muy escasamente a la deontología como rivales de la ética neo-aristotélica. Esto se debe a que los postulados del utilitarismo están más en boga en la jurisprudencia de los tribunales que se analizarán y por eso su tratamiento se efectuará, en mayor medida, en torno a aquél.

realización humana va de la mano de la felicidad, análogamente como la realización de la justicia lo está en relación con la búsqueda de la verdad.

Para la ética aristotélica lo determinante es la disposición, y no los resultados; aplicado a nuestro tema, lo que importa es que exista un compromiso con la protección de los derechos y no simplemente una ausencia de violación, “no detectable por el radar”. Al efecto de determinar la existencia de un compromiso con los derechos será necesario comenzar por evaluar la intención del sujeto que llevó a cabo la recolección de la prueba; en particular, es importante determinar qué fin buscaba y de qué medios habría de valerse para lograrlo. Así, quien se vale de la violación de los derechos para buscar la verdad no mantiene un compromiso de respeto hacia los primeros; quien, en cambio, dirige su acción hacia la búsqueda de la verdad ocasionando que se afecten los derechos como un efecto colateral, mantiene, tal compromiso. Lo dicho guarda relación con la doctrina del doble efecto. Ahora bien, ésta sólo ayuda a determinar *prima facie* la existencia o no de un compromiso con los derechos. Para evaluar la disposición como un rasgo permanente del carácter, la teoría aristotélica pone el énfasis en las circunstancias y en la sabiduría práctica o prudencia, las cuales servirán de base para complementar la doctrina del doble efecto en la determinación del compromiso que nos atañe. Así, no habría compromiso con los derechos, muy a pesar de que su violación no haya constituido el medio para buscar la verdad, cuando el sujeto haya demostrado una apatía tal hacia la protección de los mismos, que evidencie la falta de tal compromiso. Podría en cambio, existir dicho compromiso si se hubiesen afectado los derechos a través de un acto involuntario, ejecutado por la fuerza o por ignorancia. En estos casos no sólo será necesario que las circunstancias no hayan dependido del sujeto, ni de la labor que ordinariamente realizaba, sino que además, deberá demostrarse, por otros medios, un compromiso con los derechos, por ejemplo, ofreciendo garantías alternativas⁶. En cambio, no respetar los abusos de derechos, al no estar respaldados por protección alguna, no afectarían el compromiso. La sabiduría práctica o prudencia

⁶ La búsqueda de garantías alternativas equivale a la necesidad de la presencia del lamento en el que insiste Aristóteles (1999), 1110b para los casos de acciones involuntarias.

en estos casos exige saber qué, cuándo, cómo, dónde y respecto de quién ejercer determinada virtud y es precisamente aquello lo que este estudio se propone analizar⁷.

La tendencia garantista puede concebir los derechos procesales como garantías de verdad que ayudan al establecimiento correcto de los hechos y excluyen del proceso información poco fiable⁸. Ello resulta, en rigor, escasamente garantista, como se advierte en el momento de tener que decidirse sobre la exclusión o no de una prueba obtenida con violación de tales derechos, pero de contenido fiable. La conclusión a la que comúnmente se suele llegar se acerca considerablemente a la propuesta benthamiana, según la cual excluir una prueba equivale a excluir la justicia⁹, de modo que para no excluir la justicia es necesario atender a la fiabilidad de la prueba. A partir de una revisión de este limitado garantismo cabe formular las hipótesis siguientes, que se intentarán probar en este trabajo de investigación: (1) siendo que no se puede hablar de justicia sin verdad ni sin derechos, es necesario que exista entre ellos una relación holística, pero no una relación de medios y fines; (2) una visión garantista ha de concebir a la verdad como un valor más que el proceso judicial resguarda y, por otra parte, ha de determinar el alcance de contenido de las garantías atendiendo a los valores que éstas protegen; (3) definir el contenido de las garantías a la luz de la verdad no es una estrategia garantista, sino consecuencialista, pues concibe a las primeras como medios para lograr el fin de establecer correctamente los hechos; (4) el empleo de la ponderación como estrategia para determinar si una prueba debe ser excluida o no del proceso conduce a incentivar la violación de derechos en todos aquellos casos en que el valor ponderado se considere de menor “peso” que el

⁷ Para Aristóteles, *id.*, 1120a, tener la virtud de la generosidad es saber qué dar, cuándo dar, a quién dar y en qué momento dar. J. Annas (2011), 84-85 desarrolla la idea de que la sabiduría práctica va de la mano con tener presente al otro al momento de ejercitar la virtud. No es generoso el que hace un regalo sin tener en cuenta lo que el otro necesitaría recibir.

⁸ L. Ferrajoli (1995), 46, 60, 541 sostiene que las garantías judiciales son garantías de libertad y de verdad; A. Stein (2008), 1116-1117, 1121-1122, sin embargo considera que el fundamento de las garantías debe reposar en su contribución al establecimiento correcto de los hechos. Siguiendo la línea de Ferrajoli, N. Guzmán (2006), ha estudiado la contribución al establecimiento de la verdad, de algunas de las garantías procesales.

⁹ J. Bentham (1843), vol. 7, 369: “[e]xclude the evidence, you exclude right decision, you exclude justice (...)”

interés en establecer los hechos correctamente; y, (5) la estrategia más acorde con la pluralidad de valores en un proceso judicial es aquella que evalúa la conveniencia de excluir la prueba a la luz del compromiso con los derechos. Estas hipótesis serán tratadas a lo largo de los cinco capítulos que conforman el presente estudio.

El primer capítulo se ocupará de las hipótesis (1) y (2) y en tal sentido intentará mostrar los fundamentos y sentar las bases de una estrategia que permita armonizar correctamente la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos del acusado, ambos concebidos como elementos de la justicia. Se comenzará dando a la búsqueda verdad el lugar que le corresponde en un proceso judicial, pues no puede ser juzgada como un criterio de eficiencia, sino como un valor que junto con la protección de los derechos, legitima el establecimiento del proceso judicial. Luego se tratará de justificar que la relación entre la verdad y los derechos no ha de ser lineal y unidireccional, como de medio a fin, sino holística, convergiendo en la justicia como fin del proceso. Finalmente, se mostrará cómo la concepción de la verdad como valor hace avanzar el debate entre la teoría de la fijación formal de los hechos y la teoría del convencimiento y/o de la aceptación, haciendo ver cómo ambas posiciones mantienen una visión realista del proceso judicial, pero a la vez insuficiente para legitimarlo.

El segundo capítulo volverá sobre la hipótesis (2) y tratará conjuntamente con ella la hipótesis (3). Siguiendo el esquema de la armonización definido en el capítulo anterior, se fijará que los derechos tienen un valor independiente de la verdad y que su protección es necesaria en cuanto exigida por ciertos valores o bienes sociales, de modo que la determinación de su violación no debe depender del resultado de la prueba obtenida. Este capítulo se ocupará también de mostrar que los valores que los derechos protegen confluyen en la idea de dignidad humana, la cual no sólo sirve de fundamento sino también de parámetro para determinar su contenido interno y, por tanto, cuándo estamos ante su violación. Finalmente, se analizará cómo la contribución de algunos de los derechos

procesales al establecimiento correcto de los hechos no involucra dejar de lado los valores que éstos protegen.

Previo a continuar con el tratamiento de las hipótesis restantes, será necesario detenerse en la práctica judicial, a efectos de evaluar en qué medida la estrategia que siguen los tribunales cumple con los criterios hasta ahora fijados para la armonización de los derechos y de la búsqueda verdad, como elementos de la justicia. En el tercero y cuarto capítulos se analizarán la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y de la Corte Penal Internacional, respectivamente. En ambos, se describirá e identificará el patrón que siguen los diferentes tribunales para resolver los casos de conflicto entre la protección de los derechos fundamentales y la búsqueda de la verdad en el proceso judicial en el curso de la recolección de las pruebas y, particularmente, se pondrá de relieve que la estrategia que prima es la ponderación. Será necesario interpretar la jurisprudencia, pues la identificación del patrón que sigue cada tribunal no siempre se revela de forma explícita y en ocasiones podría ser incluso necesario efectuar una especie de desenmascaramiento, pues los tribunales no siempre hacen lo que dicen estar haciendo. Ambos capítulos procurarán, en definitiva, identificar cuál es la posición predominante en los tribunales respecto de la relación entre los derechos y la verdad.

El quinto capítulo se ocupará de las hipótesis (4) y (5). En tal sentido, intentará probar, de un lado los problemas de la estrategia aplicada por los tribunales y, de otro, delinear la propuesta armonizadora basada en la evaluación del compromiso con los derechos. Para ello, se recurrirá a la doctrina del doble efecto y a la teoría aristotélica del carácter y de la voluntariedad de los actos. Un sistema que mantiene un compromiso con el respeto y la protección de los derechos no autorizaría —ni siquiera implícitamente— que se recurra a su violación para obtener determinados resultados. Una interpretación adecuada de la doctrina del doble efecto demostraría que la recurrencia indirecta a la violación de

los derechos involucraría una intención de afectarlos, si el sujeto no confirma la ausencia de deseo del resultado a través del “lamento” de su ocurrencia.

El orden de los capítulos responde a una razón metodológica, que tiene un cierto parecido con el equilibrio reflexivo rawlsiano, pues parte de la teoría, revisa la práctica y regresa nuevamente a la teoría. En ese sentido, el trabajo sigue un triple movimiento: los capítulos I y II, los capítulos III y IV y, finalmente, el capítulo V. Sin embargo, los postulados formulados en los capítulos iniciales no son puestos a prueba a la luz de la práctica, como lo exigiría una metodología rawlsiana, sino que por el contrario, se evalúa si dicha práctica está en conformidad con ellos. No obstante, el equilibrio reflexivo sí ha sido de algún modo el método empleado para elaborar lo que al final del trabajo se presenta como una estrategia armonizadora. Las intuiciones con las que este trabajo se inició, pero que no se revelan en ninguno de sus capítulos, fueron revisadas a la luz de los casos analizados; en particular, la necesidad de tomar en cuenta la multiplicidad de intereses que entran en juego en un proceso penal internacional, hizo necesario su abandono y la elaboración de lo que aquí se presenta como una propuesta de corte aristotélico. El orden de los capítulos continúa respondiendo al esquema rawlsiano, pues lo que permite evaluar los casos son las intuiciones teóricas iniciales y aquello que se propone se ve sobre todo iluminado por los casos prácticos que le preceden.

Antes de entrar en materia, conviene efectuar algunas precisiones en cuanto al ámbito y uso de ciertos términos que se emplearán a lo largo de este trabajo.

Si bien este estudio se ocupará principalmente del proceso penal y más específicamente de los procesos penales que han sido llevados a cabo en la corta experiencia de los tribunales penales internacionales, en muchas ocasiones se hará referencia al proceso judicial en general. Aunque el proceso penal tenga peculiaridades, y más aún el proceso penal internacional, las afirmaciones que aquí se harán pueden resultar aceptables para todo tipo de procesos. Ello no es obstáculo para admitir que si el objeto primario de nuestra atención hubiesen sido

los procesos de naturaleza civil, laboral o administrativa habrían debido realizarse algunas precisiones o matizaciones que el lector sólo encontrará en este estudio para el proceso penal internacional. Hay, además, una segunda razón para actuar así: si bien las garantías procesales son fundamentales en todo tipo de proceso, fueron elaboradas originalmente en el contexto de los procesos penales o en ámbitos donde era —y continúa siendo— muy difícil distinguir lo penal de otras dimensiones del Derecho, como se advierte si atendemos a los orígenes históricos del debido proceso en el Derecho inglés¹⁰.

A lo largo de este estudio se notará que se hace una referencia indistinta a “bienes” y a “valores” que el proceso judicial y los derechos humanos protegen. Aunque para muchos pueda haber una diferencia trascendental entre ambos términos, este estudio aspira a tomar partido en tales discusiones ontológicas y más bien los empleará como si se trataran de términos sinónimos, que hacen referencia a aquello que la naturaleza humana requiere para la convivencia en sociedad¹¹.

Asimismo, este estudio no distingue entre derechos y garantías, a pesar de que reconoce que puede haber una diferencia importante: los derechos constituyen el bien que se asegura y las garantías el modo de hacerlo efectivo. Sin embargo, para el asunto que nos ocupa, no es tan fácil establecer la distinción y manejar dicha terminología en el texto podría llevar a confusiones. Por ejemplo, el debido proceso puede operar como derecho y como garantía, así el derecho al debido proceso constituye en abstracto la titularidad de recibir un juicio justo, un trato equitativo; mientras que como garantía, se referiría específicamente al modo de asegurar estos valores, como por ejemplo, contando con una oportunidad para ser escuchado, para presentar pruebas, etc. Guardar silencio y no ser obligado a autoincriminarse podría también operar como derecho y como garantía; como derecho se referiría a la titularidad de no ser forzado a declarar contra uno mismo, pudiéndose sin embargo renunciar a dicho derecho o procurarse la confesión a

¹⁰ En este sentido, puede verse J. Cianciardo (2004), 32 y ss.

¹¹ Para una distinción entre estos dos términos, puede verse P. Serna (1995), 291-293.

través de medios no coercitivos; y como garantía sería parte del camino para asegurar un juicio justo. Este trabajo resalta la necesidad de definir el contenido del debido proceso en términos de valores, de manera que se posibilite una flexibilización que permita protegerlos a través de mecanismos distintos a los comúnmente enunciados. Por este motivo, la referencia a derechos y garantías se hará de forma indistinta y equivalente.

El término “sabiduría práctica”, al cual se hará referencia en varias ocasiones a lo largo del trabajo, no es sino la prudencia aristotélica, esto es, el saber cómo, cuándo, respecto de quién y por qué motivos obrar de conformidad con las virtudes. “Sabiduría práctica” (*practical wisdom*) es la traducción inglesa de la griega *phronesis* y de la latina *prudentia*. Esa opción se explica porque en la literatura filosófica inglesa *prudence* alude al significado que esta palabra adquiere en el empirismo y en el utilitarismo; por ello, los traductores y estudiosos de Aristóteles en lengua inglesa han preferido adoptar “sabiduría práctica”. Este trabajo se nutre en muchos momentos de dicha literatura y, por tal motivo, el lector encontrará en él, usadas indistintamente como sinónimos, tanto “sabiduría práctica” como “prudencia”.

* * *

Debo expresar mi agradecimiento a quienes han hecho de este proceso doctoral una oportunidad de enriquecimiento y aprendizaje insuperable. Debo comenzar por reconocer que este trabajo no habría podido ser iniciado sin la ayuda predoctoral que recibí de la Universidad de A Coruña desde abril de 2010 hasta enero de 2012. El apoyo y confianza de los directores de la tesis, los profesores Pedro Serna Bermúdez y Pedro Rivas Palá, constituyó el primer y más fundamental impulso para decidir iniciar los estudios de doctorado. De ellos no sólo he aprendido en materia, sino también en integridad académica. Agradezco especialmente al Prof. Serna por su tiempo y paciencia revisando y discutiendo conmigo versiones anteriores de este trabajo. Me siento afortunada de haberme podido insertar en una línea de investigación de raíces aristotélicas desarrollada

previamente por el Prof. Serna y de haber podido extenderla al derecho penal internacional.

Con el apoyo de la Universidad de A Coruña hice asimismo una estancia de investigación entre agosto y septiembre de 2011 en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Göttingen. Allí tuve la oportunidad de ofrecer un seminario sobre una primera y resumida versión del capítulo III de este trabajo. Mi especial agradecimiento al Profesor Kai Ambos, a María Laura Böhm y a Ezequiel Malarino por la oportunidad para el diálogo académico; y, a María Victoria Cabrera por su cálida acogida.

Entre marzo y mayo de 2012 realicé una estancia de investigación en la Universidad de Maastricht con el Profesor André Klip, a quien agradezco no sólo su amable recibimiento sino también su tiempo para leer y discutir versiones traducidas y anteriores de partes de este trabajo de investigación. Al Profesor Jaap Hage debo agradecer las sesiones sobre metodología de la investigación jurídica, que impartió en su tiempo libre y a las cuales tuve el honor de asistir.

En octubre de 2012 recibí importantes comentarios y sugerencias de parte de los miembros del área de Filosofía del Derecho de la Universidad de A Coruña, relativos a algunos de los postulados de lo que ahora constituyen los capítulos II y V de este trabajo; sin esa oportunidad para reflexionar, este trabajo hubiese concluido de una forma muy distinta y menos satisfactoria desde la perspectiva de quien escribe. Mi agradecimiento especial se dirige a los profesores José Antonio Seoane, Carolina Pereira y Óscar Vergara.

Me alegra poder decir ahora cuánto aprecio el ambiente de trabajo en la Sala de Becarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña; el nivel académico de quienes la conforman es muy prometedor y las variadas discusiones académicas que allí se han sostenido me han hecho crecer y madurar enormemente; por ello mi agradecimiento se dirige también a los estudiantes de doctorado que compartieron dicha Sala durante mi formación doctoral.

Mi experiencia coruñesa no hubiese sido tan hermosa sin la cariñosa hospitalidad de Viviana García y de Roberto Lameiro, a quienes he llegado a querer como parte de mi familia.

Tuve la fortuna de que mi formación doctoral coincidiera con la de mi marido, Gustavo Arosemena, con quien además comparto algunas áreas de interés. Esto no sólo me ha dado la oportunidad de recibir su apoyo y comprensión en momentos de dificultad intelectual, sino también la complacencia de tener en casa a un consejero académico inigualable.

A Coruña, Maastricht, octubre de 2013.

CAPÍTULO I

LA VERDAD COMO VALOR EN EL PROCESO JUDICIAL

1. Planteamiento

En la doctrina y en la jurisprudencia, sobre todo anglosajona, ha tomado cierto auge la posición que considera a la verdad como el fin estructural del proceso¹. Para algunos, las garantías procesales constituyen el medio para alcanzar la verdad, pues limitan la arbitrariedad estatal y judicial, mientras que, para otros, tales derechos son un obstáculo para llegar a ella y, en tal sentido, deberían de ser reformados o al menos restringidos. Como se verá, ninguna de estas teorías logra apartarse del valor meramente instrumental de los derechos. La posición que se defenderá aquí es aquella que considera que los derechos tienen un valor independiente de la verdad y que su protección es necesaria porque se refiere a ciertos valores de la persona. La relación que debe existir entre la verdad y los derechos no es una relación lineal y unidireccional de medio y fin, sino una relación holística, que converge en la idea de justicia.

Este capítulo busca poner de manifiesto que la verdad es uno de los elementos de la justicia, conjuntamente con el respeto de otros valores que el proceso judicial protege, entre ellos los derechos humanos. No se puede hablar de verdad en el proceso como una aspiración ilimitada, pues su búsqueda encuentra límites al tener que valerse no sólo de herramientas restringidas sino también al tener que operar en un marco en el que se deben satisfacer varios objetivos y no sólo la averiguación de la verdad.

¹ J. Ferrer (2007), 77, 82; R.J. Allen, L. Laudan (2008), 89; R.A. Posner (1973), 401 se refiere a la posición de quienes defienden que el derecho a ser escuchado en una acción administrativa es un valor, como una defensa visceral de la equidad; él propone en su lugar, que se defienda la equidad porque ayuda a reducir la probabilidad de que se comentan errores fácticos en la decisión. En este mismo sentido, puede verse A. Stein (2008), 1121-1122.

Dado que son varios los fines, es preciso buscar una armonización y unidad entre ellos; en particular, este estudio se enfocará en la compatibilización entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos humanos en el proceso judicial. Para lograr tal compatibilización, conviene proceder en tres etapas: la redefinición de aquello que el valor verdad exigiría en el contexto del proceso; el reconocimiento de que los derechos tienen un valor independiente de la verdad; y la necesidad de que quienes tienen la responsabilidad de investigar y practicar diligencias y averiguaciones actúen motivados por el respeto de los derechos demostrando un compromiso permanente para con ellos. Este capítulo desarrollará el primero de los pasos de la estrategia propuesta.

Adicionalmente, será necesario hacer referencia a las discusiones acerca de si el proceso puede de forma realista tener como fin la búsqueda de la verdad. En particular, habremos de enfocarnos en las teorías que niegan dicha posibilidad, y sostienen que el proceso sólo puede aspirar al convencimiento del juez o a la fijación formal de los hechos. Como se observará, por una parte, las críticas principales en contra de la posibilidad de buscar la verdad en el proceso pueden también ser utilizadas para rebatir la teoría del convencimiento y, por otra parte, la teoría de la fijación formal de los hechos resulta insuficiente para legitimar el proceso judicial². La búsqueda de la verdad es uno de los fines del proceso junto con el respeto de los derechos y los valores que ellas representan; esto no sólo legitima el proceso sino que además explica por qué en ciertos casos la verdad debe dejarse de lado para respetar tales valores. Ello no impide que se siga hablando de verdad, pero como un valor que se encuentra a la vez protegido y limitado por otros que comparecen en el contexto en el que se sitúa el presente estudio.

² En este sentido R. Dworkin (1986), 243 y ss. ha sostenido de forma convincente que para interpretar adecuadamente una norma no sólo debe tomarse en cuenta la interpretación más coherente con el sistema jurídico, sino aquella que tiene la mejor justificación en términos de moralidad política.

2. La importancia del respeto de los derechos en el contexto de la justicia internacional

Se suele argumentar que en un proceso judicial, la fijación de los hechos tal y como ocurrieron permite la realización de la justicia, confiere legitimidad a la decisión final y genera confianza en el público sobre el sistema judicial³. Sin embargo, a veces se omite resaltar que todo esto sólo podría ser logrado a través de un sistema institucional que no sólo asegurase el resultado buscado, sino que además lo procurase por medios legítimos y respetando los derechos del procesado. Sólo así se podría verdaderamente generar confianza en el resultado logrado.

Al establecerse los tribunales penales internacionales *ad-hoc*, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reconoció que el juzgamiento de los responsables de los delitos constituía el medio para lograr el restablecimiento y el mantenimiento de la paz, la reconciliación y la transición a la democracia⁴. Es necesario enfatizar aquí la importancia del juzgamiento, pues éste presupone la existencia de instituciones que canalicen el establecimiento correcto de los hechos. De modo que no sólo importa la paz, la reconciliación y la transición sino también que sean buscados a través de un enjuiciamiento como es debido.

Comúnmente se ha asociado la liberación del dolor de la víctima con la transferencia que ésta hace al Estado de su deseo de venganza y la efectividad de la persecución del agresor⁵. Así, se genera un alivio en la víctima cuando ella puede confiar en el poder del Estado para perseguir y castigar al responsable del delito. Frente a esto, se deben hacer dos observaciones. Por un lado, el juzgamiento viene a restablecer un orden social; por lo tanto, el alivio de la

³ R.J. Allen, L. Laudan (2008), 65 y ss.; M. Taruffo (2010), 112. En un sentido similar, pueden verse también que la CIADH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (22 febrero 2002), §§76-77 ha reconocido que la averiguación de los hechos no es sólo un derecho de la víctima, sino también de la sociedad, a efectos de prevenir la repetición del delito.

⁴ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (8 noviembre 1994); *id.*, (30 abril 1998); *id.*, (30 noviembre 2000).

⁵ R.J. Allen, L. Laudan (2008), 72-73.

víctima está supeditado al cumplimiento del primer fin, como se verá más adelante. Para el restablecimiento de este orden social no sólo es importante la imposición del castigo sobre el verdadero culpable sino que, además, es necesario que se lo haga con los instrumentos del Derecho; de lo contrario, el desorden no podría restablecer ningún orden. En este sentido, el alivio en la víctima no puede provenir sólo de la efectividad, sino de la institucionalidad encaminada a la persecución. Por otro lado, la transferencia del deseo de venganza al Estado no parece ser un mecanismo efectivo para liberar a la víctima de su dolor, pues si no va acompañado de una disposición de éste de conceder al agresor un buen trato y el respeto de sus derechos, la víctima no se liberaría verdaderamente de su deseo de venganza. Debe reconocerse que la liberación de dicho deseo de venganza podría ni siquiera ocurrir en este último escenario, pues los deseos de la víctima pueden volverse incontrolables hasta para ella misma.

Desde una perspectiva institucional e individual, la búsqueda de la verdad debe ir acompañada del respeto de los derechos, para que pueda tener un impacto positivo en la reconciliación a nivel social y personal.

3. La verdad y los derechos ante los tribunales penales internacionales: una relación de fines y medios

Los tribunales penales internacionales le han otorgado —de palabra— igual importancia al establecimiento de la verdad y a la garantía del debido proceso. Así, han reconocido que no puede haber juzgamiento sin un debido proceso⁶ y que el establecimiento correcto de los hechos es uno de los objetivos principales del

⁶ En este sentido puede verse el preámbulo del Estatuto de la CPI, en particular en uno de sus considerandos se dispone que la Corte ha sido establecida para juzgar crímenes internacionales y brindar justicia a las víctimas. Se puede observar también que la CIADH ha derivado del debido proceso, el derecho de las víctimas de que se establezca la verdad. Adicionalmente, el juez Pisis en una opinión disidente ha expresado que el interés de la comunidad internacional en enjuiciar a los acusados de los crímenes más atroces, tiene una importancia menor que el interés de asegurárseles un debido proceso. A este respecto, puede verse, CPI, *Lubanga* (21 octubre 2008), §17. De otra parte, en algunas decisiones, la Corte ha resaltado la importancia de que las provisiones legales tengan no sólo en cuenta la búsqueda de la verdad y/o la protección de las víctimas, sino también la garantía del debido proceso. *Cfr.*, CPI, *Lubanga* (27 agosto 2009), §8; CPI, *Lubanga* (29 enero 2007), §§85-86.

proceso⁷. La necesidad de establecer la verdad ha sido además una fuente para otorgar mayores facultades a los jueces, como ha sido el caso de permitirle a las víctimas la presentación de pruebas en el juicio, sin embargo, se ha reconocido que tales nuevas facultades deben ser compatibles con la garantía del debido proceso⁸.

Todo esto parece revelar que no sólo la verdad es importante sino también el respeto de los derechos. Sin embargo, el verdadero estatus de los derechos frente a la verdad se puede apreciar mejor en los casos de conflicto, es decir, cuando la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos apuntan en direcciones distintas. Como se podrá ver más adelante, muchos derechos del acusado parecen tener valor sólo cuando están al servicio de la verdad, es decir, en tanto y en cuanto no se opongan a ella. Recientemente los tribunales penales internacionales tienden cada vez más hacia una visión global del debido proceso; ello supone que si una garantía se ha violado se deben buscar alternativas para restaurar la inequidad causada. En este sentido, se ha interpretado que la fiabilidad de la prueba ayuda en gran medida a restaurar cualquier inequidad que haya resultado producto de la violación de un derecho⁹. Esta fue la posición hacia la que fue evolucionando el TEDH, al insistir en que la fiabilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos humanos favorece su admisibilidad¹⁰. En este sentido, el debido proceso deja de violarse cuando —entre otras cosas— la prueba obtenida

⁷ CPI, *Lubanga* (30 noviembre 2007), §47. El juez Blattmann en algunas de sus opiniones disidentes ha insistido en que la verdad es el fin principal del proceso. *Cfr.*, CPI, *Lubanga* (28 abril 2008), §16; CPI, *Lubanga* (22 mayo 2008), §5.

⁸ En CPI, *Lubanga* (11 julio 2008), §§93-95, la Sala de Apelaciones consideró que los jueces están autorizados a permitir que las víctimas presenten pruebas, con base en el art. 69(3) del Estatuto de la CPI que los faculta a admitir todas las pruebas que los asistan en el establecimiento correcto de los hechos. La Sala de Apelaciones sin embargo insistió en que dicha participación de las víctimas debe ser ejercida respetando el derecho del acusado a tener un juicio justo. Sobre esto último, *cfr. id.*, §96.

⁹ TPIY, *Kordić and Čerkez* (29 julio 1999), §§30, 32. Resaltando que hay violaciones de derechos humanos que son menores y que por tanto no debe excluirse prueba fiable, puede verse CPI, *Lubanga* (29 enero 2007), §§86-88.

¹⁰ TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §37, en donde el Tribunal se negó a declarar la afectación del debido proceso dado que la prueba era fundamental para la condena del acusado. Adicionalmente, en TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010) §179-187, la fiabilidad de las pruebas derivadas de aquella obtenida con violación de derechos humanos, fue una consideración importante para decidir acerca de su no-exclusión del proceso.

ha sido fiable. Adicionalmente, la verdad juega un rol importante en el momento de decidir sobre la admisión de las pruebas en los procesos penales internacionales. Para ser admitidas, las pruebas deben ser *prima facie* fiables, es decir, que deben contar con un mínimo de fiabilidad y a la vez debe no haberse afectado gravemente el debido proceso¹¹, cuya violación se acaba declarando sólo cuando el derecho violado es de suma importancia, como sucede con la prohibición de la tortura¹². Esto conduce finalmente a un sistema en el que unos derechos se protegen más que otros y en el que la única forma de que se vean protegidos los derechos de aparente menor importancia es cuando su violación da como resultado una prueba de muy poca fiabilidad¹³.

Todo esto revela que en los casos pacíficos, es decir, donde no hay conflicto entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos, existe entre ellos una relación armoniosa, pues ambos parecen necesitarse mutuamente. Así, los derechos dependen de la verdad para su legitimación, y esta última de los derechos, sin los cuales no se podrían establecer bien los hechos. Sin embargo, una vez que colisionan y que la relación deja de ser pacífica, desaparece la reciprocidad para dar paso a una relación lineal de fin y medio en una sola dirección; esto quiere decir que si bien los derechos son el medio para lograr la

¹¹ Esto se tratará con más detalle en los capítulos III y IV. La CPI condiciona la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos humanos a que los medios empleados pongan en tela de duda la fiabilidad de la prueba; o, a que de la admisión resulte gravemente afectada la integridad del proceso (art. 69 (7) del Estatuto de la CPI). El texto vigente de las reglas de procedimiento y prueba del TPIY, así como del TPIR no hacen referencia expresa a que los derechos humanos deban ser violados a efectos de dar paso a las condiciones que determinan la exclusión de una prueba; por el contrario, se refieren de forma general a que la prueba debe ser excluida cuando su fiabilidad se vea afectada; o, cuando de su admisión pueda resultar gravemente afectada la integridad del proceso (Regla 95 del TPIY y del TPIR).

¹² Normalmente, el TEDH ha establecido que para determinar la afectación del debido proceso deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: el uso que se dio a la prueba en el proceso; la existencia de otras garantías en él; la gravedad del delito que se juzgó y el interés social de la sanción; y la corroboración de la prueba. Sobre este respecto, puede verse *infra* capítulo III. Sin embargo, estos criterios no se aplican cuando se ha afectado la prohibición contra la tortura, en cuyo caso se declara automáticamente violado el debido proceso. *Cfr.* TEDH, *Örs and others c. Turquía* (20 junio 2006), §§60, 61; TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §§99, 106; TEDH, *Söylemez c. Turquía* (21 septiembre 2006), §§122-125; TEDH, *Göçmen c. Turquía* (17 octubre 2006), §§74, 75, 69; TEDH, *Harutyunyan c. Armenia* (28 junio 2007), §63; TEDH, *Levința c. Moldavia* (16 diciembre 2008), §§99-100, 103-105.

¹³ Véase más adelante, la conclusión a la que se llegó en las secciones 2.2.3, 2.2.4 y 2.2.5 del capítulo IV al evaluarse las normas correspondientes a la exclusión de pruebas en el TPIY.

verdad, ésta puede también establecerse por otros medios. En otras palabras, los derechos se protegen en tanto y en cuanto no se opongan al establecimiento correcto de los hechos y si éstos pueden ser correctamente establecidos a través de medios que pongan en riesgo el respeto de los derechos, entonces habrá de optarse por ellos, a menos que se trate de la prohibición contra la tortura. Esta visión no es suficiente si se admite que todos los derechos, y no sólo unos cuantos, son importantes.

La aludida relación lineal en un solo sentido puede sustentarse en la concepción de que el establecimiento de la verdad goza de un respaldo social del cual carece el respeto de los derechos. En este sentido, varias salas del TPIY llegaron en algún momento a afirmar que el interés público presionaba para que se castigasen delitos graves y que el temor a generar impunidad influía en la admisión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales¹⁴.

Todo esto parecería demostrar que, cuando está en juego por un lado, la posibilidad de verse privados de información fiable, eventualmente necesaria para el establecimiento de la responsabilidad del acusado y, por otro lado, el respeto de los derechos del acusado, la balanza se inclina hacia la protección de la primera. En contra de esta interpretación se podría decir que los tribunales están en realidad dando prioridad a la verdad sobre el respeto de los derechos. Así, los tribunales no se privan de declarar las violaciones a los derechos, pero éstas no siempre son tan graves como para hacerles considerar que se ha violado el debido proceso, sobre todo cuando hacerlo podría impedir el establecimiento correcto de los hechos. Esta forma de resolver el problema no es del todo acertada ni completa, pues la determinación de la afectación del debido proceso no debe depender de la gravedad de la violación causada, ni de la producción de prueba no fiable; hacerlo conduciría a estrategias consecuencialistas, de modo que si se lograra descubrir una prueba fiable, cualquier violación a los derechos estaría

¹⁴ TPIY, *Brđanin* (3 octubre 2003), §§61, 63 (8); TPIY, *Nikolić* (5 junio 2003), §30; TPIY, *Aleksovski* (16 febrero 1999) §27. Adicionalmente, el TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §97 aceptó que el interés público podía ponderarse con los derechos del acusado.

justificada, pues al fin y al cabo éstos estarían para servir la verdad y cuando ésta ha sido lograda, los derechos perderían en gran medida su sentido. La forma de determinar la violación o no del debido proceso debe ser capaz de transmitir que el respeto de los derechos es importante y necesario; en tal sentido, la violación debería depender de la inexistencia de un verdadero compromiso de respetar los derechos *siempre* y no sólo cuando es conveniente hacerlo.

En este sentido, se defenderá aquí una visión holística e integradora de la búsqueda de la verdad y el respeto de las garantías procesales, de tal forma que aun existiendo un mutuo apoyo entre sí, no deje de reconocerse que ambas son importantes para la realización de la justicia.

4. Relación entre verdad y derechos: posiciones doctrinales

Cabe identificar tres posiciones doctrinales que explican la relación entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos. Para la primera, la búsqueda de la verdad es el fin del proceso, y el respeto de los derechos constituye un obstáculo para lograrlo. Para la segunda, la búsqueda de la verdad es el fin, y la protección de los derechos el medio para cumplirlo. Para la tercera, tanto la búsqueda de la verdad como el respeto de los derechos son valores igualmente protegidos en un proceso judicial y, en tal sentido, ambos tienen el estatus de fines: mientras la búsqueda de la verdad es un fin externo, el respeto de los derechos, un fin interno.

Para los instrumentalistas pragmáticos, el Derecho es el mecanismo (el medio) para llevar a cabo fines sociales externos; no hay, en consecuencia, nada en el Derecho que pueda hacer de él un fin¹⁵. El Derecho constituye únicamente el medio para cumplir los fines externos. Esta línea de pensamiento se inspira en Bentham, para quien el fin del Derecho procesal era la realización del Derecho sustantivo y éste se realizaba cuando se aplicaba correctamente sobre los hechos

¹⁵ Un claro estudio sobre esta posición puede ser vista en R.S. Summers (1980), 883 y ss.

acertadamente establecidos¹⁶. Las instituciones procesales en particular, se justifican para Bentham, por su virtud de conducir a la realización del Derecho sustantivo y por tanto, habrían de eliminarse o reformarse cuando no facilitaran dicha conducción¹⁷. En esta línea, se sostiene también que las estadísticas respecto de cuántas sentencias condenatorias son revertidas porque se fundamentan en hechos incorrectos o de cuántos procesos acaban en absolucón a pesar de la comisión de un delito, son los parámetros para medir la eficacia de un proceso judicial¹⁸. La verdad es, por tanto, el factor externo que permite juzgar el éxito o fracaso del proceso.

En una línea más o menos próxima a la de Bentham, aunque no coincidente con ella, se suele sostener también que el proceso judicial tiene como fin el establecimiento correcto de los hechos; sin embargo, el respeto de los derechos no constituye un obstáculo para cumplir dicho fin, sino un apoyo para lograrlo, en la mayoría de las ocasiones¹⁹. Las garantías, aunque a veces sean contraepistémicas o simplemente indiferentes al establecimiento correcto de los hechos, aparecen como el mejor mecanismo para ayudar al proceso judicial a cumplir su objetivo. Siendo que todo descansa en la búsqueda de la verdad, su enfoque es fundacionalista, pues lo que hace justo un proceso es el establecimiento correcto de los hechos; el respeto de los derechos no es más que un mecanismo para reducir la arbitrariedad y asegurar dicha corrección en los hechos. Su metodología es lineal y unívoca, pues los derechos no tienen un valor en sí mismo, sino sólo en la medida en que contribuyan al establecimiento correcto de los hechos.

¹⁶ J. Bentham (1838), 6.

¹⁷ Como explica W.L. Twining (1985), 67-68 el método consistió en la tesis del antinomismo [*anti-nomian thesis*], que defiende la eliminación de todo tipo de regulación formal en el proceso y en la prueba. Bentham se opuso a la existencia de un estándar de prueba, a la distribución de la carga probatoria entre las partes, a las presunciones legales, a la exigencia legal de la producción de un cierto tipo de pruebas para probar un hecho (prueba legal), a las reglas sobre valoración probatoria (tarifa legal), a las reglas sobre exclusión de las pruebas y, en general, a la existencia de garantías procesales. Concebía la desregulación del proceso como un paso hacia la eliminación de ficciones, pues las normas procesales eran tan impredecibles y oscuras que habían convertido la adjudicación en un negocio privado entre el juez y el abogado, al que llamó irónicamente *Judge & Co.*

¹⁸ R.J. Allen, L. Laudan (2008), 68, 72-73.

¹⁹ L. Ferrajoli (1995), 46, 60, 541; A. Stein (2008), 1116-1117, 1121-1122.

Sin dejar de reconocer que el Derecho es un fenómeno social, están también quienes reconocen que el Derecho tiene fines internos, porque descansan en su propio fundamento como práctica social²⁰. Sin embargo, a diferencia de las dos concepciones antes expuestas, la verdad no constituye el fundamento, sino uno de los fines que debe procurarse en el proceso judicial. La metodología empleada es holística, pues parte de una serie de aspectos todos igualmente estructurales²¹. Así, tanto los valores protegidos por los derechos como la búsqueda de la verdad son importantes, pues un proceso es bueno en la medida en que cumple ambos fines.

Esta tercera posición es la más aceptable, pues las dos primeras adolecen del problema de estar determinando la función del proceso judicial fuera de su contexto. Así, la eficacia o no de un proceso judicial suele ser medida en función de su contribución a los fines sociales y, sobre todo, de su capacidad para castigar al verdadero culpable del delito cometido²². Si bien el proceso judicial debe tender a establecer los hechos correctamente, su eficacia no debería ser juzgada exclusivamente en torno a dicho resultado, pues como se verá esto implica evaluarlo desde fuera.

No se puede comprender la bondad o no de una institución sin analizarla desde una doble perspectiva: interna y externa. Un proceso es bueno, si lo es

²⁰ L.L. Fuller (1969), 33 y ss.

²¹ A diferencia del utilitarismo, la ética aristotélica emplea una metodología holística, pues aunque remite a la idea de la felicidad, igual que el utilitarismo, reconoce que las virtudes tienen un valor intrínseco. Para la ética aristotélica, existe una especie de mutua dependencia, pues la felicidad sólo puede ser alcanzada a través del cultivo de las virtudes y éstas, a su vez, conducen indefectiblemente a la felicidad. Sin embargo, la diferencia más profunda con el utilitarismo radica en el compromiso que el sujeto guarda con la armonización de las virtudes, la cual se logra haciendo uso de la sabiduría práctica, es decir, interpretándolas de tal forma que respondan a una unidad. En este sentido, puede verse J. Annas (2011), 110-111.

²² R.J. Allen, L. Laudan (2008), 68 subrayan la carga moral y económica que supondría no condenar al culpable. Ellos insisten en que un error se comete no sólo cuando el inocente es condenado sino también cuando el culpable es absuelto. Además, sugieren que la tasa de los condenados injustamente sea medida con relación al número de la población total, a efectos de que cualquier ciudadano conozca la probabilidad que tiene de sufrir dicho riesgo (*id.*, 78). Si la tasa de los condenados injustamente se calculase con relación al número de condenados, la tasa aumentaría, generando en opinión de dichos autores una alarma social que conduciría sólo a la preocupación de que se proteja al inocente y no de que se condene al culpable. Sin embargo, lo correcto es que se calcule el riesgo con relación al número total de juicios que se inician, pues así se podría saber verdaderamente cuál sería la tasa de riesgo de recibir una condena injusta (respecto del universo de personas sometidas a ese riesgo).

como especie del tipo al que pertenece²³. En este sentido, Geach trata los adjetivos atributivos, para referirse a aquellos que no pueden ser entendidos sino a la luz del sujeto al que califican, pues su significado varía en función de aquél²⁴. Así, un insecto grande, no puede entenderse como del tamaño de un elefante, sino como clase del tipo al que pertenece. Un proceso judicial bueno no es necesariamente aquél que encuentra la verdad, sino aquél que se esfuerza por encontrarla con las herramientas legítimas de las que dispone. Es necesario, pues, tener una noción previa respecto de la naturaleza del sujeto en cuestión.

Para determinar si algo es o no bueno, es necesario atender a la función de dicho objeto²⁵. Por función se debe entender el o los propósitos para el cual el objeto existe. Los objetos son creados para cumplir un rol; por eso cuando la gente los usa tiene la expectativa de que el objeto cumpla dicha función. Sin embargo, la gente puede tener expectativas de que el objeto cumpla una función distinta de la que debe o puede cumplir. De ahí la necesidad de diferenciar entre la función del objeto y la función que la persona busca obtener de él²⁶. Aunque puedan coincidir, no es correcto definir la función del objeto como la función que la gente espera que el objeto tenga. El propósito del objeto se determina atendiendo a la necesidad que satisface, por un lado y a su naturaleza, por el otro. Esto explica por qué la expectativa que se tiene de un objeto no es suficiente para determinar su función, pues podría ser que, dada su naturaleza, no pueda cumplir tal función. De ahí que la función debe ser entendida tanto en un contexto externo como en uno interno. Por contexto externo debe entenderse las necesidades sociales que el Derecho como institución ha de atender, en cuanto política social²⁷

²³ R. Hursthouse (1999), 197.

²⁴ T. Geach (1956), 34-35. No todos los adjetivos son atributivos, sino sólo aquellos que no tienen un significado natural; tal es el caso del adjetivo bueno, grande, pequeño, entre otros, pues no pueden ser entendidos sino en el contexto del sujeto al que califican.

²⁵ P. Foot (1961), 47-49.

²⁶ *Id.*, 55-58.

²⁷ L.L. Fuller (1978), 357, 363 y ss. Entre las necesidades sociales que el proceso judicial habría de atender se encuentran la resolución de conflictos, el correcto establecimiento de los hechos para aplicar las consecuencias que el Derecho dispone, el alivio de la víctima, entre otros; pero también la adecuada participación de las partes en él.

y por contexto interno, debe entenderse en nuestro caso, la naturaleza de la institución jurídica como tal y la del proceso judicial en particular.

Las necesidades sociales pueden ser alcanzadas mejor cuando se tiene un marco institucional para lograrlas, en el que las partes confían y ponen en manos del Estado sus pretensiones. En este sentido, un proceso judicial en el que se respete el Derecho y los derechos de las partes es también una necesidad social.

5. Relación holística entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos

En lo que sigue se abordará la justificación de por qué debe haber una relación holística entre la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos. Nuestro punto de partida es simple y en este sentido indiscutible, la finalidad de un proceso judicial es hacer justicia en un caso concreto. Este hacer justicia supone aplicar adecuadamente las consecuencias que la ley dispone para determinados hechos y establecer tales hechos no sólo correctamente sino también empleando medios concordantes con el respeto de los derechos humanos. De entre estos tres elementos, resulta de especial interés para este estudio el potencial conflicto entre dos de ellos: el establecimiento correcto de los hechos y el empleo de métodos concordantes con el respeto de los derechos humanos. Así concebida la finalidad del proceso, se vuelve necesario hallar herramientas que hagan posible preservar ambas condiciones y mantener ambos requisitos armónicamente. Por lo que se refiere a la aplicación correcta del Derecho, cabe señalar que se relaciona directamente con el buen decidir, es decir, con la sabiduría práctica, que establece el hábito que permite determinar la justa medida entre los dos primeros.

La caracterización del fin del proceso que acaba de ofrecerse no está exenta de implícitos; concretamente, lleva sobrentendida la preconcepción de que al Derecho no sólo le importan los resultados sino también la forma en que se los

consigue²⁸. En esta línea, el respeto de los derechos humanos y el establecimiento correcto de los hechos se encuentran en el mismo nivel de importancia. Así, la búsqueda de la verdad no constituye un criterio externo que se basta a sí mismo para evaluar la calidad del proceso, sino que constituye un valor más, junto con los demás valores protegidos por los derechos humanos. Lo dicho se asemeja en cierto sentido al naturalismo en la teoría aristotélica pues, como en éste, se parte también aquí de la forma en que el proceso judicial funciona para determinar qué lugar deben ocupar los elementos de la justicia. Para el naturalismo aristotélico, el deber ser puede ser derivado del análisis del ser, si se lo efectúa desde la perspectiva de quien considera que obrar bien es obrar de conformidad con las virtudes²⁹. La naturaleza por sí sola no puede informarnos respecto de cuáles son las virtudes que el ser humano debe seguir, pues la definición de lo natural está abierta a múltiples interpretaciones; así para algunos, podría ser tan natural el egoísmo en el ser humano³⁰, como lo es para otros, la sociabilidad y la necesidad de compartir³¹. Por otro lado, la naturaleza del ser humano sólo puede constituir un parámetro que justifica la necesidad de seguir determinadas virtudes si se parte de la misma concepción del bien. Asimismo, la justicia sólo puede constituir un

²⁸ El valor de muchas instituciones jurídicas sólo puede ser apreciado desde preconcepciones jurídicas, pues el conocimiento del Derecho transforma al sujeto de tal forma que éste ve el ordenamiento jurídico y la necesidad de su coherencia de un modo en que las demás personas sin ese conocimiento no lo podrán apreciar. Argumentando en un sentido similar, K. Larenz (1994) 196, afirma lo siguiente: “[e]l jurista que interpreta una ley, o también un contrato, se enfrenta a su tarea con todo su saber acerca de problemas jurídicos, conexiones de problemas, formas de pensar y consecuentemente de posibilidades condicionadas de solución del Derecho vigente, así como, y no en último lugar, acerca del lenguaje que suelen utilizar el legislador y también —en el caso concreto— el ciudadano versado en Derecho. Su ‘precomprensión’ es el resultado de un largo proceso de aprendizaje, en el que se incluyen tanto los conocimientos adquiridos en su formación o posteriormente como las múltiples experiencias profesionales y extraprofesionales, sobre todo las que versan sobre hechos y contextos sociales” [se omitieron los pies de página]. Citando a Arthur Kaufmann, P. Serna (2005-A), 285 y ss. afirma que el sujeto ve el texto que interpreta a la luz de sus preconcepciones entre las cuales se incluyen los valores y principios constitucionales. Así, se podría decir que quien valora la seguridad jurídica puede comprender la importancia de que los derechos se interpreten de forma concordante con el ordenamiento jurídico, protejan valores y no sólo se observen cuando garantizan buenos resultados.

²⁹ R. Hursthouse (1999), 193-197. En cuanto a la importancia de la perspectiva del hombre virtuoso para poder identificar lo bueno, puede verse Aristóteles (1999), 1144a, 1176a.

³⁰ En este sentido, puede verse generalmente A. Rand (1964).

³¹ Aristóteles (1999), 1155a.

parámetro que justifica la necesidad de respetar los derechos y de buscar la verdad si se parte de una concepción integradora de estos dos valores.

Que exista una relación holística entre la necesidad de establecer los hechos correctamente y la necesidad de respetar los derechos humanos quiere decir que entre ellos no debe existir una relación de subordinación, como la que se da entre fines y medios, sino de yuxtaposición o coordinación, como si se tratase de dos fines o valores. En este sentido, no se puede hablar de justicia sin el respeto de los derechos, así como tampoco se puede hablar de justicia si el proceso judicial se ha basado en hechos erróneos. De modo análogo, puede notarse que para la ética aristotélica, el florecimiento humano consiste en obrar de conformidad con las virtudes y por las razones que motivarían a una persona virtuosa. Además quien obra de este modo, es feliz porque sabe que las virtudes que está cultivando están relacionadas con el bien³². En este sentido es importante señalar que el florecimiento humano y la felicidad van de la mano, pues obrar de conformidad

³² Para la ética aristotélica, no se puede ignorar que el ser humano tiene necesidades, hacerlo equivaldría a negar su humanidad. Lo que no se debe hacer es definir su felicidad a la luz de la satisfacción o no de dichas necesidades, pues las necesidades pueden volverse infinitas. En este sentido, Aristóteles (1999), 1099a-1099b afirma que: “(...) es imposible o no es fácil hacer el bien cuando se está desprovisto de recursos. Muchas cosas, en efecto, se hacen, como por medio de instrumentos, mediante los amigos y la riqueza y el poder político; y la falta de algunas cosas empaña la ventura, y así la nobleza de linaje, buenos hijos y belleza: no podría ser feliz del todo aquel cuyo aspecto fuera completamente repulsivo, o mal nacido, o solo y sin hijos, y quizá menos aún aquel cuyos hijos o amigos fueran absolutamente depravados, o, siendo buenos, hubiesen muerto. Por consiguiente, como dijimos, la felicidad parece necesitar también de esta clase de prosperidad, y por eso algunos identifican la buena suerte con la felicidad, pero otros la virtud”. El ser humano no debe ignorar sus necesidades, pero a la vez debe buscar su felicidad en el proceso de satisfacción de dichas necesidades. La felicidad no consiste en un estado que se da en virtud de las circunstancias favorables, sino de un proceso activo en el que el ser humano mejora y aspira a disfrutar del proceso de satisfacción de sus necesidades, a pesar de que las circunstancias le sean desfavorables. Del mismo modo, Aristóteles, *id.*, 1100b-1101a afirma: “(...) el que es verdaderamente bueno y prudente soporta dignamente todas las vicisitudes de la fortuna y obra de la mejor manera posible en sus circunstancias, del mismo modo que el buen general saca del ejército de que dispone el mejor partido posible para la guerra, y el buen zapatero hace con el cuero que se le da el mejor calzado posible, y de la misma manera todos los demás artifices. Y si esto es así, jamás será desgraciado el hombre feliz, aunque tampoco se le podrá llamar venturoso si cae en los infortunios de Príamo”. En igual sentido puede verse, J. Annas (2011), 93 quien al distinguir entre las circunstancias de una vida y las circunstancias de vivir una vida afirma que: “(...) the circumstances of your life are the material you have to work on, and living your life is working on these materials to make a product. Living your life well is doing this skillfully (the metaphor is one which brings the skill analogy to the fore); a life lived well is like the result of a skillful and intelligent formation of materials into a whole. The metaphor is suggestive: skill can be exercised on a wide variety of materials, and the same materials can be put to skilful, or to botched, use”.

con el bien hace feliz a la persona virtuosa; sin embargo, esto no quiere decir que sean lo mismo: la felicidad es la actitud que se adopta frente al proceso de desarrollo de una vida virtuosa, mientras que la realización humana es el fin hacia el cual el ser humano dirige su obrar. Así, también la justicia no se traduce ni se debe confundir con la búsqueda de la verdad, sin embargo, como se verá, esta última redefinida como valor podrá permitir la realización plena de la justicia.

Decidir con justicia es decidir con sabiduría práctica, buscando la verdadera armonización entre los distintos elementos que la conforman. La armonía, sin embargo, no consiste en una ausencia de enfrentamiento, sino que nace del compromiso de respetar todos los valores en juego³³. A este respecto, es necesario resaltar la necesidad de que exista una relación coordinada entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos³⁴. Hay armonía en la idea de justicia cuando a

³³ Para la ética aristotélica, el hábito es un rasgo permanente del carácter del sujeto que le permite reconocer las razones por las cuales debe obrar, de modo que pueda esperarse de él que actúe siempre con base en dichas razones. R. Hursthouse (1999), 123-126. En cuanto a la predicibilidad y la estabilidad del acto realizado en virtud de ese hábito puede verse *id.*, 134-136, donde se afirma que quien actúa característicamente como lo haría una persona virtuosa, se vuelve confiable y predecible, pues no actúa de forma virtuosa por las circunstancias del momento, sino porque tiene un estado de virtud fijo y permanente. L.M. Monahan (2004), 135-136 afirma que poseer carácter consiste en tener la capacidad de reconocer consistentemente las razones objetivas por las cuales se debe obrar y a la vez tener la habilidad de actuar de forma confiable con base en dichas razones. Para J. Annas (2011), 84-88 lo que hace que una persona actúe de forma confiable es la razón práctica y la unidad de las virtudes. Si bien en ciertas ocasiones se puede ser generoso, sin poseer la virtud de la valentía o de la justicia, en otras ocasiones la única forma de ser generoso es siendo también valiente y justo. Como se vio antes, alguien puede ser generoso, pero si no tiene valentía para enfrentar al rico y exigirle que entregue parte de sus bienes en momentos de necesidad, no se puede esperar de él que actuará de forma generosa cuando la valentía constituya la antesala para el ejercicio de la generosidad.

³⁴ La ética aristotélica se enfrenta también con la necesidad de encontrar un fundamento que unifique las virtudes para que sea posible encontrarlas todas en una misma persona. Para Aristóteles (1999), VI.13, poseer una virtud es poseer la sabiduría práctica o prudencia y quien posee esta última, posee todas las virtudes. J. Annas (2011), 84-87, acertadamente observa que las situaciones de la vida no se presentan de una forma simple, como si demandaran del sujeto ser sólo generoso hoy y mañana, ser valiente. Para saber obrar en casos en que las virtudes parecen entrar en conflicto, es necesario tener prudencia o sabiduría práctica, es decir, saber qué hacer, en qué momento, de qué modo y respecto de quién. La prudencia provee la guía respecto de cómo interpretar las virtudes y qué es lo que ellas exigen del ser humano en un caso dado. Mientras que la valentía exige tener valor, la prudencia exige saber medir los riesgos; si se las interpreta de forma aislada, entonces, la valentía estaría en oposición con la prudencia, pero si se las interpretase de forma conjunta, ambas apuntarían a obrar con razón práctica. Así, la valentía involucraría ser valiente cuando merezca la pena serlo y la prudencia involucraría vencer la cobardía cuando deban tomarse riesgos. En este sentido, puede verse Aristóteles (1999), III.7; J. Annas (2011), 86. Es precisamente esta unidad de las virtudes obtenida mediante el ejercicio de la razón práctica lo que permite esperar que el sujeto actuará de forma confiable y correcta en una situación determinada.

pesar de no poderse realizar todos los valores en sentido pleno, no se ha interrumpido sin embargo, el compromiso del sujeto con relación a ninguno de ellos³⁵.

Bajo el esquema de la teoría aristotélica, se podría lograr una compatibilización entre los distintos elementos de la justicia si se observaran los siguientes pasos: (1) la redefinición del valor verdad y de aquello que éste exigiría en el contexto del proceso judicial; (2) el reconocimiento de que los derechos tienen un valor independiente de la verdad; y, (3) la necesidad de actuar motivado y con la disposición de respetar los derechos de un modo tal que se demuestre un compromiso permanente para con ellos.

5.1. La redefinición de lo que el valor verdad exige en el contexto del proceso judicial

Redefinir la verdad como un valor es hasta cierto punto, como redefinir la felicidad “factor sonrisa” como un componente de la vida virtuosa. La felicidad así entendida no determina cómo debe obrar una persona virtuosa, sino que constituye la actitud con la que debe hacerse frente a las dificultades de obrar de conformidad con las virtudes. Así mismo, la verdad no define tampoco a la justicia, pero constituye un elemento junto con otros. Sin embargo, existe una

Alguien puede ser generoso y honrado, pero si no tiene valentía no se puede esperar que actúe de forma generosa cuando la valentía constituya la antesala para el ejercicio de dicha generosidad. Las situaciones en que deben ejercerse las virtudes no están separadas en estancos, sino que vienen entremezcladas de tal forma que no tener todas las virtudes impide obrar de forma virtuosa. En este sentido, puede verse J. Annas (2011), 87-88, 91.

³⁵ Para J. Annas (2011), 77-78 se puede mantener un compromiso con todas las virtudes, a pesar de que en un caso particular, no se haya podido obrar de conformidad con alguna de ellas. En este sentido, Annas propone analizar si la dificultad se ha debido a las circunstancias o a razones que se encontraban en la misma persona. Si es el primer caso, entonces se puede decir que el compromiso se mantiene, pero si se trata del segundo, no. Incluso, cuando las razones se encuentren en la misma persona, R. Hursthouse (1999), 150-152 consiente en que todavía en esos casos se puede obrar de forma virtuosa. Así, puede ocurrir que alguien posea puntos ciegos respecto de alguna virtud, en el sentido de que no le permitan ver que está obrando en contra de ella. Sin embargo, en la generalidad de los casos, se puede decir que actúa de conformidad con la virtud, sobre todo en las situaciones importantes. Como el ser humano no es de una sola pieza, poseer una virtud no es una cuestión de todo o nada. En este sentido, ella propone evaluar si virtud o su ausencia es una cuestión del carácter o un mero asunto pasajero.

diferencia importante entre la felicidad y la verdad que hace que esta última sea un valor a la altura de los demás valores protegidos por los derechos humanos.

La felicidad “factor sonrisa” constituye un elemento perceptivo y de actitud de la persona virtuosa frente a los avatares de una vida en virtudes. Lo mismo, sin embargo, no sucede con la verdad, sobre todo cuando al estarse frente a hechos no verdaderos fijados en el curso de un proceso judicial, su contenido no puede ser modificado con mera disposición o percepción. Reconociendo esta disonancia, hay quienes identifican a la verdad declarada en el proceso judicial como la verdad formal, como si su fijación en el proceso transformase ciertos hechos en verdad³⁶. Esta posición no resulta en ningún sentido concordante con una visión aristotélica, pues en lugar de desarrollarse una disposición del sistema hacia la búsqueda de la verdad se estaría haciendo pasar por verdad algo que no lo es³⁷.

A pesar de que no siempre se pueden lograr todos los elementos de la justicia de forma plena, se podría seguir hablando de justicia si existiese una disposición de respetar todos los elementos que la conforman. La justicia desde una visión aristotélica no equivale a una ausencia de tensiones entre los distintos elementos que la conforman, sino que es fruto del ejercicio de la prudencia para saber qué medida dar a cada uno de ellos. No se trata, sin embargo, de una cuestión de pesos, sino de la determinación del carácter o disposición del sistema y del sujeto

³⁶ Para referencias y críticas en cuanto a la distinción entre verdad material y verdad formal, puede verse F. Carnelutti (2000), 20-21, 25.

³⁷ La ética aristotélica no haría pasar como felicidad —definida como “factor sonrisa”— a aquello que no lo es. Al contrario, reconocería que en ciertos casos es difícil para la persona virtuosa obrar de conformidad con las virtudes y mantener la felicidad al mismo tiempo, pero que a pesar de ello, obrar de conformidad con las virtudes es el tipo de vida que merece ser vivida. *Cfr.* R. Hursthouse (1999), 178-187. Una visión más estoica se inclinaría a decir que la persona virtuosa siempre encontrará la felicidad obrando según las virtudes, pues ha llegado a un estado tan elevado en que se ha vuelto inmune al sufrimiento derivado de la observancia de las virtudes. Para una interpretación estoica de Aristóteles, puede verse J. McDowell (1980), 17; D. Z. Phillips (1965), 50, quienes sostienen que ningún desastre, ni ninguna pérdida derivada de la observancia de las virtudes es en realidad tal. En este sentido, cabe reproducir un pasaje de la *Ética* a Nicómaco en donde Aristóteles (1999), 1117b afirma que: “(...) la muerte y las heridas serán penosas para el valiente y contra su voluntad, pero las soportará porque es hermoso, y es vergonzoso no hacerlo. Y cuanto más posea la virtud entera y más feliz sea, tanto más penosa le será la muerte, pues para un hombre así la vida es más preciosa que para nadie y un hombre tal tendrá conciencia de privarse de los mayores bienes, y esto es doloroso. Pero no por eso será menos valiente, sino quizá más, porque preferirá en la guerra lo glorioso antes que aquéllos. Así, no todas las virtudes pueden practicarse con placer, excepto en la medida en que se alcanza el fin”.

hacia el respeto de ambos elementos. Para la ética aristotélica, obrar de conformidad con determinada virtud no radica en producir un resultado ni en ejecutar un acto palpable únicamente, sino en hacerlo por carácter, es decir, con la disposición y convicción de una persona virtuosa. En los casos difíciles, donde resulta imposible —desde una visión externa— ejercitar dos virtudes al mismo tiempo, se sugiere demostrar un compromiso con todas las virtudes en juego. Así, por ejemplo, quien en tiempos de escasez debe decidir entre ser generoso con A o con B, pues los recursos no alcanzan para ambos, no dejará de obrar de conformidad con la virtud de la generosidad si tiene que negarle la ayuda a uno de ellos. En este caso, obrar con generosidad no se manifiesta en un acto externo, pero puede verse manifestado con anterioridad o posterioridad al acto de dar. Tal sería el caso, por ejemplo, de quien hizo el esfuerzo por buscar medios posibles para atender ambas necesidades o de quien lamenta la situación enfrentada y busca formas alternativas de compensar la pérdida.

El proceso judicial en el que se desenvuelven la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos es, en cierta medida, un marco de escasez, pues en muchas ocasiones no se pueden satisfacer al mismo tiempo ambos valores. Se podría decir entonces que en el marco del proceso judicial, existiría una disposición a respetar la verdad como valor cuando los mecanismos para llegar a ella no son arbitrarios, sino que responden a la necesidad de respetar otros valores. Las normas que obstruyen el establecimiento correcto de los hechos y a la vez no protegen ningún valor, no están dispuestas hacia el respeto de la verdad. De ahí el adagio jurídico de no sacrificar la justicia por meras formalidades o exceso de formalismo ritual.

Es importante justificar ahora por qué nuestra propuesta parte de una redefinición de la verdad como valor a la luz del proceso y no de una redefinición de los derechos a la luz de la verdad. Si los derechos se redefiniesen a la luz de la verdad perderían su valor cada vez que se presentase un caso difícil. La verdad, en cambio, no pierde su valor al redefinírsela a la luz de los fines del proceso, pues lo único que se hace con ello es definir su alcance en el contexto en el que opera. Además, la estrategia que aquí se propone seguir es de coposibilidad de ambos

valores apelando a la idea de disposición o compromiso. Aunque a veces podría parecer que esta estrategia favorece más a los derechos que a la búsqueda de la verdad, esto se debe a que el marco de interacción de ambos es el proceso, el cual no sólo que no se limita a la búsqueda de la verdad, sino que dichos límites están referidos mayormente a valores. El objetivo de la estrategia que se propone es, en todo caso, generar en el sujeto y en el sistema una conciencia de que ambos son importantes para la realización de la justicia.

Recapitulando, se puede seguir hablando de justicia incluso cuando no se haya podido llegar al establecimiento correcto de los hechos, si aquello se ha debido a una necesidad de respetar los demás valores que el proceso protege, entre los cuales ha de incluirse a los derechos humanos. Así, en el contexto de un proceso judicial, el valor verdad no podría exigir que se dejen de lado los derechos cuando aquellos obstruyen su búsqueda. La redefinición de aquello que el valor verdad exige en el marco del Derecho, constituye un primer paso para hacer compatible el respeto de los derechos humanos y la búsqueda de la verdad.

5.2. El reconocimiento de que los derechos tienen un valor independiente de la verdad

En segundo lugar, es necesario que se reconozca que los derechos tienen un valor independiente de la verdad, en el sentido de que su protección no depende ni se subordina a ella. Los derechos están íntimamente relacionados con determinados valores sociales que el Derecho ha reconocido; tal es el caso de la dignidad humana, la privacidad, la justicia, la equidad, la integridad física y moral, entre otros. De ahí que éstos deban ser protegidos con independencia de su contribución o no al establecimiento de la verdad en determinadas circunstancias. Este segundo paso será analizado con más detalle en el capítulo II de este trabajo.

5.3. La necesidad de actuar motivado y con la disposición de respetar los derechos de un modo tal que se demuestre un compromiso permanente para con ellos

Para hallar la armonización entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos es necesario, además, que el sujeto que efectúa las averiguaciones y recolecta las pruebas posea la disposición de respetar los derechos, de tal modo que demuestre un compromiso permanente para con ellos y no sólo cuando resulte conveniente o eficiente protegerlos. Este compromiso no implica un estándar de protección inflexible a favor de los derechos, sino más bien una disposición permanente del carácter. Este tercer paso será materia de estudio en el Capítulo V de este trabajo, una vez que se haya determinado en los capítulos III y IV cómo los tribunales han resuelto nuestro universo de casos, las consideraciones que han tenido en cuenta y las dificultades que enfrentan en el establecimiento correcto de los hechos.

Aunque este tercer paso será materia de estudio del Capítulo V de este trabajo, se podría indicar ahora que la disposición está vinculada a las circunstancias, las cuales pueden depender: (a) del sujeto o de la labor que realiza; o (b) de terceros. En general, sólo el caso (b), puede autorizar una restricción o afectación del valor en cuestión sin que aquello revele una ausencia de la disposición del sujeto, pues tal afectación depende de razones externas a quien ejecuta el acto. Existiría una disposición de respetar los derechos humanos cuando el sujeto se ha visto en la necesidad de afectarlo, debido a circunstancias que tienen su origen en el mal comportamiento del acusado o sospechoso durante el proceso de averiguaciones o recolección de las pruebas. En este caso, violar un derecho no responde a la ausencia de respeto del derecho en juego, pues es el mismo acusado o sospechoso quien le impone al sujeto la difícil situación de tener que escoger entre mal y mal. No sería éste el caso de (a), pues en él, sólo del

sujeto o de su labor dependería observar el valor en cuestión³⁸. Un ejemplo de este caso sería aquél en que el delito que se investiga es grave y el interés público en perseguirlo es alto. La investigación de los hechos y en particular de un delito grave es propia de la labor que ejecuta un policía, pues le es innato tener que lidiar con el temor de la ciudadanía de ser amenazada nuevamente con la comisión del mismo delito o con la reincidencia del delincuente. De ahí que el compromiso de respetar los derechos debe asumir estas dificultades como propias y no como circunstancias ajenas a la labor del sujeto que autorizan su violación.

6. Las teorías en torno a la imposibilidad de buscar la verdad en el proceso

A continuación se intentará demostrar que las teorías que consideran que en el proceso judicial no tiene sentido buscar la verdad pueden ser superadas si la verdad, en lugar de ser entendida como un resultado es considerada como un valor, que debe ser protegido junto con otros valores en el proceso. Se comenzará por revisar la posición de quienes sostienen que la verdad no puede ser alcanzada en el proceso, sino sólo la fijación formal de los hechos. Se notará que sus argumentos son enteramente aplicables para el proceso penal internacional, en

³⁸ De forma análoga, en la ética aristotélica se distingue entre las dificultades de actuar de conformidad con las virtudes porque el sujeto carece de un compromiso para con ellas y las dificultades que no tienen relación con dicha ausencia de compromiso. La línea divisoria entre estos dos tipos de casos no es siempre clara y depende más bien de qué tan condescendiente se pueda ser con el ser humano y con las dificultades que ha enfrentado en su vida. Hay quienes sostienen que la persona virtuosa no es de una sola pieza, que puede tener puntos ciegos pero que aquello no impide ver en él un compromiso verdadero con las virtudes cuando realmente importa tenerlo. *Cfr.* R. Hursthouse (1999), 150-152. Hay quienes podrían ser menos condescendientes con deficiencias de virtud en ciertos casos, atribuyendo estas fallas al mismo sujeto que debió haber cuidado de su educación. Esto podría originarse de una interpretación de Aristóteles (1999), 1104b en donde afirma que “[l]a virtud moral, en efecto, tiene que ver con los placeres y dolores, porque por causa del placer hacemos lo malo y por causa del dolor nos apartamos del bien. De ahí la necesidad de haber sido educado de cierto modo ya desde jóvenes, como dice Platón, para poder complacerse y dolerse como es debido; en esto consiste, en efecto, la buena educación”. La teoría aristotélica que inspira este trabajo procura acercarse más al primer tipo que al segundo. Sin embargo, debe reconocerse que cuando se evalúa la disposición del sistema o del sujeto hacia el respeto de los derechos, este trabajo podrá parecer poco flexible, sobre todo cuando se afirme que la gravedad del delito que se investiga no constituye una razón para dejar de observar los derechos y, al contrario, invocarla demuestra una ausencia de disposición y compromiso para con éstos. Esta posición tal vez sea fruto de nuestras propias limitaciones a la hora de encontrar el modo de justificar que a pesar de ello, en tales casos, existe una disposición del sistema y del sujeto de respetar los derechos.

donde los valores políticos que en él también se protegen, suelen dificultar y a veces impedir el correcto establecimiento de los hechos. Sin embargo, si la verdad se protegiese como valor, resultaría plenamente compatible con los demás valores políticos. Aun cuando la fijación formal de los hechos ejemplifique lo que muchas veces ocurre en un proceso judicial, no bastaría por sí sola para justificar la institución del proceso y la existencia de jueces y tribunales. En este sentido, es necesario que el Derecho como fenómeno social no se aparte de aquello que legitima su existencia y la verdad como valor es parte de dicha razón de ser. Luego, se tratará la posición de quienes creen que la prueba tiene como finalidad convencer al juez o hacer que un hecho sea aceptado como verdadero. De una parte, se apreciará que así como no puede llegarse siempre a la verdad, el juez no puede estar convencido de todo aquello que declara probado. De otra parte, quienes hablan de la aceptación en lugar del convencimiento aspiran a que las normas procesales ayuden al juez a aceptar como probado un hecho verdadero. Como se advertirá esto conducirá a dejar de lado los valores que muchas normas protegen; de ahí la necesidad de que no se conciba a la verdad como un resultado sino como uno entre los demás valores que el proceso judicial protege³⁹.

6.1. La fijación formal de los hechos

De acuerdo a la teoría de la fijación formal de los hechos, en un proceso judicial no se busca la verdad, sino que los hechos se fijan formalmente⁴⁰. Así, que un hecho esté probado no quiere decir que esté reproduciendo la realidad sino que fue introducido en tiempo y forma en el proceso; la verdad en el proceso se

³⁹ M. Gascón Abellán (2004), 119. Adicionalmente, L. Ferrajoli (1995), 60, 549 se ha referido a la presunción de inocencia como una garantía de verdad y de libertad, pues como lo reconoce M. Gascón Abellán (2004), 139-141 las presunciones protegen valores.

⁴⁰ El principal exponente de esta teoría es F. Carnelutti (1982), 18 y ss. Ha apoyado también esta teoría I. Eisner (1964), 24-25. Una de las frases célebres de Carnelutti “la verdad es como el agua: o es pura, o no es verdad” constituye también la idea central de quienes sostienen que la prueba busca el convencimiento del juez. En este sentido puede verse H. Devis Echandía (2002), 239, quien al sostener que la prueba en el proceso busca convencer al juez, cita a Carnelutti sobre la inseparabilidad del juicio y el error, para referirse a la imposibilidad de llegar a la verdad en el proceso judicial.

somete a lo que la ley prescribe⁴¹. En este sentido, prueba es todo aquel hecho que ingresa formalmente en el proceso.

Para Carnelutti, el proceso conduce a la verdad siempre o no lo hace⁴² y aun cuando la alcance, no será más que un encuentro accidental, pues las normas procesales impiden al juez investigar a plenitud la veracidad de los hechos⁴³. Si el proceso en realidad pretendiese el descubrimiento de la verdad, entonces no existirían límites que impidiesen al juez declarar probado un hecho conocido fuera del contexto del proceso⁴⁴, ni normas que descalificasen determinados medios de prueba, por ejemplo, el testimonio del incapaz⁴⁵. Además, si la verdad fuese el fin del proceso, el juez habría de decidir según la realidad y no se encontraría constreñido por las afirmaciones de las partes; sin embargo, lo que ocurre es totalmente lo contrario, como observa Carnelutti: "...el hecho silenciado por todas

⁴¹ F. Carnelutti (1982), 43: "probar, en efecto, no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados".

⁴² *Id.*, 25: "basta un límite mínimo a la libertad de búsqueda del juez, para que el proceso de búsqueda de la verdad degenera en proceso formal de fijación (...) La verdad es como el agua: o es pura, o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que ésta no pueda ser conocida *en todo caso y en cualquier medio*, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de *que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos* (...) No se puede buscar la verdad sólo en parte: o se la busca del todo, es decir, se la busca hasta que se la encuentra, o lo que se busca no es la verdad".

⁴³ *Id.*, 21-22: "[n]o importa que, en definitiva, la búsqueda segura y económica de la realidad sea, en la mayoría de los casos, el objeto principal de la disciplina jurídica; la consideración de esta finalidad pertenece al campo de la política legislativa y no al de la interpretación. No importa que a veces, o mejor dicho, la mayoría de las veces, dicha finalidad se alcance prácticamente, en el sentido de que el empleo de los medios jurídicos de la búsqueda conduzca al mismo resultado que se alcanzaría con el empleo de los puros medios lógicos, de tal modo que la fijación formal obtenida mediante aquéllos se corresponda con la verdad material descubierta mediante éstos: se trata, en tal caso, de una coincidencia por completo contingente y no necesaria frente al orden jurídico, que prescribe la posición de un hecho en la sentencia, no cuando sea verdadero, sino cuando haya sido fijado por los medios legales".

⁴⁴ *Id.*, 21: "(...) la prohibición de que el juez utilice para el conocimiento del hecho controvertido percepciones que haya obtenido fuera del proceso o, como suele decirse, de valerse de su saber privado, puede llevar siempre al resultado de que permanezca desconocido en el proceso un hecho cuyo conocimiento únicamente podría ser suministrado por medios que estén a disposición del juez en el proceso (...)".

⁴⁵ *Id.*, 25: "[a]sí, en rigor, no se puede decir del todo que el conocimiento de la verdad sea el objeto jurídico (no el objeto político) de la prueba testimonial civil, si la prohibición de la audición de un testigo incapaz o de otro no indicado a tiempo en la lista, puede quitar al juez el medio de conocer la verdad que sólo mediante la deposición de dicho testigo podría conocerse".

las partes no puede existir y el hecho afirmado por todas ellas no puede dejar de ser real⁴⁶.

Para Carnelutti basta entonces que haya límites en abstracto al conocimiento de los hechos por parte del juez para concluir que el proceso no puede tener como fin buscar la verdad. Su visión de la regulación del proceso tiene cierta similitud con la sostenida por Bentham, pues ambos son de la opinión que la regulación formal del proceso impide el descubrimiento de la verdad, pero al mismo tiempo son diferentes en un sentido importante: para Bentham el proceso habría de buscar la verdad y, por tanto, habría de eliminarse toda norma jurídica que tendiese a impedirlo; Carnelutti, por el contrario, da por sentado que la regulación del proceso debe existir, pues cumple un rol, pero no consiente en que la verdad pueda ser buscada a través del proceso tal y como está regulado⁴⁷.

Respecto del pensamiento de Carnelutti se deben hacer las siguientes observaciones. En primer lugar, al defender la tesis de la fijación formal de los hechos, Carnelutti se refiere al proceso civil y no al proceso penal. Sin embargo, debe observarse que sus argumentos en cuanto a la fijación formal de los hechos son de relevancia para el proceso penal internacional, pues en él se presentan cierto tipo de limitaciones que dificultan la búsqueda de la verdad. Por ejemplo, un Estado podría negarse a cooperar con la CPI cuando la entrega de información ponga en riesgo su seguridad nacional (art. 93 numeral 4 del Estatuto de la CPI) o cuando la cooperación involucre que el Estado deba incumplir sus obligaciones internacionales con terceros (art. 98 del Estatuto de la CPI). Esto hace comparable la teorización del proceso civil en la época de Carnelutti con la teorización que podría hacerse al día de hoy del proceso penal internacional.

⁴⁶ *Id.*, 10. El juez está además constreñido por el principio *ne procedat iudex ex officio y ne eat iudex ultra petita partium*. *Id.*, 12.

⁴⁷ *Id.*, 25: “[m]e contentaré aquí con insistir en la idea de que basta un límite mínimo a la libertad de búsqueda del juez, para que el proceso de búsqueda de la realidad degenera en proceso formal de fijación; en otros términos: la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso (...) En efecto, siempre es posible que en determinado caso el límite actúe en el sentido de impedir el conocimiento de la verdad material y de sustituir ésta con una verdad jurídica o judicial; ahora bien: esta eventualidad es suficiente para que no se pueda asignar el conocimiento de la realidad de los hechos como resultado del proceso de fijación.” En este mismo sentido, véase también *id.*, 52-53.

La segunda observación tiene que ver con el momento histórico en que Carnelutti expone su teoría. En aquel entonces, la principal dificultad del establecimiento de la verdad en el proceso civil radicaba en el sistema de prueba y tarifa legal, según el cual los hechos se podían establecer sólo a través de los medios de prueba específicamente prescritos en la ley para tal efecto y el juez no podía dar a tales hechos otra valoración que aquella determinada en la ley⁴⁸. Adicionalmente, el juez estaba impedido de pronunciarse sobre los hechos no sometidos por las partes para su conocimiento e impedido también de conocer aquellos que habían sido expresamente excluidos a través de acuerdos extrajudiciales⁴⁹. Se podría decir que actualmente ninguna de dichas limitaciones corresponde al proceso penal internacional. Por el contrario, los jueces son libres de valorar las pruebas, tienen además la posibilidad de ampliar sus funciones con el propósito de establecer los hechos correctamente y las inmunidades nacionales no previenen la persecución por parte de los tribunales (art. 27 del Estatuto de la CPI)⁵⁰. Sin embargo, existen limitaciones distintas que impiden considerar el establecimiento de la verdad como un fin del proceso penal internacional y más bien podría pensarse que en muchos aspectos, éste se somete a la política.

⁴⁸ A esto Carnelutti, *id.*, 18 lo denomina el sistema de prueba legal. En este sentido, H. Devis Echandía (2002), 77-79 distingue entre la prueba legal y la tarifa legal. El concepto de prueba legal implica que la ley determina los únicos mecanismos a través de los cuales un hecho puede probarse; mientras que el concepto de tarifa legal se refiere al valor probatorio, fijado por la ley, que ha de darse a determinada prueba.

⁴⁹ F. Carnelutti (1982), 8-9: “las partes pueden, bien callando un hecho *real* o bien afirmando acordes un hecho *imaginario*, constreñir al juez a poner en la sentencia una situación de hecho diversa a la realidad”. En sentido contrario se pronuncia M. Taruffo (2008), 240 y ss., para quien los enunciados alegados no deberían obligar en ningún sentido al juez. Él considera que lo acordado por las partes, expresa o tácitamente, no deberían vincular al juez, pues la verdad o falsedad de un enunciado no depende de su aceptación por la otra parte, sino de su correspondencia con la realidad. La no oposición del demandado a los enunciados del actor o su aceptación expresa no transforman dichos enunciados en verdaderos, sino que únicamente atenúan la obligación del actor de probar lo que ha afirmado. La aceptación expresa o tácita de los hechos por las partes no vincula al juez, dado que él podría decidir en sentido contrario si de las demás pruebas aportadas en el proceso resultara que lo acordado es inverosímil. En este sentido, debe observarse que Taruffo a diferencia de Carnelutti, ve el proceso como un mecanismo susceptible de alumbrar verdades y en tal virtud encuentra que los acuerdos entre las partes no deberían obligar al juez, sino sólo asistirle en la búsqueda de la verdad.

⁵⁰ En este sentido puede verse CPI, *Al Bashir* (4 marzo 2009), §41. Adicionalmente, el TPIY, *Karadžić* (8 julio 2009), §57 al referirse a la excepción de inmunidad propuesta por el acusado, indicó que los convenios de inmunidad obligaban sólo si el Consejo de Seguridad hubiese reformado el Estatuto del Tribunal.

Tanto las características del proceso civil en la época de Carnelutti como aquellas del proceso penal internacional en la época actual no impiden afirmar que la verdad como valor esté siendo protegida. Lo que hace que un proceso judicial proteja el valor verdad es ante todo la ausencia de arbitrariedad del método empleado para su averiguación, el cual puede, sin embargo, encontrar limitaciones en otros valores. El proceso civil descrito por Carnelutti podía ser compatible con la protección de la verdad como valor. Así, se podría decir que mientras la prueba y tarifa legal protejan el valor de la seguridad jurídica son compatibles con la verdad como valor; sin embargo, tan pronto dejen de ser un instrumento necesario para controlar el supuesto abuso judicial, limitan la búsqueda de la verdad sin que exista de por medio la necesidad de proteger valor alguno⁵¹. Así mismo, que el juez estuviese impedido de pronunciarse sobre los hechos no sometidos por las partes para su conocimiento no impediría hablar de la protección del valor verdad en el proceso, siempre que dicha limitación sea necesaria para proteger otros valores, como por ejemplo, la oportunidad de las partes de defenderse o la necesidad de los Estados de proteger su propia seguridad nacional o sus obligaciones con terceros. Muchas de las limitaciones de índole política con las que cuenta el proceso penal internacional se fundamentan en valores que son importantes para la relación pacífica entre Estados, de cuya protección no debería, en principio, entenderse abandonado el valor verdad⁵².

La teoría de la fijación formal de los hechos no provee, en definitiva, una explicación apropiada del lugar que ocupa la verdad en un proceso judicial.

⁵¹ Respecto del valor protegido por el sistema de prueba legal, puede verse M. Miranda Estrampes (1997), 49-50.

⁵² Si bien existe el riesgo de que se denomine valor político a cualquier interés legítimo o no, se propone para disminuir dicho riesgo, emplear el examen interpretativo propuesto por Dworkin del *fit and justification*. En este sentido, R. Dworkin (1986), 242-243 afirma que la interpretación no sólo debe calzar con el ordenamiento jurídico, sino que además debe encontrar su justificación en valores que el mismo ordenamiento protege. De este modo, por ejemplo, los valores políticos que se protegen en el proceso judicial no sólo deberían ser concordantes con los demás valores que el mismo proceso protege sino que además, debe buscar su justificación en la naturaleza del proceso penal internacional, el cual ha sido instaurado a través del consentimiento y cooperación de los Estados.

6.2. Las teorías del convencimiento y de la aceptación de los hechos

El convencimiento se define como un estado subjetivo a través del cual el juez cree “en la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes en el proceso”⁵³. En este sentido, es importante resaltar, como observa Gascón, que el juez no se convence de los hechos sino de las afirmaciones de las partes, pues los hechos existen, son irrepetibles e inobservables⁵⁴.

La teoría del convencimiento surge como una reacción al establecimiento correcto de los hechos como un fin de la prueba. Quienes proponen la teoría del convencimiento sostienen lo mismo que afirmaba Carnelutti, esto es, que los hechos no pueden ser establecidos correctamente porque hay limitaciones procesales que impiden hablar siempre de verdad⁵⁵. Sin embargo, debe observarse que similares limitaciones impiden también concebir el convencimiento como fin de la prueba, pues no siempre el juez puede estar convencido de lo que declara probado. Además, el juez podría estar convencido de la ocurrencia de un hecho y, sin embargo, estar impedido de declararlo probado.

Los autores que mantienen la posición de que la prueba tiene como fin producir el convencimiento del juez suelen asimilar los términos convencimiento y certeza⁵⁶. Sin embargo, de un examen más en detalle puede notarse que certeza es el grado del convencimiento y que, por tanto, no se trata propiamente de términos sinónimos, sino de una relación adjetivada. El convencimiento vendría a ser el fin de la prueba, mientras que la certeza sería el grado de dicho convencimiento. Ciertos autores hablan además de la certeza, de la verosimilitud y de la probabilidad como grados del convencimiento⁵⁷. Quienes sostienen que la

⁵³ M. Miranda Estrampes (1997), 56.

⁵⁴ M. Gascón Abellán (2004), 53, 83. F. Carnelutti (1982), 39-40 distingue entre la prueba como procedimiento y la prueba como resultado. El objeto de la prueba como procedimiento son las afirmaciones de las partes, mientras que los hechos constituyen el resultado de la prueba.

⁵⁵ M. Miranda Estrampes (1997), 42-45; H. Devis Echandía (2002), 231.

⁵⁶ H. Devis Echandía (2002), 231 y ss.

⁵⁷ La verosimilitud y la probabilidad como criterio de gradación del convencimiento del juez han solido ser empleados como sinónimos según observa M. Miranda Estrampes (1997), 60-61. Sin embargo, M. Taruffo (2010), 108 considera que son dos conceptos distintos. Por un lado, la

certeza es el grado de convencimiento al que debe llegar el juez, no dejan de reconocer que pueden quedar en el juez ciertas dudas acerca, por ejemplo, de si el testigo habría mentado⁵⁸ o si se obró con la intención requerida por la ley⁵⁹. Lo que se pretende lograr con la certeza como criterio de gradación del convencimiento es que el juez declare probado aquello sobre lo cual no exista duda razonable⁶⁰. Esto quiere decir, que el juez haya encontrado la forma de superar las dudas que se le debieron haber presentado al analizar las pruebas propuestas por ambas partes. Quienes creen que el grado de convencimiento apropiado es la verosimilitud y la probabilidad parten de la noción de que la certeza, al igual que la verdad, es un concepto absoluto, que no admite gradación y como la posibilidad de error no puede excluirse, es necesario que se hable de un convencimiento probable o verosímil⁶¹. El juez puede llegar entonces a convencerse dentro de los límites impuestos por el Derecho; lo cual hace que fácilmente no se pueda seguir hablando con propiedad de convencimiento.

Otra dificultad para quienes defienden la teoría del convencimiento tiene que ver con la obligación del juez de tener que dictar siempre sentencia. Ello supone que debe dar la razón a una de las partes, declarando la inocencia del acusado por no estar convencido de su culpabilidad con base en el principio *in dubio pro reo* o en el principio a la presunción de inocencia⁶². El juez aplica este último principio no porque esté convencido de algo, sino precisamente porque no lo está y porque tiene la obligación de dictar sentencia. El principio *in dubio pro reo* no otorga al juez certeza de que la persona es inocente, pues no porque no haya certeza sobre la autoría del hecho delictivo, hay entonces certeza de la inocencia⁶³. La

verosimilitud tiene que ver con la normalidad de los eventos que lleva a creer que lo que ha venido sucediendo, puede seguir ocurriendo; y por otro lado, la probabilidad tiene que ver con aquello que esté justificado por las pruebas.

⁵⁸ M. Miranda Estrampes (1997), 59.

⁵⁹ *Id.* Como admite Miranda Estrampes se trata de una justicia humana en la que se mantiene siempre la posibilidad del error.

⁶⁰ *Id.*, 59, 64.

⁶¹ *Id.*, 62-64.

⁶² En cuanto a la evolución del principio *in dubio pro reo* al derecho fundamental de la presunción de inocencia, puede verse F. Tomás y Valiente (1993).

⁶³ Para tener certeza de la inocencia debería exigirse al igual que para la prueba de la culpabilidad, fuentes de prueba que la soporten.

aplicación del *in dubio pro reo* no es, por tanto, una forma de llegar a un conocimiento sobre la inocencia, sino una regla que ilustra al juez respecto de cómo resolver un caso cuando no existe suficiente certeza⁶⁴. Así mismo, las reglas de la carga de la prueba no hacen más que ilustrar al juez respecto de quién debe probar determinado hecho. Sin embargo, la falta de prueba no convence al juez sobre la inexistencia del hecho, ni sobre la afirmación de un hecho contrario. Constituyen, entonces, normas para resolver un litigio, pero no para otorgar al juez certeza de ningún tipo.

De todo lo anterior se puede concluir que el convencimiento del juez, al igual que la búsqueda de la verdad, puede ser alcanzado en el proceso sólo en un sentido limitado. Si se aceptase que el juez pudiese declarar probado todo aquello de lo que está convencido y no declarar probado aquello de lo que no lo está, sería como dejar al juez operar fuera del marco del proceso: sin fundamento en la pruebas y sin respaldo en el Derecho. Debido a los grandes peligros que esto involucra, no es aceptado por nadie⁶⁵. Asumiéndose los límites que el Derecho impone, en la doctrina se ha empezado a sustituir el convencimiento, por la idea de la aceptación. Esto quiere decir que en lugar de convencerse, el juez acepta determinados hechos como probados. Ferrer considera que no es apropiado decir que el juez se convence, pues un juez no decide sobre lo que está convencido ni sobre lo que ha conocido; lo que el juez hace es aceptar un hecho⁶⁶, es decir, efectuar un acto de voluntad por el cual acepta que algo está probado por una razón práctica o moral, pues existe una justificación normativa (en la ley) o fáctica que le conduce a aceptar determinado hecho como probado⁶⁷. La teoría de la

⁶⁴ M. Atienza (1994), 84.

⁶⁵ Quienes defienden la teoría del convencimiento, argumentan expresamente que no se trata de una operación arbitraria o subjetiva, que se produce en la recóndita psiquis del juez, sino de un convencimiento racional, basado en las pruebas y en la obligatoriedad de la motivación. En este sentido puede verse M. Miranda Estrampes (1997), 64; H. Devis Echandía (2002), 238 y ss. Debido a la arbitrariedad que supuso adoptar el estándar de la libre convicción en su momento, L. Ferrajoli (1995), 139 lo calificó como una de las etapas más amargas para la historia del proceso judicial, incluso llegó a sostener que la única diferencia entre la prueba legal y la libre convicción radicaba en que la primera le correspondía al legislador y la segunda al juez, sin embargo, ambas involucraban valoraciones discrecionales y arbitrarias.

⁶⁶ J. Ferrer (2002), 86-87, 89-90.

⁶⁷ *Id.*, 91 y ss.

aceptación no sólo busca explicar que el juez no siempre está convencido de todo lo que declara probado, sino además que los hechos que se declaran probados podrían no corresponder con la verdad. Así, que un juez acepte probado un hecho no quiere decir que el hecho sea verdadero, sino que ha sido la narración mejor soportada mediante pruebas entre las aportadas por las partes⁶⁸.

Dado que la teoría de la aceptación se fundamenta en justificaciones fácticas, pero sobre todo normativas, es necesario que el Derecho facilite y no obstruya el establecimiento correcto de los hechos. Para efectos de maximizar la correspondencia con los hechos, es necesario que las reglas del proceso faciliten la búsqueda de la verdad. Se habla entonces de una racionalidad teleológica que transforme las reglas del proceso judicial en el medio para la averiguación de la verdad; de ahí que lo racional sea entonces la adecuación de los medios al fin, sin dejar por ello se deje de reconocer que hay también otros valores que constriñen dicha búsqueda⁶⁹. A la luz de estos otros valores, la verdad en el proceso judicial es, para estos autores, el fin estructural y prioritario, pues justifica al Derecho como instrumento de control social; todos los demás fines pueden cumplir otra función, pero no precisamente esa⁷⁰. En este sentido, se plantea la cuestión de cómo resolver el eventual conflicto entre los distintos fines. Las respuestas que a tal efecto se proveen no son del todo simples y directas. Por un lado, se suele afirmar que ésta es una decisión que debe ser adoptada caso por caso tomando en cuenta los valores políticos plasmados por el legislador en la ley⁷¹. Por otro lado, se afirma que debe buscarse también un equilibrio entre los distintos fines; en este sentido, se argumenta por ejemplo, que se podría dejar de lado a la verdad sólo si hacerlo fuese el único medio eficaz para proteger los derechos, debiendo sin embargo, buscarse siempre formas alternativas de protección⁷². En cualquier caso,

⁶⁸ J. Ferrer (2007), 20.

⁶⁹ *Id.*, 67 y ss.; W.L. Twining (1994), 185.

⁷⁰ J. Ferrer (2007), 77, 82; T. Anderson, D. Schum, W.L. Twining (2005), 79-80.

⁷¹ M. Taruffo (2008), 176.

⁷² J. Ferrer (2007), 78-80; M. Taruffo (2008), 58.

se considera a la verdad como el fin prioritario, respecto del cual, los demás fines tienen un valor menor⁷³.

La racionalidad teleológica de la que antes se hablaba, no es la más apropiada, pues conduciría a que muchos de los valores protegidos por el Derecho pierdan su significado. En el contexto de la teoría aristotélica, se puede afirmar que racionalidad en un proceso judicial no debería ser llegar a la verdad, sino tener disposición de respetar el valor verdad; esto quiere decir, hacer todo lo que en el marco del proceso judicial se permite para buscarla⁷⁴. En este sentido, respetar el valor verdad consiste en acercarse a la verdad con las herramientas con las que un proceso judicial cuenta, debiendo tales herramientas no ser arbitrarias, sino responder a valores sociales. De este modo, la necesidad de respetar otros valores no habría de restarle racionalidad al mecanismo empleado para buscar la verdad.

7. Recapitulación

La valoración y la interpretación son operaciones ineludibles para un juzgador; sin embargo, esto no quiere decir que el fin del proceso sea un asunto de mero convencimiento, sino únicamente que el juez al dictar sentencia está convencido de que esa es la mejor manera de decidir el caso, atendiendo a los hechos y a los valores. A pesar de que el convencimiento es el resultado de una operación ineludible del juzgador, no es lo que legitima al proceso judicial, pues si así lo fuese, la justicia se traduciría en aquello que convence, sin importar si es lo correcto y si se ajusta o no al Derecho. Además, lo que convence a uno no siempre convence a otro.

⁷³ En este sentido, J. Ferrer (2007), 83 afirma que la verdad “tiene una preferencia estructural que hace que no pueda ceder siempre (ni en la mayoría de las ocasiones)”.

⁷⁴ Tal como lo refiere M. Gascón Abellán (2004), 26-27, verdad es la representación adecuada de la realidad objetiva. Lo que es necesario redefinir es aquello que el valor verdad exige en el contexto del proceso judicial y especialmente a la luz de todos los demás valores que el proceso protege.

De la naturaleza del proceso se puede inferir que un buen proceso no es aquél que produce buenos resultados sino aquél que los produce en el marco de respeto de una pluralidad de valores. Así, no se puede juzgar la justicia del proceso atendiendo únicamente a la búsqueda de la verdad, pues la protección de los derechos humanos constituye una parte importante de su realización. Se debe entonces buscar una convivencia pacífica entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos, que no puede consistir en encontrarle el matiz epistémico a los derechos, pues aquello equivaldría a fundamentar todo en la verdad, sino en concebir a la verdad como un valor, a la altura de todos los demás valores. La redefinición de la verdad como un valor, es el primer paso hacia la armonización con los derechos.

Dado que la verdad y los derechos no pueden ser logrados conjuntamente siempre, es necesario que se evalúe el compromiso de proteger todos los valores en juego. Así, puede faltar la materialidad de hacer a los dos valores alcanzables en el proceso, pero lo que no debe faltar es la disposición del sistema y del sujeto que recolecta las pruebas y averigua los hechos de proteger la verdad y los derechos. La existencia de esta disposición o compromiso se determina a la luz de las circunstancias en el caso concreto, asunto que será elaborado con más profundidad tras analizar la jurisprudencia.

En el capítulo que sigue se tratará de elaborar con detalle el segundo paso para la armonización de los derechos y la verdad, esto es, el reconocimiento de que los primeros tienen un valor independiente de la segunda.

CAPÍTULO II

LAS GARANTÍAS PROCESALES COMO VALORES

1. Planteamiento

Se podría afirmar que la finalidad de proteger los derechos procesales descansa en dos razones principales: la minimización de errores y la necesidad de respetar y/o promover ciertos valores fundamentales. De acuerdo con la primera justificación, los derechos procesales deben buscar la minimización del riesgo de que se cometan errores cuando se decide judicialmente un caso, así las reglas deben facilitar el acceso al conocimiento de los hechos tal como ocurrieron. La razón de ser de las reglas que rigen las pruebas (fuente principal de conocimiento fáctico del juez) y de los derechos procesales en particular, es la búsqueda y protección de información fiable para que no sea excluida. De acuerdo a la segunda justificación, el fundamento de los derechos procesales consiste en el respeto de ciertos valores que la sociedad ha considerado importantes, con independencia de que contribuyan o no al establecimiento correcto de los hechos, pues en dicho respeto consiste el debido proceso. Estos valores se encuentran reconocidos por el colectivo social, como esenciales para la convivencia social y justificados en razón de la naturaleza humana, *i.e.* la dignidad humana, la autonomía personal.

Este capítulo desarrollará las justificaciones para proteger las garantías procesales. Se comenzará por exponer los argumentos principales de quienes afirman que los derechos favorecen la minimización de los errores. Como se verá, en el marco de esta teoría el debate se centra en gran medida en si la condena del inocente es el único error que merece ser minimizado, o si debe buscarse también

la minimización de la absolución del culpable. Para el análisis económico del Derecho se debe buscar la minimización del error de condenar al inocente porque de no hacerlo se ocasionarían costos económicos aún más elevados. Para la posición defendida por Allen y Laudan, dado que debe buscarse el establecimiento correcto de los hechos, tanto la condena del inocente como la absolución del culpable deben ser igualmente minimizados, pues ningún error es superior al otro. Para Dworkin, es irrefutable que deba buscarse la minimización del error de condenar al inocente porque al no hacérselo se ocasionaría un daño moral irreparable. Así, en su opinión, existe un derecho a no ser castigado si es inocente y no una expectativa de protección vinculada a la minimización de los costos económicos. Esta parte finalizará con un análisis respecto de qué error preferir, lo cual dará las bases para tratar la posición de quienes sostienen que los derechos procesales protegen bienes o valores, de ahí que su observancia no esté condicionada a la inocencia del procesado. Las garantías deben respetarse aun cuando de ello resulte que se protege al que se sabe que es culpable. Se argumentará también que cualquiera que fuese en un sentido práctico, el tipo de contribución epistémica que aporten las garantías procesales, éstas protegen además otros bienes. Así, el derecho al silencio, la presunción de inocencia y el principio contradictorio o adversarial pueden contribuir activa o pasivamente a establecer correctamente los hechos; sin embargo, siempre protegen bienes; de ahí que no se pueda sostener que las garantías protegen únicamente al inocente o al que se presume inocente.

2. Las garantías procesales tienen como finalidad la minimización de los errores

En lo que sigue se expondrán las posiciones de quienes sostienen que la finalidad del proceso y de las pruebas radica en la rectitud de la decisión¹. Para el

¹ Para la escuela racionalista de la prueba, el fin del proceso y de las pruebas consiste en la rectitud de decisión de la que hablaba Bentham. *Cfr.* W.L. Twining (1994), 185; T. Anderson, D. Schum, W.L. Twining (2005), 79-80. Sin embargo, admiten que el proceso judicial debe proteger también otros valores, pero que la búsqueda de la verdad es el fin estructural del proceso, por lo tanto

análisis económico del Derecho, esta finalidad encuentra sus límites en la necesidad de proteger al inocente, pues su condena produciría costos económicos altos. Dado que al procurarse la protección del inocente, se descuidaría la condena del culpable, es necesario entonces que las reglas de procedimiento y prueba procuren la protección del primero a través de la presunción de inocencia y la carga de la prueba; y que la política criminal se ocupe de reducir el impacto de la absolución del culpable aumentando el efecto disuasorio. Si se incrementara la pena esperada, se reduciría el incentivo de cometer delitos y con ello se compensarían los costos generados de la absolución del culpable². De otro lado, Allen y Laudan sostienen que la rectitud de la decisión consiste en maximizar por igual tanto la absolución del inocente como la condena del culpable, pues no existe razón moral alguna para preferir sólo uno de ambos objetivos. Las reglas de procedimiento y prueba que buscan exclusivamente proteger al inocente deben ser reemplazadas por normas epistemológicas que ayuden a identificar quién es inocente y quién es culpable³.

2.1. La protección del inocente constituye el límite de la rectitud de decisión

El fundamento del análisis económico del Derecho se apoya en la teoría de Bentham, pues las reglas descansan en la maximización de la utilidad, que en este caso se traduce en la minimización de los costos económicos y de los costos de los errores⁴. Para el análisis económico del Derecho, éste debe buscar la minimización de los costos y la maximización de las ganancias. Las reglas de procedimiento y prueba en particular, deben buscar la minimización de costos, tanto económicos como los ocasionados por los errores. Los costos económicos

puede ser limitada por éstos sólo en casos muy restringidos. *Cfr.* J. Ferrer (2007), 77, 82. Adicionalmente, G.J. Postema (1977), 1415-6 concluye que para Bentham el fin principal del proceso era el castigo del culpable y la protección del inocente un fin secundario: “the *primary* end of adjudication is the punishment (or conviction) of the guilty and that a *secondary*, though very important, end is the protection of the innocent. This secondary end acts as a *limitation* on the unqualified pursuit of the punishment of the guilty.”

² R.A. Posner (1973), 414-415.

³ R.J. Allen, L. Laudan (2008), 89.

⁴ G.J. Postema (1977), 1393.

hacen referencia a los gastos en que debe incurrir la administración de justicia, cuando el sistema es puesto en funcionamiento⁵. Para mantener los costos bajos, el sistema necesita ser lo más eficiente posible, invirtiendo lo menos en llevar a las personas a juicio⁶; sin embargo, esto no puede ser logrado sin que se sacrifique el correcto establecimiento de los hechos y sin que se produzcan errores. Si se invirtiese menos, se correría el riesgo de llegar a resultados imprecisos. Los costos de los errores hacen referencia al gravamen que las decisiones equivocadas pueden traer a la sociedad, tanto cuando el inocente es condenado como cuando el culpable es absuelto. Al cometerse errores de cualquiera de los dos tipos, el efecto disuasivo esperado no se logra y la comisión del delito aumenta⁷, lo cual hace que el Estado deba invertir cada vez más en control delictivo. Adicionalmente, siendo el encarcelamiento el precio que el culpable debe pagar por el delito que ha cometido a la sociedad, ésta no recibiría su justa compensación si el culpable no fuese condenado⁸.

A pesar de que el análisis económico del Derecho se refiere tanto a la minimización de los errores como de los costos, se puede observar que la minimización de los errores descansa en razones de tipo económico. A causa de los errores se ocasiona la impunidad del responsable del delito, lo cual genera efectos de dimensión individual y social. El responsable no recibe el escarmiento que merece, incentivándolo a él y a cualquier otro miembro de la sociedad a delinquir, por lo tanto, no se logra el efecto disuasivo que debería cumplir la pena. Esto ocasiona costos económicos a la sociedad, pues debe invertir más en la prevención de estos delitos. Además, la sociedad no recupera la inversión realizada al poner en marcha el sistema policial y judicial, que debería lograrse con el castigo del responsable. Los errores ocasionan desconfianza en la

⁵ R.A. Posner (1973), 401. Entre los costos económicos que el sistema incurre al ponerse en marcha se consideran los honorarios de los jueces, del jurado y de los abogados, así como los gastos de investigación.

⁶ *Id.*, 400.

⁷ Estos errores generan una carga social así como gastos económicos, pues aumenta el récord delictivo, se desperdicia la oportunidad de hacer justicia, debiéndose además incrementar la inversión en el control del delito. *Id.*, 412. Véase también, R.A. Posner (2007), 648.

⁸ R.A. Posner (2007), 5.

capacidad del Estado de mantener el orden público y de sancionar conductas contrarias a la ley. Desde la perspectiva de la víctima, el castigo del responsable debería traer paz mental a su deseo de venganza; por lo tanto, cuando el castigo no se logra, se genera en el individuo el deseo de hacer justicia por mano propia. El error de dejar libre al culpable ocasiona que la policía se vea desmoralizada, pues cada vez que un culpable sale libre se desvaloriza el trabajo efectuado por la policía en el curso de la investigación. Este efecto desmoralizante origina una especie de revanchismo entre los policías, quienes al actuar con la presión de lograr la eficiencia, podrían ver necesario violar los derechos del sospechoso⁹. En definitiva, para el análisis económico del Derecho, el inocente debe ser protegido porque su castigo implicaría costos económicos; en esto radica principalmente la diferencia de esta posición con la de Dworkin, quien sostiene más bien, que la protección del inocente se fundamenta en el daño moral, como se verá más adelante.

El sistema necesita ser lo más eficiente posible invirtiendo lo menos en llevar a las personas a juicio¹⁰; sin embargo, esto no puede ser logrado sin que se sacrifique el correcto establecimiento de los hechos y sin que se produzcan errores. Si se invirtiese menos, se correría el riesgo de llegar a resultados imprecisos, mientras que si se invirtiese más, se podrían alcanzar resultados correctos¹¹. La estrategia que mejor reduce *prima facie* los costos económicos es aquella a través de la cual se eleva el estándar de prueba y se aumenta la pena¹². Al elevarse el estándar de prueba no podrían emitirse condenas sin la certeza de que el acusado es el responsable de la comisión del delito. Si bien, de un lado esto facilitará la absolución del inocente¹³, dificultará de otro lado la condena del culpable¹⁴. En este sentido, será necesario intensificar la pena esperada de forma que la motivación para delinquir se vea reducida y, así, no frustrar el efecto

⁹ R. Kitai (2003), 1167.

¹⁰ R.A. Posner (1973), 400.

¹¹ *Id.*, 441 y ss.

¹² *Id.*, 414-415.

¹³ *Id.*, 415. Véase también R.A. Posner (2007), 646-648.

¹⁴ R.A. Posner (1973), 415.

disuasivo¹⁵. En resumen, esta estrategia aconseja que las reglas de procedimiento y prueba se deben concentrar en buscar la minimización del error de condenar al inocente, mientras que la política criminal, a través del recrudecimiento de la pena, debe buscar la efectividad del elemento disuasivo.

2.2. La protección del inocente es una consideración más a ponderar

Para quienes sostienen que lo más importante consiste en el establecimiento correcto de los hechos, no es posible hacer justicia si los hechos no se establecieran correctamente: tanto la condena del inocente como la absolución del culpable son errores igualmente reprochables¹⁶. Las reglas de procedimiento y prueba deben buscar la protección de la verdad; de ahí la necesidad de reformar aquellas normas que protegen únicamente al inocente, pues deben ayudar a determinar quién es el culpable¹⁷.

En opinión de Allen y Laudan no existe razón moral alguna para reprobar únicamente las condenas injustas y no las absoluciones erróneas. En ambos casos alguien sufre injustamente: en el primer caso el inocente que es erróneamente condenado y en el segundo, la víctima del delito que queda impune. Además del sufrimiento de la víctima, decrece el efecto disuasivo, aumenta la inseguridad, las pérdidas materiales y la víctima no experimenta la sensación de haber resuelto el asunto¹⁸. Para estos autores, el sistema tiene el defecto de ser excesivamente protector de los derechos del acusado, de modo que el problema radica ahora en la ineficiencia del sistema, pues no logra castigar al culpable¹⁹. Es importante

¹⁵ *Id.*, 415.

¹⁶ R.J. Allen, L. Laudan (2008), 68, 75, 79, 85-86. En este mismo sentido puede verse también L. Laudan (2006), 10.

¹⁷ R.J. Allen, L. Laudan (2008), 89.

¹⁸ *Id.*, 72-73.

¹⁹ En este sentido puede verse *id.*, 80: “[i]f each of us is 300 times more likely be a crime victim than to be falsely convicted, does it not make sense to increase the rate of conviction, thereby reducing crime and increasing false convictions, rather than to decrease the frequency of false convictions, thereby increasing crime?”

When one’s risk of being the victim of a violent crime hovers around 83%, and one’s risk of being falsely convicted of a serious crime is miniscule, insisting that we spare no efforts to reduce the

señalar que para Bentham también debía tenerse en cuenta el sufrimiento de la víctima del delito, al diseñarse las reglas de procedimiento y prueba²⁰. Sin embargo, a diferencia de Allen y Laudan, Bentham sostuvo que la protección del inocente debía preferirse a la condena del culpable porque la condena del inocente produciría una alarma social tan grave que sería capaz de superar cualquiera que fuera el daño derivado de la impunidad del culpable²¹.

Allen y Laudan apelan a la idea del contrato social para resaltar que el Estado se ha comprometido tanto a reducir el error de condenar injustamente al culpable, como a reducir la victimización²². Cuando el Estado absuelve a los culpables no cumple con su obligación de atender a la víctima que acude al sistema de justicia y solicita al Estado el castigo de los responsables del delito cometido. Además, elevar el estándar de prueba para proteger al inocente sólo conllevaría al aumento del error en general, pues muchos delitos quedarían sin castigo²³. Las reglas de procedimiento y prueba deben buscar la minimización del error, tanto de dejar libre al culpable como de condenar al inocente, pues tanto el primero como el segundo son igualmente reprochables²⁴.

risk of false conviction —even if the necessary measures significantly increase the risk of being a crime victim— is irrational” [se omitieron los pies de página].

²⁰ En particular, Bentham consideraba que la protección del derecho al silencio no sólo que no protegería al inocente sino que además ocasionaría costos adicionales a la víctima del delito, al no poder interrogar al sospechoso y al verse obligada a buscar nuevas pruebas. Así J. Bentham (1843) vol. 7, 465 afirma: “[t]o avoid loading this guilty person with an ideal suffering, you impose a real suffering upon some innocent one. Better for the party perhaps, to let the suspected evidence go for unsuspected, than to purchase the faculty of throwing the suspicion on it at so heavy an expense”.

²¹ J. Bentham (1825), 197: “[g]enerally speaking, a too easy acquittal excites regret and uneasiness only among men of reflection; while the condemnation of an accused, who turns out to have been innocent, spreads general dismay; all security appears to be destroyed; no defence can any longer be found, when even innocence is insufficient” Luego añade: “[t]hus the alarm excited by the punishment is greater than the alarm excited by the offence; consequently, the danger of being innocently punished will always appear greater than the danger of suffering from the acquittal of the guilty”. Sin embargo, “(...) the danger arising from the acquittal of a guilty person is perhaps greater than that which arises from the condemnation of an innocent man; but it is not so apparent, or so universally recognized”.

²² R.J. Allen, L. Laudan (2008), 79.

²³ *Id.*, 79.

²⁴ *Id.*, 89, 90. Ellos proponen ciertas reformas para reducir el riesgo de absolver al culpable, como por ejemplo que se exija con mayor firmeza que las partes se comuniquen mutuamente las pruebas (*discovery*), que se permita hacer inferencias del silencio del acusado, que no se aplique la doctrina

Esta posición responde a un criterio netamente epistémico, pues busca la minimización del error y la maximización de la rectitud de la decisión; de ahí que no se encuentre diferencia sustancial entre un error y otro.

2.3. Aspectos compartidos de las posiciones analizadas

De lo analizado, es posible ver que ambas posiciones tienen en común que el fin de las garantías consiste en la rectitud de la decisión; sin embargo, para la primera, la protección del inocente constituye el límite de la rectitud de la decisión, mientras que para la segunda, la protección del inocente es una consideración más que debe tomarse en cuenta (ponderarse) junto con la necesidad de condenar al culpable, al momento de definir qué garantías tener. Por un lado, que la protección del inocente constituya *el límite de* la rectitud de la decisión quiere decir que no se puede hablar *institucionalmente* de rectitud de la decisión sin que se proteja al inocente²⁵. Por otro lado, que la protección del

del fruto del árbol envenenado, que se pueda reabrir el caso aun cuando el acusado haya sido absuelto y que se permita la admisión de testimonios, que aunque hayan sido obtenidos violando las garantías básicas (los *Miranda principles*), sean voluntarios y estén corroborados por otras pruebas.

²⁵ Siguiendo a G.J. Postema (1977), 1411-1412, una regla general tiene *limitaciones* cuando las razones para proteger dicha regla encuentran casos incompatibles que limitan su aplicación. Los límites se hallan implícitos en la definición misma de la regla general y/o en las razones para observarla. Según la interpretación que hace Postema de Bentham, la protección del inocente constituía para él, una limitación de la rectitud de decisión puesto que *no puede hablarse de rectitud de decisión sin que se proteja al inocente*, además de que el castigo sólo debe ser impuesto a quien ha cometido un delito (*cf. id.* 1415-6, 1417, 1418). Sin embargo, esto no quiere decir que la protección del inocente esté por encima de la rectitud de decisión, sino que ésta debe ser alcanzada con el menor costo social posible (*cf. id.* 1418-1419). Adicionalmente, empleando el criterio de la expectativa de seguridad, L. Cruz (2000) 99-110 explica cómo éste ayuda a comprender mejor el pensamiento de Bentham. Así, el motivo de la acción del ser humano es la maximización de placer o la minimización de dolor, no sólo de presente sino también de expectativa al futuro, teniendo en cuenta además que el placer o dolor individual se ubica en un contexto social, de modo que se trata en definitiva de maximizar el bienestar social del individuo. Al referirse a la dimensión social de la acción, Cruz (*id.*, 100) afirma que para Bentham: “[e]sta dimensión social de la acción supone, en primer lugar, que la acción humana mira al futuro; y, en segundo lugar, que la acción de un individuo tiene en consideración las acciones de los individuos que le rodean”. Siguiendo esta línea, se podría entender entonces que para Bentham, las consecuencias producidas por la generalización de la condena del inocente son más graves que las que se producirían de la absolución del culpable en un caso concreto. W.L. Twining (1985), 96-100 sin embargo considera que la posición de Bentham en cuanto a la protección del inocente no era del todo clara. En este sentido puede verse especialmente *id.*, 97 en donde Twining afirma que para Bentham: “[t]he infliction of punishment on guilty and innocent alike is contrary to utility

inocente deba ponderarse con la necesidad de tener normas que faciliten la condena del culpable quiere decir que no es una parte inamovible de la definición de rectitud de decisión²⁶. Estas dos concepciones están relacionadas con distintos tipos de utilitarismo, que puede verse mejor ilustrado, siguiendo la distinción de Rawls en cuanto a la justificación de una práctica y la justificación de una acción²⁷. La primera hace referencia al utilitarismo de regla y la segunda al utilitarismo de acto. Para el utilitarismo de regla, si bien es necesario aplicar el criterio de la utilidad para determinar el contenido de una regla, lo que resulta imperativo para decidir un caso concreto es lo que la norma ordena, pues se presupone que su contenido está en conformidad con la utilidad. Para el utilitarismo de acto en cambio, el obrar debe ser guiado por la utilidad, la cual se determina en el caso específico. Siguiendo el utilitarismo de acto, se podría sacrificar al inocente cuando aquello produzca mayor utilidad (la posición de Allen y Laudan); mientras que para el utilitarismo de regla, el castigo está previsto sólo para el culpable, pues aquello es lo que produce mayor utilidad, por eso no se debe condenar al inocente (la posición del análisis económico del Derecho).

Estas posiciones están sin embargo, más cerca de lo que parece. Si bien el utilitarismo de regla predefine la utilidad, se trata de una definición *prima facie* idónea. Así, siendo que el fundamento del análisis económico del Derecho es la reducción de costos económicos, nada impide que se hallen luego reglas más eficientes que protejan menos al inocente, si finalmente el costo que se originaría de este error fuese compensado de otra manera; e incluso, podría llegar a ocurrir que la protección del inocente ocasione costos mayores que su ausencia de protección, y si así lo fuera, el análisis económico del Derecho preferiría aquella

unless there is preponderant inconvenience. Sometimes punishment may have to be mis-seated, that is applied to the wrong person. Where it is avoidable, mis-seated punishment ought never to be employed; when it is unavoidable, it may be employed in accordance with utility”.

²⁶ Siguiendo a G.J. Postema (1977), 1411-1412, se adoptan las excepciones a un precepto general cuando las razones que apoyan la excepción son superadas por las razones que apoyan dicho precepto general, de tal modo que se corre una suerte de *ponderación entre las razones* para decidirse si debe observarse el precepto general o la excepción.

²⁷ J. Rawls (1955), 5 y ss.

que produzca el menor costo posible²⁸. Adicionalmente, para las dos posiciones analizadas, la protección del inocente no es importante en sí misma, sino en la medida en que constituya un medio para lograr otro fin y siempre que de su protección no resulten otros costos²⁹.

3. Las garantías procesales tienen como finalidad la protección de aquello que es valioso para la sociedad

Para cierto sector de la doctrina, la protección del inocente es importante para la sociedad, de ahí que las garantías procesales deban protegerse sólo cuando la persona es inocente o mientras se presuma su inocencia. Para otro grupo, lo que importa es la protección de ciertos valores, por este motivo, las garantías deben protegerse sin hacer distinción alguna respecto de la inocencia o culpabilidad del acusado.

Ambas posturas parten de valores, que no pueden ser medidos en términos monetarios y que por tanto no cabe su análisis costo-beneficio. Por un lado, quienes sostienen que las garantías procesales buscan la protección del inocente se fundamentan en la teoría del daño moral y en la teoría del contrato social, pero le dan una interpretación distinta a la ofrecida por Allen y Laudan. Por otro lado, quienes consideran que las garantías procesales buscan el respeto de ciertos valores se fundamentan en aquello que la sociedad valora. Estas dos posiciones serán tratadas en los epígrafes siguientes (3.1 y 3.3), conjuntamente con uno (3.2)

²⁸ Esta es una inferencia que se realiza, pues al tenerse como base la minimización de los errores y de los costos, se puede presumir entonces que de encontrarse un mecanismo que los reduzca más eficazmente, se deberá optar por aquél, aun cuando aquello involucre la inobservancia de las garantías procesales. Adicionalmente, R.A. Posner (1973), 410-415; R.A. Posner (2007), 647-648 admite que proteger al inocente es más importante que condenar al culpable, pero con el argumento que los costos del primer error son más elevados que los del segundo.

²⁹ Así lo reconocen R.J. Allen, L. Laudan (2008), 87 cuando afirman: “[t]o be clear, of course we favor eliminating wrongful convictions if there are no secondary consequences, but if there are, those costs must count in the social balance”. Para Posner, si bien la presunción de inocencia produce de un lado, menos costos económicos, de otro lado, disminuiría la capacidad del Estado para perseguir a los criminales. Para compensar este costo, Posner propone que se eleve la pena y así indirectamente disminuir los costos, a través del efecto disuasivo. *Cfr.* R.A. Posner (1973), 414-415.

que incluirá algunas consideraciones evaluativas respecto del error de condenar al inocente y el error de absolver al culpable.

3.1. Las garantías procesales tienen como finalidad la protección del inocente

El inocente no debe ser protegido sólo en sentido concreto, es decir, cuando se tiene certeza de que es inocente, sino también en sentido abstracto, cuando no se sabe si es inocente o culpable. El mero riesgo de que se pueda condenar al inocente hace necesario que las reglas de procedimiento y prueba se orienten a minimizarlo³⁰. Para Dworkin, todo aquél que es injustamente condenado sufre un daño moral; de ahí la necesidad de proteger incluso el mero riesgo de condenar a alguien que podría ser inocente. El daño moral es objetivo; esto quiere decir que existe y se ocasiona aun cuando la sociedad no sepa que ha condenado al inocente o incluso cuando el inocente no sepa que ha sido condenado injustamente (como reconoce Dworkin que puede ser el caso en que un cierto tipo de dolo esté ausente)³¹. El derecho a ser protegido contra el daño moral es un derecho absoluto, es decir que no puede ser derribado por consideraciones de utilidad general³². El inocente no debería ser condenado por ningún motivo y tampoco debería ser puesto bajo riesgo de condena. De ahí que el culpable pueda resultar beneficiado; sin embargo, su protección no es más que un subproducto de la minimización del riesgo de condenar al inocente.

Dworkin defiende el fundamento moral de la protección del inocente en oposición al fundamento económico³³. Para Dworkin, la condena en general causa

³⁰ R. Dworkin (1985), 79, 82-83.

³¹ *Id.*, 80-81, 87.

³² *Id.*, 94.

³³ M.D. Bayles (1990), 125 es de la opinión que Dworkin critica una posición que no es necesariamente la de Posner, pues según Bayles, Posner reconoce la existencia de otros valores distintos de la eficiencia económica. Sin embargo, del texto citado por Bayles se deja entrever que no está haciendo una interpretación correcta de R.A. Posner (1973), 401, quien explícitamente sostiene: “[j]udicial error is therefore a source of social costs and the reduction of error is a goal of the procedural system. The reader may challenge the last proposition by citing, for example, the rule excluding from criminal trials evidence obtained by an illegal search.

un daño a todo el que es castigado (daño simple, material, ‘bare harm’) pero la condena al inocente ocasiona un gravamen adicional (daño moral, ‘moral harm’). Si sólo hubiese daño material, al Estado le bastaría calcular los costos que causara la imposición del castigo y compararlo con el beneficio que se ganaría a través del efecto disuasivo. El inocente correría el riesgo de ser sacrificado cuando ello fuese económicamente menos costoso o más beneficioso. Sin embargo, cuando se añade el daño moral, se debe además considerar la posibilidad de que se cometa el error de condenar al inocente. De ahí que no sólo no se debe sacrificar al inocente intencionalmente, sino que además se debe tener el debido cuidado de no colocarlo en riesgo de ser condenado erróneamente. El derecho del inocente a no ser condenado implicaría: (1) que el legislador, en el momento de diseñar las reglas de procedimiento y prueba, debe considerar el daño moral que se ocasionaría si se condenase al inocente³⁴; (2) que el juez, al momento de tomar sus decisiones, debe considerar en abstracto, dicho riesgo, y en función de ello tomar medidas que le permitan reducir su ocurrencia (presunción de inocencia si no hay pruebas suficientes)³⁵; (3) que el derecho del inocente a no ser castigado no puede ser derrotado incluso cuando su derrota sea más beneficiosa para la sociedad, *inter alia* para maximizar el efecto disuasorio³⁶.

Siguiendo la línea de Dworkin del daño moral, Kitai considera también que la razón para proteger al inocente es la existencia de un contrato social implícito entre el Estado y el individuo, según el cual el Estado se ha comprometido a no condenar al inocente ni a colocarlo bajo el riesgo de ser condenado injustamente, pues aquello convertiría la situación del individuo en una situación menos

Such evidence is highly probative; its exclusion reduces the accuracy of the fact-finding process in criminal trials. But this type of exclusionary rule is exceptional, and is recognized—and often bitterly criticized—as such”. Adicionalmente, en algunos textos de Posner, *id.*, 410-415, R.A. Posner (2007), 647-648 se puede inferir que Dworkin tiene razón en su crítica, pues él somete todo al costo económico, de modo que nada es implícitamente superior a otra cosa, sino que debe estarse a aquello que los costos digan. Por ejemplo, los jueces deberían contar con la facultad discrecional de decidir cuándo permitir el empleo de métodos coercitivos para obtener una confesión en función del costo-beneficio. *Cfr.* R.A. Posner (2007), 588-589.

³⁴ R. Dworkin (1985), 92-93.

³⁵ *Id.*, 92-93.

³⁶ *Id.*, 94.

ventajosa a la que se encontraba antes de que existiese el contrato social³⁷. El contrato social debe ofrecer al individuo una situación más favorable, en la que el individuo pueda confiar en el Estado y en sus instituciones, y para ello es necesario que el riesgo de ser víctima del Estado se disminuya lo más posible.

En este sentido, las garantías procesales deben ser protegidas siempre que se cumpla la condición de que el acusado es inocente. Sin embargo, a diferencia de los teóricos del análisis económico del Derecho, la protección del inocente es valiosa en sí misma. Para Dworkin, las decisiones judiciales sobre los derechos no se deben tomar con base en políticas públicas, sino en principios; esto quiere decir que se decide con base en aquello a lo que se tiene derecho y que la protección de los derechos es independiente del costo económico, de la utilidad o de la felicidad general³⁸.

3.2. El error de condenar al inocente es más grave que el error de dejar libre al culpable

Como ha sido visto hasta ahora, la discusión se centra en si la protección del inocente tiene un valor instrumental o si tiene un valor en sí mismo. Dichas posiciones descansan en la idea del contrato social: para los primeros, el Estado debe proteger a los individuos de la violencia sancionando efectivamente a quienes la provocan ilegítimamente; y para los segundos, el Estado debe proteger al inocente, pues lo contrario equivaldría a colocarlo en una situación más penosa

³⁷ R. Kitai (2003), 1172-1179.

³⁸ Para R. Dworkin (1985), 359-360 los derechos son cartas de triunfo pues imponen límites al tipo de razones que un gobierno puede emplear para limitar los derechos individuales. El tipo de razones que deben ser rechazadas son las preferencias 'externas', las de la mayoría, determinadas a través de un sistema utilitarista, porque ello llevaría a corromper los derechos de la minoría. *Cfr.* J. Waldrom (2000), 301. Que los derechos sean cartas de triunfo contra la mayoría y la utilidad no quiere decir que no sean limitables; al contrario, pueden ser limitados por razones que estén en conformidad con los fundamentos en los cuales descansa el respectivo derecho o para proteger los derechos individuales de terceros. *Cfr.* R. Dworkin (1978), 194, 200. La idea principal de la tesis de Dworkin es que los derechos no pueden ser limitados trayendo a colación el interés de la mayoría o la utilidad general. *Cfr. Id.*, 194. Cuando se limitan los derechos en función de aquello que la mayoría decide se le resta al ser humano su calidad de persona, pues se le quita su individualidad y recibe un trato inequitativo, pues sus preferencias son reemplazadas por las preferencias de la mayoría (preferencias externas). *Cfr. Id.*, 198-9.

de aquella en la que se encontraba previo a la existencia del contrato social. La teoría del contrato social no provee, por tanto, argumentos determinantes para sostener la gravedad moral del error de condenar al inocente con relación al error de dejar libre al culpable. Teorías alternativas como las que se mencionarán a continuación han intentado también explicar si algún error es superior a otro, sin lograr resolver definitivamente la cuestión.

Quienes distinguen entre acción y omisión sostienen que la ejecución de una acción errónea es más grave que omitir una acción debida³⁹. Sin embargo, esta distinción se desvanece en el caso concreto, pues cuando el Estado —por diversas razones— decide dejar libre al culpable, se enfrenta ante la decisión de no condenar, que es una acción que el Estado ejecuta. Quienes distinguen entre acción estatal y acción privada mantienen que el dolor del inocente que resulta condenado es producto de la acción del Estado, mientras que el dolor de la víctima del delito es producto de la acción del delincuente (del particular y no del Estado)⁴⁰. Sin embargo, si bien el Estado no es quien provoca este último sufrimiento, aquello no lo hace menos responsable de la forma en que se administra justicia⁴¹. Quienes sostienen, por otra parte, que se puede rechazar con más firmeza el error de condenar al inocente que el error de absolver al culpable se basan en que el inocente no debe ser usado como un medio para servir el interés general (reducir la criminalidad). Sin embargo, esta teoría ignora que cuando el culpable es absuelto, la víctima del delito también es tratada como un medio para cumplir un fin subsecuente, como la protección del imperio de la ley, el respeto de la dignidad humana del acusado, etc.

De lo expuesto, estas teorías no logran establecer qué error es más grave. Sin embargo, en donde se puede hallar una diferencia es en el tipo de razones que se encuentran detrás de cada una de estas decisiones. El error de condenar al

³⁹ F.M. Kamm (1986).

⁴⁰ R.J. Allen, L. Laudan (2008), 81.

⁴¹ *Id.*, 83. Ellos argumentan que el Estado es responsable de la forma en la que se distribuyen los recursos, en particular, al invertir en protección adecuada para el inocente y al no proveer protección suficiente para las víctimas del delito.

inocente es más grave que el error de dejar libre al culpable, pues para condenar al inocente se necesitan criterios de eficiencia como por ejemplo, reducir la criminalidad o aumentar el efecto disuasorio, mientras que para dejar libre al culpable, se pueden emplear —aunque no siempre— criterios de protección de valores fundamentales, como el debido proceso, la seguridad jurídica, etc. El primer error es más grave que el segundo porque descansa en razones de eficiencia, mientras que el segundo descansa en la necesidad de proteger los bienes fundamentales.

No obstante lo anterior, la protección del inocente no basta como fundamento de las garantías, pues si fuese suficiente sería lícito dejar de lado las garantías cuando la persona fuese culpable y además motivarían a actuar de forma contraria a los valores que las garantías protegen. Así, (1) se revalidarían o rechazarían mecanismos de investigación sólo una vez vistos los resultados (sin importar la intención con que se obre); (2) se legitimarían violaciones de las garantías una vez comprobado que la persona es culpable (sin importar el derecho violado); (3) se reconocerían derechos sólo en función de consecuencias, pudiéndose incluso dejar en suspenso la garantía del debido proceso hasta que no hubiese seguridad de la inocencia del acusado o, incluso más grave, se le privaría del debido proceso a quien reflejara la apariencia de ser culpable, siendo en realidad inocente.

Las normas procesales tienen como primera limitación la protección del inocente, de tal forma que no lo pueden colocar en riesgo. Sin embargo, su protección no es suficiente como justificación, pues llevaría a desatender otros valores que las garantías protegen. En este sentido, los valores que protegen las garantías procesales constituyen la segunda limitación para escoger qué normas procesales regirán el proceso judicial. Sería incorrecto afirmar que al protegerse los valores procesales se estaría conduciendo a la protección del culpable, pues esta última constituye más bien un subproducto derivado de la primera protección.

Dicho subproducto debe ser minimizado en la medida de lo posible, siempre que hacerlo no conduzca a dejar de lado los valores que las garantías protegen⁴².

3.3. Las garantías procesales engloban ciertos valores reconocidos socialmente

A diferencia de las líneas de pensamiento anterior, para esta teoría resulta indiferente si el beneficiario de la garantía es inocente o culpable; lo que importa es que los valores que las garantías protegen no sean violados.

Para ciertos autores, las garantías procesales son explicadas a la luz de la dignidad humana y del respeto de la autonomía personal⁴³. Se parte del imperativo categórico de Kant, según el cual todos los seres humanos deben ser tratados como fines y no como medios para servir los intereses del Estado o de la mayoría⁴⁴. De ahí que las garantías procesales tengan un valor independiente del estatus que el beneficiario ostenta; baste el solo hecho de ser persona. Desde la perspectiva kantiana, el principio de la dignidad consiste en reconocer al otro como persona con capacidad de autolegislarse y de definir sus fines propios⁴⁵. Como señala Serna, la dignidad no se ve afectada por el hecho de ser objeto de agresión propiamente, sino por la ausencia de oportunidad de responder a ella; situación que se da particularmente en los casos de sometimiento y manipulación del otro⁴⁶. En esta línea, el principio de la dignidad humana incluye

⁴² Ver *infra* capítulo V.

⁴³ R.B. Saphire (1978), 124: “(...) this concept of dignity reflects a view that individual perceptions and feelings about governmental processes are to be taken into account in assessing their legitimacy. In a basic sense, these propositions represent the crucial distinctions between democratic and totalitarian or authoritarian political systems, and are at least implicit in contemporary western criticism of the Soviet system”.

⁴⁴ *Id.*, 118 y ss.

⁴⁵ Aunque como señala P. Serna (2005-B), 1104 la visión kantiana de la dignidad humana se fundamenta en la racionalidad. La dignidad para Kant consistía en la capacidad “para ser autolegislador y para dotarse a sí mismo de fines”. De ahí que “desde estos presupuestos es muy difícil justificar el reconocimiento de la dignidad a quien no puede ejercer dicha capacidad de ser legislador de sí mismo o de darse fines a sí mismo”.

⁴⁶ *Id.*, 1099.

específicamente, la oportunidad de poder defenderse y argumentar en contra de un acto que lo esté afectando⁴⁷.

El contenido de los derechos se puede explicar a la luz de la dignidad humana: el derecho a ser informado y a defenderse protege la autodeterminación, lo cual es a su vez, una manifestación de que se valora al ser humano en sí mismo, su racionalidad para entender lo que está sucediendo y para poder manifestar sus pensamientos⁴⁸. El derecho de no ser obligado a ejecutar actos en contra de su voluntad y en particular, de estar libre de toda coerción incluye no sólo el derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes, sino también el derecho de guardar silencio y de mantener su privacidad⁴⁹. En este sentido, la afectación sin consentimiento, de la intimidad y privacidad corporal y mental mermarían la autonomía personal y en definitiva, la dignidad.

Como reconoce Summers, lo que legitima una decisión no es su contenido sustantivo únicamente, sino la forma en la que se llega a ella⁵⁰. Un proceso es justo no sólo cuando se establecen los hechos tal y como ocurrieron, sino también cuando los medios empleados son justos y garantizan el respeto de los valores procesales. De ahí que un proceso legal sea bueno no sólo cuando es empleado como un medio para alcanzar buenos resultados [*results-oriented process values*], sino también cuando sirve o implementa valores procesales, sin perjuicio de los resultados que se alcancen. La necesidad de respetar la participación de las partes debe fundamentarse no sólo en el aumento de las posibilidades de que se llegará a una decisión acertada (pues se asegurará un espacio para el debate y las partes

⁴⁷ Así también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Alemán BVerfGE 9, 89 (95): “[l]a dignidad de la persona exige que no se pueda disponer súbitamente de sus derechos por motivos de poder; el individuo no debe ser sólo objeto de la decisión jurisdiccional, sino que debe tener voz en una decisión que afecta a sus derechos, para poder influir en el procedimiento y en su resultado”. La referencia y traducción fue tomada de P. Serna (2005-B), 1098.

⁴⁸ R.B. Saphire (1978), 164-165: “[o]nly through such participation can the individual gain a meaningful understanding of what is happening to her, and why it is happening. Moreover, providing the opportunity to react—to register concern, dissatisfaction, and even frustration and despair—is the best method to promote the feeling that, notwithstanding the substantive result, one has been treated humanely and with dignity by one’s government”.

⁴⁹ Una defensa de que el derecho a no ser obligado a autoincriminarse se fundamenta en la dignidad humana puede ser visto en R.S. Gerstein (1970), 87-101.

⁵⁰ R.S. Summers (1974), 3-4.

proveerán al juez de conocimiento) sino también en el respeto de la autodeterminación del ser humano y en el énfasis en que él es un fin y no un simple medio. De la misma manera, la protección de la privacidad aseguraría que la información no será manipulada por el órgano que conduce la investigación y además reducirá la coerción, lo cual es importante para garantizar la autonomía individual⁵¹. Para Tribe, estos valores tienen una importancia social implícita. Así, cuando el Derecho los materializa o cuando el juez los protege, no los está imponiendo sino que los está reconociendo simplemente⁵². Si se procediese en contra de ellos, sería como privar a la sociedad de su voz y permitir que el más fuerte tome las decisiones⁵³. Se trata entonces de definir el contenido de los derechos procesales a la luz de valores con dimensión social.

⁵¹ En este sentido, Summers enfatiza que las distintas garantías —a las que denomina bienes— tienen un contenido orientado a bienes. La tabla que sigue ha sido elaborada con base en el texto de Summers, *id.*, 20-27.

Bienes procesales	Contenido orientado a bienes
Participación	Autodeterminación
Legitimidad procesal: el hecho de ser gobernado por normas que fueron acordadas o aceptadas	Los seres humanos son considerados como fines y no como objetos
La paz procesal: seguridad en cuanto a que el más fuerte o el más violento no impondrá su ley	La paz y el reposo son preferibles a enemistad y tensión
Humanidad y respeto a la dignidad individual	Dignidad individual
Privacidad personal	Privacidad
Consensualismo: en contra de la coerción y en favor de la aquiescencia	El individuo tiene la facultad de escoger
Equidad procesal: a menos que hayan circunstancias excepcionales para proteger a una parte más que a la otra, <i>i.e.</i> indigencia	Trato equitativo
Legalidad procesal	Certeza y previsibilidad
Racionalidad procesal: decisiones deben fundamentarse en hechos y deben estar motivadas.	El conocimiento de qué es lo que está sucediendo y por qué
Decisiones deben ser tomadas dentro de cierto tiempo y deben poner fin	Falta de certeza por largo tiempo. La prisa conlleva a la irracionalidad. Reposo y ser libre de la interferencia o acoso

⁵² L.H. Tribe (1975), 312: “the result is not the imposition of values but their recognition”.

⁵³ *Id.*, 310 y ss. En particular, *id.*, 314: “[f]or when substantive rules no longer represent expressions of communally shared ideals, they come to enforce —and to be perceived as enforcing— the interests and ends of some over the interests and ends of others.” [se omitieron los pies de página].

La dignidad en este sentido es particularmente importante, pues apunta en dos direcciones: por un lado, asegura que el ser persona sea el centro del sistema, pero por otro, ayuda también a definir el contenido de los derechos a la luz del interés público, para evitar que se produzca un abuso de los derechos o una ampliación excesiva de su contenido. Los derechos deben estar al servicio del interés público, pero a la vez, el respeto de los derechos adecuadamente definidos son parte de dicho interés. Que la dignidad sea el fundamento de los derechos, quiere decir que la razón de ser de estos últimos consiste en la protección de la primera. Todo sistema que protege derechos humanos, lo hace con miras a asegurar el respeto del ser persona, libre de sometimientos para autogobernarse conforme al bien; y los derechos en particular, constituyen el medio para asegurar dicho fin⁵⁴.

El contenido de un derecho se debe fijar desde adentro, es decir, identificando los bienes que el derecho en cuestión protege; bienes que en definitiva están en concordancia con la naturaleza humana y con el interés público, pues le hacen bien al ser humano en sociedad. En este sentido, es importante no perder de vista la teleología del derecho en cuestión: la prevalencia de la dignidad (fin en abstracto) y la prevalencia de aquello que fue pretendido históricamente y de aquello que se le fue agregando con el devenir del tiempo (fin en concreto)⁵⁵. Veamos por ejemplo, cómo estos parámetros ayudan a definir el contenido interno de los derechos.

El bien protegido por el derecho a la privacidad es la protección de la parte de uno que no está a la vista de muchos, sino sólo de aquellos pocos que escogemos⁵⁶. La privacidad protege el ser persona, pues le permite escoger a quien abrir su espacio privado; toda imposición que venga desde afuera sería violatorio de su autonomía. Sin embargo, dicha autonomía debe ser ejercida con la razón y de conformidad con el interés público: no se puede decidir unilateralmente que lo no privado se vuelva privado y tampoco se puede mantener

⁵⁴ P. Serna (2005-B), 1113 y ss.

⁵⁵ P. Serna (1994), 225-228.

⁵⁶ *Id.*, 216 y ss.

la privacidad respecto de información que es de interés público. Con estos dos últimos parámetros, se podría decir entonces que la limitación no forzada de la intimidad de pensamiento o de la privacidad del domicilio con el ánimo de buscar información de interés público, no afecta propiamente el derecho a la intimidad siempre que la búsqueda se concentre en lo necesario y se guarde discreción respecto de todo aquello que no es de interés público⁵⁷.

El bien protegido por el derecho al silencio consiste en la privacidad de pensamiento, en particular en no ser obligado a decir algo en contra de su voluntad. Sin embargo, no se trata de una titularidad de contenido ilimitado, sino de una que encuentra sus límites internos en el respeto de su propia dignidad. Así como el derecho a defenderse y a argumentar protege la dignidad, así también el derecho a callar para no autocondenarse protege también la dignidad. De modo que el contenido del derecho al silencio reposa en el principio contra la autoincriminación⁵⁸. Dicho derecho puede ser renunciado voluntariamente, como por ejemplo cuando el acusado o sospechoso decide confesar a cambio de una reducción de pena, en cuyo caso asume también la obligación de decir la verdad. No sería voluntaria la renuncia cuando se confiesa para no ser sancionado por callar o para que no se realicen inferencias en su contra.

El derecho de estar libre de tortura y tratos inhumanos o degradantes está relacionado con el derecho anterior, pero tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues no sólo se aplica respecto de la información autoincriminatoria, sino respecto de todo tipo de información. Si bien no hay derecho a negarse a

⁵⁷ Siguiendo este esquema, el TEDH, *Khan c. Alemania* (12 mayo 2000) erró al haber declarado que en el caso se había afectado el derecho a la privacidad, pues en él habían indicios razonables de que al efectuarse las grabaciones secretas de las conversaciones privadas, se hallaría información de interés público. Al contrario, el Tribunal declaró que se había afectado el derecho a la privacidad (*id.*, §28) pero que la admisión de dicha prueba no afectaba el debido proceso (*id.*, §40). Esta inflación en el contenido del derecho a la privacidad condujo finalmente a restringir el contenido del debido proceso, empleando argumentos que aportan otros problemas, como el alto grado de fiabilidad de la prueba, la gravedad del delito, la escasa importancia del derecho afectado, entre otras.

⁵⁸ Sin embargo, hay quienes sostienen que el derecho al silencio inviste a la persona con la prerrogativa de que el Estado no deberá establecer los hechos con ayuda del acusado. *Cfr.* M. Redmayne (2007), 219; S. Greer (1994), 107-109.

colaborar con el Estado respecto de información no-autoincriminatoria, negarse a hacerlo no autoriza al Estado a afectar violentamente la intimidad corporal, ni mental, pues afecta a todas luces la dignidad del ser persona.

El derecho de ser asistido por un abogado y a contar con su presencia durante el interrogatorio y en el curso del juicio está en definitiva relacionado con todos los derechos antes vistos: el derecho a ser escuchado y a defenderse efectivamente en el juicio, el derecho a no autoincriminarse, el derecho de estar libre de presión física y psicológica y en definitiva a que se respete su dignidad como ser persona. Esto quiere decir entonces que el derecho a contar con un abogado no es una formalidad y que su ausencia constituye una violación en la medida en que se afecte cualquiera de los antedichos derechos.

Dado que el proceso judicial es un todo, la violación de estos derechos en un caso concreto se puede restaurar a través del aseguramiento de garantías alternativas que protejan valores similares. Hay casos, sin embargo, en que no existen garantías alternativas disponibles o en los cuales el tipo de valor afectado no es susceptible de restauración procesal, especialmente si lo afectado ha sido la dignidad. No obstante lo anterior, cuando la prueba ha sido obtenida empleando la violación del derecho como un medio para buscar la verdad, no debería bastar el aseguramiento de garantías alternativas —a pesar de que estén disponibles— pues además de una violación, hay en el acto una falta de compromiso de respetar los valores procesales, que reclama la exclusión de la prueba. Se volverá sobre esta idea en el capítulo V de este estudio.

4. La necesidad de proteger los valores procesales: un análisis en concreto

Reflexionando en la institucionalidad de ciertas garantías procesales, este acápite busca ilustrar que no sólo la protección del inocente sino también los valores procesales son importantes. Se empezará resaltando que existen garantías

con función epistémica pasiva, es decir que protegen al inocente, pero que no ayudan a establecer los hechos correctamente. Existen también garantías con función epistémica activa, pues ayudan a establecer los hechos correctamente, pero los valores procesales en esos casos, establecen límites a dicha búsqueda. En definitiva, la fijación correcta de los hechos no puede ser el fundamento para la protección de las garantías procesales, no sólo por la necesidad de proteger valores, sino también porque los hechos podrían establecerse de mejor manera sin necesidad de las garantías. De ahí que estas últimas deban descansar sobre un fundamento más sólido: los valores o los bienes que protegen.

4.1. Garantías con función epistémica pasiva

Algunas garantías ayudan pasivamente a no cometer el error de condenar al inocente, sea ya excluyendo información carente de fiabilidad, elevando el estándar de prueba⁵⁹, presumiendo la inocencia y debiendo decidirse, en caso de duda, a favor del acusado. Estas son funciones epistémicas pasivas puesto que sólo ayudan a minimizar el error de condenar al inocente y no buscan ciertamente probar nada.

La presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* disponen la absolución del acusado en caso de no haber pruebas incriminatorias suficientes, lo cual quiere decir que la absolución no necesariamente se fundamenta en la existencia *de facto* de pruebas exculpatorias, aunque pueda ser el caso. Estos dos principios únicamente cuidan que en ausencia de prueba incriminatoria suficiente, la persona sea absuelta. Su inocencia se presume y no se prueba; se trata de una

⁵⁹ Es decir, un estándar de prueba que sea lo suficientemente alto como para minimizar los errores que puedan afectar al inocente; aunque no lo suficientemente bajo como para asegurar la condena del culpable.

presunción legal basada en razones extralegales y no epistémicas: la necesidad de proteger al inocente⁶⁰.

Es difícil catalogar la presunción de inocencia como una garantía epistemológica, pues en efecto no aporta ningún elemento cognitivo acerca de la inocencia del acusado, sino que únicamente ilustra la forma en la que el juez debe decidir un caso penal cuando no hay suficiente prueba incriminatoria. La presunción de inocencia asegura que nadie será condenado si no hay pruebas suficientes; sin embargo no puede asegurar que la ausencia de prueba se deba a una efectiva inocencia. Sería equivocado e incluso falaz si se afirmase que la inocencia ha sido comprobada por el hecho de no haber sido falsificada mediante las pruebas del Fiscal, o que la culpabilidad ha sido probada como falsa por el hecho de que no ha sido probada como verdadera⁶¹.

No obstante, la presunción de inocencia previene que se cometan errores, pues evita que la persona sea condenada con apoyo en acusaciones dudosas⁶²; además, asegura que nadie será condenado si no hay pruebas suficientes⁶³. En este sentido, la presunción de inocencia ayudará a eliminar el único error relevante para el Derecho: la condena del inocente, aunque no pueda asegurar la absolución del culpable. Como ha señalado cierta doctrina: “la presunción de inocencia hasta prueba en contrario es, como sostiene Ferrajoli, *una garantía de verdad: la garantía contra la aceptación como verdaderas de hipótesis acusatorias inciertas*. La circunstancia de que se considere error judicial únicamente a la condena del inocente y no a la absolución del culpable es por demás elocuente”⁶⁴.

⁶⁰ M. Atienza (1994) 84. La presunción de inocencia parte de la idea que sólo la culpabilidad debe ser probada. En consecuencia, si no logra ser probada, se aplica la presunción de inocencia sin que sea necesario prueba adicional.

⁶¹ Esto representa la falacia conocida como *argumentum ad ignorantiam*. I.M. Copi, C. Cohen (1998), 162-163: “a proposition is true simply on the basis that it has not been proved false, or that it is false because it has not been proved true”. Paradójicamente, ésta es la forma en la que L. Ferrajoli (1995), 151 describe el empleo de la presunción de inocencia. Él sostiene que la hipótesis exculpatoria prevalece por el hecho de no haber sido refutada, aunque afirma también que se trata de una norma de clausura que sólo busca poner fin a la disputa.

⁶² P. Andrés Ibáñez (1994), 88.

⁶³ M. Gascón Abellán (2004), 141-142.

⁶⁴ P. Andrés Ibáñez (1994), 88 [énfasis en el original].

Esto confirma entonces que la presunción de inocencia tiene un carácter epistémico pasivo, a través del cual sólo se puede asegurar la minimización de los errores que puedan afectar al inocente, aunque no la identificación ni la condena del culpable.

La noción de que sólo constituye error la condena del inocente y no la absolución del culpable es en gran medida el punto de partida de quienes argumentan a favor del carácter epistémico de las garantías procesales. Si las garantías fuesen epistémicas, sólo se podría asegurar —en el mejor escenario— que el inocente vaya a ser absuelto, pero no que el culpable sea condenado.

Cuando se decide excluir información no fiable, tanto inculpatoria como exculpatoria, puede resultar beneficiado el inocente si se trata de información inculpatoria falsa, y perjudicado el culpable si se trata de información exculpatoria falsa. Esto, sin embargo, no quiere decir que la exclusión de información no fiable garantice la condena del culpable. Cuando se excluye información exculpatoria no fiable, no se asegura la condena del culpable, pues ello depende sobre todo de la existencia de pruebas inculpatorias; mientras que cuando se excluye información inculpatoria no fiable sí se podría garantizar la absolución del inocente, pues los elementos de prueba necesarios para sostener su condena decrecen. La garantía de excluir información no fiable cumple una función pasiva, en el sentido de que no puede identificar la información correcta, aunque sí puede excluir únicamente información poco confiable. Habiéndose establecido un nivel de prueba que debe alcanzarse para lograr la condena, ésta sólo se alcanzará a través de un ejercicio activo de búsqueda de información inculpatoria. Mientras que al presumirse la inocencia, ésta podrá lograrse a través de un ejercicio pasivo de exclusión de información inculpatoria dudosa. De ahí que al ser la exclusión de prueba un mecanismo pasivo, sólo puede asegurar la protección de la inocencia y no la condena del culpable.

4.2. Garantías con función epistémica activa: los derechos operan como limitaciones

Ciertas garantías cumplen una función epistémica activa, en el sentido de ayudar activamente a la identificación de información veraz, sea ya inculpatoria o exculpatoria; de tal modo que protegen al inocente y ayudan a castigar al culpable. Sin embargo, esta función activa encuentra sus límites en ciertos bienes que son importantes para el proceso judicial, como la imparcialidad judicial.

El carácter epistémico del principio adversarial o contradictorio se soporta en la idea de que, al dársele oportunidad a las partes para debatir abiertamente sus posiciones y establecerse la obligación de tener que probar sus afirmaciones, el juez accede a versiones alternativas de los hechos⁶⁵. Esto permitirá tener los elementos de juicio suficientes para declarar la hipótesis de la acusación refutada o confirmada. Hay que resaltar también la importancia de que los argumentos de la acusación se opongan a los de la defensa, pues a través del debate (que no se limita a ser argumentativo, sino que exige también comprobación), el juez puede evaluar la veracidad de los fundamentos de la acusación. Sin embargo, el fin epistémico del contradictorio podría lograrse sólo si las partes tuviesen igualdad de oportunidades y recursos para presentar y probar sus argumentos, así como la capacidad para influenciar la decisión final⁶⁶. De lo contrario, el juez no podría contar con los elementos de juicio suficientes para decidir de conformidad con la verdad. Un trato equitativo ayudaría también a legitimar la decisión final

⁶⁵ Para referencias sobre autores soportando esta posición, puede verse G. Goodpaster (1987), 121 y ss. En sentido similar, puede verse también R. Alexy (1989), 188-192, quien considera que la igualdad de trato de todos los interlocutores y la obligación de éstos de soportar sus afirmaciones son reglas básicas del discurso.

⁶⁶ En este sentido se ha argumentado que no sólo la igualdad de recursos y oportunidades es necesaria, sino también la capacidad de poder influenciar la decisión final. *Cfr.* J. Knight, J. Johnson (1997), 281. Si el acusado cuenta con iguales recursos y oportunidades que el fiscal, pero su credibilidad ante el juez está considerablemente menoscabada, su capacidad de influenciar en la decisión final será limitada. J. Bohman (1997), 323. El autor refiere como ejemplo la eliminación de las castas en India y, por tanto, la posibilidad de que *Untouchables* puedan ocupar puestos públicos, para lo cual se les ha otorgado igualdad de oportunidades y de recursos para hacer conocer sus propuestas; sin embargo, su poder de convencimiento se ve considerablemente reducido, pues se trata de un grupo tradicionalmente excluido, con poco respaldo social. Así, basta que *Untouchables* apoyen un tipo de decisión para que nadie quiera apoyarlos.

alcanzada, pues aun cuando la verdad no haya podido ser establecida⁶⁷, la igualdad de trato da una sensación de justicia, da credibilidad al sistema e impulsa el cumplimiento de sus decisiones⁶⁸. En este sentido es necesario señalar que, para algunos, la legitimidad se alcanza cuando se garantiza un debate equitativo, pues éste es valioso en sí mismo⁶⁹; para otros, la legitimidad descansa en que el debate equitativo conduce a resultados justos (hay, por tanto, una conexión entre proceso equitativo y resultado justo)⁷⁰.

El fin epistémico no podría ser cumplido tampoco si el acusado decidiese no presentar prueba alguna a su favor, pues esto eliminaría el contradictorio entre las partes⁷¹. Asimismo, el fin epistémico podría verse mermado si las partes no

⁶⁷ La verdad podría no ser establecida por razones de tiempo, falta de recursos, desaparición de pruebas, entre otros. De ahí que la garantía del debate sea tan sólo uno de los elementos que ayudan a establecer la verdad, pero no el único, pues las dificultades para alcanzar la verdad son múltiples.

⁶⁸ R.B. Saphire (1978), 124-125, 189: “[w]ithin this framework, the recognition and protection of inherent dignitary values can be viewed as not only a legitimate, but an essential exercise of judicial power. In a fundamental way, these values are central to concepts of moral, legal, and political obligation, which are the barometers of consent”. L.L. Fuller (1978), 383: “[a]n adversary presentation seems the only effective means for combatting this natural human tendency to judge too swiftly in terms of the familiar that which is not yet fully known”

⁶⁹ Para T. Christiano (1997), 244 y ss., 271 y ss., el procedimiento ideal no siempre conduce a resultados políticamente justificados. La deliberación, sin embargo, es valiosa porque ayuda a obtener resultados más justos, legitima las decisiones y cultiva en los individuos virtudes, pues escuchan y argumentan de forma racional. Esto hace que tanto el individuo como la sociedad sean mejores, pues se cultiva el mutuo respeto y la consideración por el otro. Ello no significa, sin embargo, que los individuos cuando deliberan no busquen la racionalidad y convencer. Ahora bien, aun cuando esto no se logre, la deliberación se justifica pues posee un valor en sí misma.

⁷⁰ Para J. Cohen (1997), 413, un procedimiento ideal es aquel en que los participantes reconocen en el otro a un ser racional, igual a ellos y en tal virtud emplean argumentos que den al otro motivos para aceptarlos, con un espacio moderado al pluralismo. Este procedimiento ideal permitirá alcanzar decisiones justificadas, pues a pesar de que no sean decisiones consensuales, serán decisiones tomadas por una mayoría que considera a la minoría como seres racionales y en tal sentido el contenido de sus decisiones no se fundamentará en una desvalorización del otro ni de su posición (*id.*, 414-415). Hay, por tanto, una conexión entre procedimiento ideal y decisiones justificadas; toda decisión resultante del procedimiento ideal está justificada y debe ser cumplida.

⁷¹ Para L.L. Fuller (1978), 365, 367, 371, 382, el éxito del sistema adversarial depende del juez. Si él no tiene en cuenta los dichos de las partes, la adversarialidad sería desperdiciada. Aun cuando las partes no están obligadas a presentar argumentos, cuando lo hacen se requiere que el juez decida de forma imparcial sobre lo que las partes habían discutido.

presentasen hechos verdaderos sino aquellos que correspondiesen únicamente a sus propios intereses⁷².

La contribución epistémica del contradictorio no se puede medir sólo en función de la garantía del debate, sino que se vuelve necesario ver también la forma en la que éste es regulado. En particular, la igualdad de oportunidades y recursos y el control sobre los hechos investigados.

Uno de los elementos que ayuda a que el sistema sea más epistémico es en gran medida la existencia de un control externo sobre quien investiga⁷³, pues tanto las partes pueden presentarle al juez sólo los hechos que les convienen, como también el juez instructor puede no investigarlo todo. Un sistema tiene carácter epistémico cuando existe un agente externo (sean las mismas partes o el juez) que pueda efectivamente controlar el producto de la investigación⁷⁴. Sin embargo, aun en los sistemas en que se ejerce dicho control, no se trata de un control ilimitado, como si sólo el correcto establecimiento de los hechos importase, sino de un control medido que pretende algo más que el correcto establecimiento de los hechos (mantener la imparcialidad del órgano que juzga y que investiga)⁷⁵. El

⁷² En su mayoría la doctrina anglosajona mantiene que el principio adversarial aleja al juez de la verdad de los hechos. Una revisión de las distintas teorías que explican el fundamento del principio adversarial o contradictorio, puede ser vista en G. Goodpaster (1987), 121 y ss.

⁷³ Se ha resaltado que el juez *pasivo* ejerce control sobre las partes *proactivas* al reservarse la facultad de decidir la disputa. *Cfr.* J. Thibaut, L. Walker (1978), 552. Sin embargo, no es éste el control al que se hace mención aquí, sino al poder de controlar la investigación con facultades efectivas que permitan al juez, con fundamento en los hechos, dudar de la veracidad de las pruebas presentadas por las partes.

⁷⁴ Algunos ejemplos del ejercicio del control externo podrían ser: (a) que haya un órgano imparcial, distinto de las partes, que se encargue de informar al juez acerca de los hechos y que aquellas mantengan sus funciones de investigación; (b) que el juez pueda exigir explicaciones a los testigos y solicitar pruebas de oficio; (c) que el juez de instrucción sea quien investigue, pero que al acusado se le permita también hacerlo; (d) que al momento del contra-interrogatorio el juez pueda desaprobado determinadas preguntas que fuerzan de un modo u otro una respuesta concreta; y (e) que los acuerdos entre las partes estén sujetos a la aprobación del juez.

⁷⁵ En algunos sistemas puede verse que el juez ejerce control sobre los hechos investigados por las partes. Sin embargo, estas funciones investigativas del juez no son ilimitadas. En el sistema italiano, por ejemplo, el juez sólo puede investigar cuando la absoluta necesidad de hacerlo está justificada, y siempre que las partes hayan investigado primero (la facultad de investigar del juez es subsidiaria a aquella de las partes para efectos de asegurar la imparcialidad del juez). *Cfr.* M. Delmas-Marty, J.R. Spencer (2008), 509, 514, 628. Estos límites se fundamentan en la necesidad de mantener la imparcialidad del juzgador, pues se trata de un sistema principalmente adversarial. Asimismo, en el sistema inglés, la facultad principal de investigar corresponde a las partes,

control que ejerce el órgano externo encuentra sus límites en la necesidad de dar la *apariencia* de que se decide y se investiga imparcialmente, de ahí que el control esté regulado y limitado a casos especiales.

Si bien se puede alegar que la imparcialidad asegura también el alcance de la verdad, aquí se destaca el aspecto formal de la imparcialidad (la imparcialidad como *apariencia*)⁷⁶. La imparcialidad como *apariencia* es un valor que debe asegurarse en sí mismo, pues legitima la decisión. Ello pone de relieve la necesidad de asegurar la imparcialidad aun cuando las decisiones hayan sido dictadas de conformidad con la verdad. Por tanto, aun cuando se ejerza control sobre la veracidad de los hechos investigados, aquél no mira exclusivamente hacia el establecimiento correcto de dichos hechos, sino también hacia la *apariencia* de imparcialidad. Imparcialidad que habrá de respetarse aun cuando prive al juez de elementos cognitivos.

No obstante el carácter epistémico o no del contradictorio, éste se asegura a todo acusado, culpable o inocente, porque el respeto de su dignidad está de por medio. El contradictorio responde a bienes como el respeto, la igualdad procesal que es el reflejo de una igualdad de fondo entre personas. Cuando se da la oportunidad a alguien de ser escuchado se lo trata con respeto, se asume implícitamente que es un ser racional e inteligente, que merece ser escuchado. Una decisión se legitima no sólo cuando se ajusta al correcto establecimiento de los hechos, sino también cuando ha sido obtenida respetando a la otra persona. Si las decisiones se tomaran escuchando únicamente a una de las partes, el juzgador o la audiencia actuaría inequitativamente, pues habría dado un trato preferente sólo a una de ellas. Esto podría dificultar el requerimiento de cumplir la decisión,

pudiendo el juez sin embargo, insistir en que se escuche a un testigo no llamados por las partes, a efectos de esclarecer la verdad. *Cfr. Id.*, 513, 628-629. Esta facultad se fundamenta en la necesidad de asegurar la imparcialidad de la investigación llevada a cabo por las partes. Ello demuestra que tanto las facultades investigativas del juez como las de las partes tienen límites, los cuales responden a razones, que no tienen necesariamente un contenido epistémico, como la necesidad demostrar que se decide y se investiga imparcialmente.

⁷⁶ Hay dos tipos de imparcialidad: subjetiva y objetiva. Mientras la primera se refiere a la importancia de dar la *apariencia* de imparcialidad (el énfasis está en la forma), la segunda versa sobre el *contenido* de la imparcialidad (el énfasis está en el contenido epistémico de la decisión).

mientras que si las partes se sometiesen a la decisión de un juez imparcial, que diese oportunidad a ambas de presentar sus posiciones, el incentivo de cumplir la decisión final sería mayor que si no se asegurase el respeto.

Todo esto demuestra que aun cuando ocurra que el respeto a las garantías lleve consigo la identificación del culpable, no dejan de lado los bienes que intrínsecamente deben proteger. No obstante el contradictorio impulse el descubrimiento de la verdad, todo acusado culpable o inocente tiene el derecho a exponer sus argumentos y a ser escuchado, a facilitársele el acceso a los medios económicos en caso de no contar con medios suficientes para conducir la investigación y a que las decisiones sean tomadas por un órgano imparcial. El control sobre los hechos investigados por el principal obligado asegura que los hechos se investiguen correctamente. Sin embargo, la verdad no es lo único que importa; de ahí que el control encuentre sus límites cuando la apariencia de imparcialidad se pueda ver afectada. Así, mucho control por parte del juez podría mermar su imparcialidad y un rol muy activo de las partes podría corromper la imparcialidad de la investigación.

4.3. Garantías que protegen derechos: la verdad pudiese ser alcanzada sin ellas

Para Bentham, el derecho al silencio era un obstáculo para establecer los hechos correctamente y por lo tanto no debía ser protegido⁷⁷. Sin dejar de sostener

⁷⁷ En opinión de Bentham no debe respetarse el derecho al silencio y los argumentos que arguye son los siguientes:

(1) Habría vejación cuando el inocente pudiese ser castigado; sin embargo no observar el derecho al silencio no ocasionaría tal vejación. Para Bentham sólo el culpable recurre al silencio, mientras que el inocente tiene un interés en prestar testimonio. *Cfr.* J. Bentham (1843), vol. 7, 454: “[b]y the principle of nullification, or the rule which excludes self-criminative evidence, not only are the guilty served, but it is they alone that are served: they alone, and without any mixture of the innocent. For when, though unfortunate enough to have become the object of suspicion, a man is really innocent, does he fly to any of these subterfuges? Not he, indeed, if character be of any value in his eye: for, by recourse to any of them, what is no secret to anybody is, that so sure as punishment is escaped, character is sacrificed”.

(2) Si la vejación no estuviese ligada con la inocencia de la persona, sino que se hablara de vejación por el simple hecho de ser interrogado, entonces, la vejación vendría a constituir más bien *toda posibilidad de ser castigado* sin importar la inocencia o culpabilidad de la persona. En este

que el argumento para proteger las garantías es la búsqueda de la verdad, se suele afirmar —contrario a lo que dice Bentham— que el derecho al silencio tiene un carácter epistémico activo, pues ayuda a identificar al inocente y al culpable⁷⁸. Sin embargo, como se verá más adelante, si la razón para proteger el derecho al silencio fuese exclusivamente ésta, entonces la garantía estaría condenada a desaparecer cuando dicho fin pudiese ser alcanzado por otros medios. De ahí que sea necesario resaltar la importancia de garantizar el derecho al silencio, además del fin epistémico que pueda cumplir.

Siguiendo la teoría de la elección racional, se alega que la garantía del derecho al silencio ayuda al juez a distinguir quién miente de quién no, pues el comportamiento del inocente será distinto de aquél del culpable: mientras el inocente hablará, el culpable callará⁷⁹. Esto sucederá sólo si las pruebas inculpatorias y las exculpatorias que constan en el proceso son equivalentes, es decir, cuando la condena o absolución dependa de lo que el acusado pueda decir o

sentido, la vejación radicaría en obligar al otro a hacer aquello que no le gusta (a lo cual Bentham denominó *'the old woman's reason'* pues, en sentido alegórico, sólo una viejecilla se preocuparía del dolor que pueda experimentar su nieto luego de ser sometido a una cirugía necesaria para su salud. *Cfr. Id.*, 452. Este sería también el caso de quienes se preocupan de proteger al culpable que merece el castigo). La investigación constituiría también un tipo de vejación. *Cfr. J. Bentham (1843), vol. 6, 107.*

(3) Aun habiendo vejación, es decir, existiendo la posibilidad de que el inocente pudiese ser castigado, aquella se reduciría si se le permitiera al acusado hablar (la vejación por tanto *no es el resultado de* no observar el derecho al silencio). *Cfr. Id.*, 108: “[f]or want of such explanations, as very frequently are neither obtainable nor obtainable from any other mouth -explanations of which, if true, the effect might have been to substitute exculpation to conviction, - a lighter at least, to a deeper shade of delinquency, - conclusions to any degree dangerous to him are liable to be drawn from such casually written or hearsay evidence: and explanations to any such effect are not received from him in the character of evidence”.

(4) Si la razón para proteger el derecho al silencio radicase en la necesidad de mantener la equidad entre las partes (*fairness*), entonces debe garantizarse dicho derecho a todo acusado, tanto al inocente como al culpable. (Bentham cataloga a este tipo de argumentos como *'the fox hunter's reason'* (la razón del cazador de zorros), pues sólo para la cacería de animales se podría explicar que sea necesario darle tregua al animal para que el deporte se vuelva más divertido). *Cfr. J. Bentham (1843), vol. 7, 454.* Bentham considera que la equidad es racional en un contexto deportivo, pero no para el Derecho, en donde se debe buscar la rectitud de la decisión.

Según Bentham, la razón para proteger garantías procesales debe ser porque ayuda a alcanzar la rectitud de la decisión. Argumentos como la equidad entre las partes o la vejación sólo se justifican si condujeran a imponer un castigo inmerecido. En el caso concreto, la protección del derecho al silencio no garantiza la rectitud de la decisión, ni la protección del inocente. Sobre la posición de Bentham respecto del derecho al silencio, puede consultarse también A.D.E. Lewis (1990), 135-157.

⁷⁸ D.J. Seidmann, A. Stein (2000), 451 y ss.

⁷⁹ A. Stein (2008), 1116.

callar⁸⁰. Bajo estas circunstancias, la *actitud racional* del culpable será callar y la del inocente será hablar. Esto evitará que el verdadero culpable sea agrupado junto con el verdadero inocente, disminuyendo en gran medida dicha tendencia de agrupación (*pooling effect*) e incrementando la tendencia de separación. Esta última, según Stein no se logra sino respetando el derecho al silencio; en particular, si se permitiese realizar inferencias del silencio del acusado, ello sólo conduciría a que el culpable hablase, pero no a que confesase; el testimonio del inocente y del culpable serían agrupados bajo la categoría del testimonio del acusado, sin que el juez pueda identificar quién miente y quién no⁸¹.

Desde la *teoría de la elección racional* se asume que todo acusado, culpable o inocente, actuará racionalmente, esto es, tratando de asegurar su absolución⁸². Si es inocente, hablará con la verdad, pero si es culpable permanecerá en silencio. Excepcionalmente, el culpable mentirá cuando aquello le produzca mayor ventaja que callar⁸³. Sin embargo, en la generalidad de los casos el culpable permanecerá en silencio, pues así no correrá el riesgo de que sus mentiras sean descubiertas, o de contradecirse con otras pruebas⁸⁴. Siendo que el culpable puede mentir y ser creído (si sus dichos se ajustan a ciertas pruebas exculpatórias), esta teoría de la elección racional no lograría garantizar la ausencia de error. Sin embargo, aquello no perjudicará al inocente, pues el error consistirá en favorecer la absolución y no la condena⁸⁵.

⁸⁰ *Id.*, 1118-1121, 1123, 1124. El culpable callará para no contradecirse y el inocente hablará para agregar una prueba más a su favor.

⁸¹ *Id.*, 1116. Stein, en su respuesta a las críticas, se basa en estudios empíricos acerca de la escasa efectividad de la reforma del derecho al silencio recientemente adoptada en el Reino Unido, según la cual es posible efectuar inferencias del silencio del acusado. Sin embargo, los estudios evidencian que las inferencias sólo aumentaron el número de los acusados que hablaban, pero no el número de las confesiones verdaderas, es decir que cada vez que el culpable hablaba, mentía. *Cfr. Id.*, 1129.

⁸² *Id.*, 1122-1123.

⁸³ El culpable mentirá únicamente cuando las posibilidades de que sus mentiras sean descubiertas resulten considerablemente bajas, y sus dichos sean creíbles.

⁸⁴ A. Stein (2008), 1125. Puede resultar más conveniente para el culpable mentir que permanecer en silencio cuando, por ejemplo, hay otras pruebas que confirman sus mentiras, de forma tal que él al mentir se sienta confiado en que éstas serán creíbles.

⁸⁵ *Id.*, 1126.

Recapitulando, para la teoría de la elección racional es preferible la protección del derecho al silencio que su no-protección, pues permite identificar quién es inocente y quién culpable⁸⁶. Además, al dudarse sólo de quien calle, el inocente estaría protegido, pues siempre va a optar por hablar.

Así como el método de la elección racional aplicado al derecho al silencio da como resultado la identificación del inocente y del culpable, el mismo método aplicado a la realización de inferencias produce igual resultado: la identificación del inocente y del culpable. Se debe resaltar aquí que quienes desarrollan el método de la elección racional aplicado al derecho al silencio se oponen principalmente a que igual efecto pueda alcanzarse con la realización de inferencias del silencio del acusado. Esto quiere decir entonces que el método no es determinante para sustentar la protección del derecho al silencio y que la identificación del inocente y del culpable puede ser lograda sin la protección de dicho derecho, el cual debería entonces tener un fundamento más exclusivo.

La realización de inferencias a partir del silencio, al ir acompañada del incentivo al acusado de hablar a través del ofrecimiento de rebajarle la pena, ocasionará que los acusados hablen, aunque no todos digan la verdad. Para identificar quién dice la verdad y quién no, es necesario que el juez crea únicamente a aquél cuyo testimonio no contradiga las demás pruebas aportadas⁸⁷.

⁸⁶ La aplicación de la teoría de la elección racional al derecho al silencio ha sufrido algunas críticas. Algunas tienen que ver con críticas generales a la teoría de la elección racional, como por ejemplo que las personas no actúan siempre racionalmente. *Cfr. Id.*, 1129-1131. Otra de las críticas sostiene que una vez descubierta la lógica de esta teoría, el culpable va a preferir hablar para pasar como inocente, lo cual echaría a perder cualquiera que fuese la racionalidad que esta teoría pretende aportar. Frente a ello, Stein, *id.*, 1128 ha añadido la perspectiva del juez, quien actuando racionalmente no absolverá únicamente con base en que el acusado -inocente o culpable- haya hablado, sino que lo absolverá sólo si sus dichos son racionalmente confiables a la luz de otras pruebas presentadas. No obstante la relevancia de esta contra-réplica, con ello no se asegurará la condena del culpable, pues éste podría adaptar sus mentiras a las pruebas que constan en el proceso.

⁸⁷ El requisito de la ausencia de contradicción no es equivalente a la exigencia de la corroboración. La primera exige únicamente que el testimonio no contradiga las demás pruebas aportadas, mientras que la segunda requiere que todo lo que se diga esté comprobado con otras pruebas. Únicamente si las pruebas que constan ya en el proceso son falsas, será difícil para el inocente demostrar que sus dichos son verdaderos; en todos los demás casos, será posible lograrlo. Para el culpable será aún más difícil mentir sin contradecir las demás pruebas presentadas, pues deberá conocer bien las pruebas aportadas pudiendo sus mentiras correr el riesgo de ser descubiertas.

Como constarán más pruebas en el proceso, esto no será un problema para el inocente, pues únicamente deberá hablar con la verdad, pero el culpable deberá esforzarse por proporcionar explicaciones falsas, que sean coherentes y que no contradigan las demás pruebas aportadas. Con ello se protegería al inocente, pues sólo se le pediría decir la verdad y se lo diferenciaría del culpable. Aunque esta diferenciación pueda fallar algunas veces, siendo creído el culpable, el inocente no dejará de ser protegido.

Esto demuestra que el establecimiento correcto de los hechos no es exclusivo de las garantías y por lo tanto no podría empleárselo para justificar su existencia. Sostener que el derecho al silencio tiene un contenido epistémico activo no sería correcto si el mismo derecho condujese a limitar la información que pueda ser conseguida. La verdad puede ser más fácilmente encontrada sin observar el derecho al silencio, pues éste restringirá el acceso a los hechos⁸⁸. El acusado es quien normalmente se encuentra en mejor posición para declarar acerca de la forma en que ocurrieron los hechos, el *modus operandi* del delito y los demás involucrados. Con la garantía del derecho al silencio, se perdería acceso a información importante, posiblemente difícil de acceder por otros medios. De ahí que la protección del derecho al silencio deba encontrar fundamento en una noción adicional, que justifique la existencia de la garantía aun a pesar de que a primera vista parezca más eficiente no tenerla.

5. Recapitulación

Las posiciones que consideran que la minimización del error es el objeto principal de las normas procesales son de corte consecuencialista y, en definitiva, no insisten sino en la maximización de los mejores resultados.Cuál es el mejor

⁸⁸ Sin proteger el derecho al silencio, no sólo la verdad podría ser alcanzada sino que además podría asegurarse que la información obtenida es confiable. Siendo que ante el juez no existe el riesgo de que el inocente sea coaccionado a autoincriminarse, se podría garantizar el derecho al silencio únicamente durante la etapa investigativa conducida por la policía y o el Ministerio Público, pero no durante la etapa dirigida por el juez o Tribunal, quienes podrían realizar inferencias del silencio del acusado, sin correr el riesgo de que el inocente pueda autoincriminarse. Cfr. M. Redmayne (2007), 220.

resultado depende de qué error se considere menos grave: la condena del inocente o la absolución del culpable. Sobre este aspecto no sólo no hay acuerdo, sino que además las normas procesales (entre las cuales se encuentran los derechos y garantías) no constituyen el medio más idóneo para maximizar ninguno de dichos resultados. Apartándose de los fundamentos consecuencialistas, la posición dworkiniana muestra contundentemente porqué el error de condenar al inocente es más grave que el error de dejar libre al culpable. Sin embargo, conduce en último término a legitimar conductas ilegales con base en argumentos consecuencialistas, lo cual en definitiva dificulta en tales casos el aseguramiento de los derechos y garantías procesales.

La finalidad de proteger los derechos procesales descansa en la necesidad de proteger valores, los cuales se fundamentan en la dignidad humana. La dignidad no sólo constituye el fundamento, sino también el límite de tales derechos, pues contribuye en la delimitación del contenido de tales derechos. Los derechos procesales deben contribuir a reconocer en el otro a un ser racional con la capacidad o potencialidad de defenderse y de presentar pruebas a su favor. Adicionalmente, deben asegurarle también una protección en contra de toda injerencia forzosa a su intimidad y a su privacidad corporal y mental.

En ocasiones, el aseguramiento de estos derechos contribuye al establecimiento correcto de los hechos, sin embargo, aquél no puede ser la razón de su protección, pues equivaldría a someter su aseguramiento a las consecuencias y principalmente, a restarle importancia a los valores que los derechos protegen.

Este capítulo y el anterior han sentado las bases iniciales para una estrategia armonizadora, que reconoce no sólo la importancia y el valor de la verdad, sino también de los derechos y garantías procesales. Ahora es necesario examinar cuál ha venido siendo la práctica de los tribunales. Dicho examen resultará altamente ilustrativo en relación con las dificultades para impartir justicia cuando la verdad y los derechos entran en conflicto. Los dos capítulos siguientes se ocuparán del análisis jurisprudencial, comenzando primero por el TEDH y luego por el TPIY y

la CPI. Siguiendo este orden se podrá percibir una evolución cronológica en la que se pasa del garantismo a la ponderación, para regresar nuevamente a un garantismo matizado.

CAPÍTULO III

LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. Planteamiento

A pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante ‘el Tribunal’ o ‘TEDH’] no es tribunal de cuarta instancia y por tanto no le corresponde dictaminar qué tipo de pruebas son ilegales¹, ni cuándo ciertas pruebas deben ser excluidas del proceso², este capítulo tiene como finalidad analizar la exclusión de la prueba obtenida en violación de derechos del acusado.

El Tribunal ha considerado que las reglas de admisibilidad de una prueba están sometidas al margen de apreciación de cada Estado. Por lo tanto, entiende que no corresponde determinar si las pruebas obtenidas en violación de normas nacionales deben ser excluidas o no, sino si el proceso visto en su conjunto fue justo³. Esto involucra —según palabras del Tribunal— *un análisis de la ilegalidad en cuestión y en los casos en que se haya violado un derecho de la Convención, la naturaleza de dicha violación*⁴. Esta definición negativa de la competencia del

¹ TEDH, *Schenk c. Suiza* (12 julio 1988), §46.

² TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002), §42; TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §88.

³ Las palabras exactas del Tribunal son las siguientes: “[i]t is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair.” Esto se lo puede ver citado de forma recurrente en las decisiones siguientes, TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §95; TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §163; TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §34; TEDH, *P.G. and J.H. c. Reino Unido* (25 septiembre 2001), §76; TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002), §42.

⁴ Las palabras exactas del Tribunal han sido las siguientes: “[t]he question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the ‘unlawfulness’ in question and, where a

Tribunal respecto de la prueba y su admisibilidad en el proceso, ha mantenido a la doctrina⁵ alejada del estudio de la prueba obtenida mediante una violación a derechos del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [en adelante ‘la Convención’].

Sin perjuicio de lo anterior, es posible aún extraer reglas respecto de qué tipo de pruebas tienden más comúnmente a afectar la equidad del proceso [‘*fairness of the proceedings*’]. Para ello, lo primero que debe aclararse es que no encontraremos al Tribunal dictaminando cuándo una prueba contraria a las normas nacionales debió haber sido excluida del proceso; sino, más bien, cuándo una prueba que viola derechos de la Convención⁶, afecta también el debido proceso y merece una reparación procesal. Redefinida así la competencia del Tribunal, es posible el estudio de la exclusión de la prueba obtenida inobservando derechos⁷.

Existen fundamentalmente dos tipos de prohibiciones: la prohibición de obtener pruebas que violan normas o principios jurídicos y la prohibición de utilizar judicialmente aquellas pruebas⁸. Mientras que la primera mira hacia los métodos de investigación prohibidos, en la medida que violan derechos de la Convención, la segunda se refiere a la prohibición de usar tales pruebas, pues su uso puede tornar injusto el proceso. Esta distinción se vuelve importante, pues no

violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.” Cfr. TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §89; TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §34; TEDH, *P.G. and J.H. c. Reino Unido* (25 septiembre 2001), §76; TEDH, *Heglas c. República Checa* (1 marzo 2007), §§89-92; TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002), §42.

⁵ Entre los autores que han tratado el tema, puede verse M.-A. Beernaert (2007), 81; D. Friedman (2002), 216.

⁶ En este sentido debe tomarse también en cuenta que una prueba puede ser ilegal aún cuando no viole ninguna norma nacional, pero sí un derecho protegido por la Convención. Ver por ejemplo, TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §§25-28 (las grabaciones sin orden judicial no estaban prohibidas por el derecho inglés, pero sí por los derechos humanos); TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §§103, 104 (el uso de eméticos no estaba prohibido por la legislación alemana, pero sí por los derechos humanos).

⁷ Así por ejemplo vemos que en el caso TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §38, se establece que el Tribunal tiene competencia para conocer los casos de pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse, a la luz del tratamiento que debe dársele al mismo derecho.

⁸ En Alemania por ejemplo se habla de prueba ilegal no sólo cuando ésta se usa en el proceso, sino también cuando ésta se obtiene violando determinadas normas. Cfr. K. Ambos (2009), 1-51.

toda prueba obtenida en violación de derechos de la Convención ha logrado violar el debido proceso. Así mismo, no toda violación al debido proceso ha conllevado necesariamente a la exclusión de la prueba. Por eso no se puede estudiar la prohibición de obtención sin la prohibición de utilización y tampoco la prohibición de utilización sin el estudio de las reparaciones ordenadas por el Tribunal. Mientras que el estudio de la prohibición de obtención nos conduciría a analizar cuándo en los métodos de investigación empleados se ha afectado la prohibición de la tortura, la privacidad, el derecho al silencio, entre otros. La prohibición de utilización parte, en cambio, de que estos derechos han sido ya violados y debe determinarse si su utilización afectaría el debido proceso. El estudio de la prohibición de obtención podría llevarnos a un análisis muy extenso, que además aportaría muy poco a la pregunta central de esta investigación: la exclusión de la prueba y las reparaciones procesales. Sin embargo, en ciertas partes de la investigación nos referiremos excepcionalmente a las reglas de obtención.

En virtud de lo anterior no corresponderá a este capítulo —sino sólo excepcionalmente— analizar cuándo determinado método de investigación o proceso de obtención de pruebas viola los derechos humanos (prohibición de obtención de prueba) sino cuándo la prueba obtenida en violación de algún derecho de la Convención, afecta la equidad del proceso (prohibición de uso). Toda vez que la equidad del proceso se afecta cuando la prueba indebidamente obtenida se usó en el proceso, difícilmente encontraremos que el debido proceso haya sido violado por la sola obtención indebida de pruebas.

Las preguntas centrales de esta investigación son entonces, cuándo el uso de la prueba obtenida en violación de derechos de la Convención afecta la equidad del proceso y, cuándo aquello ha conducido a la exclusión de la prueba o a cualquier otro tipo de reparación procesal.

El Tribunal ha venido aplicando tres umbrales para determinar cuándo una prueba debe ser excluida del proceso. El primer umbral está constituido por la

determinación de si se ha violado algún derecho de la Convención; el segundo por la influencia que aquella violación haya podido tener sobre la justicia o equidad del proceso; y, el tercero por la necesidad de ordenar una reparación procesal.

Este capítulo busca ilustrar concretamente bajo qué circunstancias la afectación del debido proceso conduce a que la prueba sea excluida de la actuación procesal como se verá a lo largo del presente capítulo. El Tribunal generalmente ha empleado los siguientes criterios para determinar cuándo la prueba obtenida en violación de un derecho afecta la equidad del proceso:

- (a) El uso que se le dio a la prueba en el proceso: cuanto mayor sea la influencia que tiene la prueba sobre la condena, mayor posibilidad existe de que se haya afectado el debido proceso.
- (b) La existencia de otras garantías en el proceso: si existieron pueden haber convalidado la inequidad causada por el uso de pruebas violatorias de derechos de la Convención.
- (c) La gravedad del delito que se juzgó y el interés social de la sanción: cuanto más grave sea el delito, menor protección procesal existirá para el acusado si la prueba es considerada verdadera aunque incorpore alguna violación a derechos reconocidos en la Convención.

También habrá oportunidad de comprobar que dependiendo del tipo de derecho que se violó en el curso de la obtención de la prueba, el Tribunal ha dado mayor o menor importancia a los criterios antes expuestos en la determinación de la violación del debido proceso. Así, cuando se han violado los derechos contenidos en el art. 3 (prohibición de la tortura y tratos inhumanos y/o degradantes), generalmente el Tribunal ha dado menor peso a los criterios arriba referidos, de modo que el uso de las pruebas obtenidas por sí solo basta para afectar la equidad del proceso. En el caso de violaciones del art. 6 (derecho a un proceso equitativo), el Tribunal ha considerado que la inequidad procesal generalmente tiende a producirse en virtud del impacto negativo que cualquiera de

los criterios arriba mencionados tenga sobre el acusado; por ejemplo, la sola inexistencia de garantías aun cuando el delito sea grave afecta el debido proceso. En cambio cuando se han violado los derechos del art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), el impacto negativo de los criterios arriba mencionados se convalidan entre sí, de modo que la inexistencia de garantías, se convalidará con la gravedad del delito aun cuando la prueba tenga una influencia irrefutable sobre la condena del acusado.

Como el Tribunal ha demostrado aplicar consideraciones diferentes dependiendo del tipo de derecho violado, para fines expositivos de este estudio se estructurará siguiendo el tipo de derecho violado. Así en primer lugar se analizará el impacto sobre el debido proceso de las violaciones del art. 3, después las del art. 6 y, finalmente las del art. 8.

Cada una de las tres partes antes referidas, intentará responder a las siguientes interrogantes: (a) cuándo una prueba que viole los derechos de la Convención afecta la justicia del proceso (segundo umbral); y, (b) qué tipo de reparación ha otorgado el Tribunal en el caso de utilización en el proceso de pruebas ilegales (tercer umbral). Sólo excepcionalmente nos referiremos a cuándo los métodos empleados para la obtención de una prueba violan los derechos de la Convención (primer umbral), particularmente esto será necesario al tratar las violaciones del art. 6, pues del tratamiento que le da el Tribunal al asunto, no resulta posible trazar una línea clara entre violación del derecho en cuestión y violación del debido proceso.

Finalmente, el análisis jurisprudencial concluirá con un intento de definición de las líneas teóricas que ha seguido el Tribunal para establecer cuándo un proceso es injusto como consecuencia del empleo de pruebas ilegales. Este estudio no tiene por objeto cerrar el círculo de discusión sobre esta temática, sino más bien levantar el telón respecto de un tema poco tratado, como el de la prueba ilegal y en lo posible, contribuir a la búsqueda de una mejor solución.

2. Pruebas obtenidas violando el derecho a no ser torturado ni a recibir tratos inhumanos o degradantes

Esta primera parte se enfocará únicamente a analizar cuándo el uso en el proceso de las pruebas obtenidas en violación del art. 3 afecta la equidad del proceso y cuál ha sido la reparación que se ha ordenado.

Aunque no forma parte de este análisis determinar cuándo en la obtención de las pruebas se ha violado el art. 3, pues expresamente ha sido excluido, es necesario resaltar que el Tribunal no ha aceptado ningún tipo de justificación que legitime la violación del art. 3. De modo que ni la gravedad del delito cometido⁹, ni la conducta criminal¹⁰, ni el interés de la víctima¹¹, ni una grave emergencia pública, como la necesidad de salvar a la nación¹² han sido consideradas razones suficientes para justificar violaciones o restricciones del art. 3.

2.1. Segundo Umbral

El carácter absoluto de los derechos consagrados en el art. 3 ha llevado al Tribunal a dar un trato severo a las pruebas obtenidas con violación a los derechos contenidos en el mismo, que el uso de tales pruebas siempre plantea problemas graves en cuanto a la equidad del proceso, incluso si dichas pruebas no fueron decisivas para la condena¹³.

⁹ La necesidad de controlar el terrorismo y el crimen organizado no justifica el uso de torturas: TEDH, *Chahal c. Reino Unido* (15 noviembre 1996), §79; TEDH, *Labita c. Italia* (6 abril 2000), §119. Ni la naturaleza del delito cometido ni su gravedad podrían constituir justificativos para utilizar cualquiera de los medios prohibidos por el art. 3 de la Convención: TEDH, *V. c. Reino Unido* (16 de diciembre de 1999), § 69; TEDH, *Ramírez Sánchez c. Francia* (4 julio 2006), §§115, 116; TEDH, *Saadi c. Italia* (28 febrero 2008), §§137, 138, 141. En el caso TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §176, el Tribunal señaló que ni la gravedad del delito cometido ni el interés de que se descubra la verdad, pueden constituir justificativos para la restricción de los derechos contenidos en el art. 3.

¹⁰ TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §99.

¹¹ La necesidad de salvar la vida de un niño no justifica que se use la tortura ni tratos inhumanos o degradantes, ver TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §107.

¹² La necesidad de salvar a la nación no justifica que se viole el art. 3. *Cfr.* TEDH, *Selmouni c. Francia* (28 julio 1999), §95.

¹³ TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §165.

Sin embargo, no ha supuesto conceder la categoría de garantía ‘*self-standing*’ a la exclusión de la prueba obtenida con violación del art. 3. Por ‘*self-standing*’ se hace referencia a que el Tribunal no ha optado por la automática exclusión de la prueba obtenida en violación del art. 3, sino que ha pasado siempre a analizar bajo los criterios definidos más arriba si el uso de dicha prueba ha podido afectar la equidad del proceso. Creemos que esta timidez del Tribunal puede deberse a no querer verse atado de manos en el futuro y por ello ha optado por no dar soluciones estandarizadas.

Uno de los presupuestos para evaluar la equidad del proceso en la admisión de pruebas obtenidas en violación de derechos de la Convención es que dicha prueba haya sido utilizada en el proceso¹⁴, de modo que si el juez nacional no utilizó dicha prueba para justificar algún hecho, el Tribunal no podrá calificar su influencia sobre la equidad del proceso.

El Tribunal generalmente ha empleado las siguientes categorías para determinar cuándo una prueba ilegal ha tornado injusto el proceso:

- (a) Grado de influencia que la prueba haya tenido sobre la condena del acusado¹⁵.
- (b) Tipo de delito que se persigue¹⁶.
- (c) Interés de la sociedad en que se castigue un determinado tipo de delito, o en que se descubra la verdad¹⁷.

¹⁴ El principio de que la prueba ilegal ha de haber servido para probar algún hecho en el proceso, se encuentra en *id.*, §§166, 178.

¹⁵ TEDH, *İçöz c. Turquía* (9 enero 2003), §3; TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §§99, 104; TEDH, *Göçmen c. Turquía* (17 octubre 2006), §74; TEDH, *Harutyunyan c. Armenia* (28 junio 2007), §63.

¹⁶ En el caso TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §176, el Tribunal anotó que ni la gravedad del delito cometido ni el interés de que se descubra la verdad, pueden constituir justificativos para la restricción de los derechos contenidos en el art. 3.

¹⁷ *Id.*, §107: la necesidad de salvar la vida de un niño no justificó que se use la tortura ni tratos inhumanos o degradantes.

(d) La oportunidad del demandante de oponerse a dicha prueba en el proceso nacional¹⁸.

Como había sido antes anotado, para el caso de las pruebas obtenidas con violación del art. 3, ninguna de las consideraciones antes indicadas ha logrado justificar su uso. No obstante a continuación se ofrecerá un análisis de estos supuestos y consideraciones por la jurisprudencia del Tribunal¹⁹.

(a) Influencia sobre la condena

En cuanto a las pruebas obtenidas con tortura, el Tribunal indicó en el caso *Harutyunyan c. Armenia*, que su uso en el juicio, aunque sea tan sólo para probar parcialmente la culpabilidad del acusado, hacía imposible que se considerase un proceso equitativo²⁰.

En el caso *Levința c. Moldavia*, reconoció la aplicación del mismo principio establecido en *Harutyunyan c. Armenia*, en cuanto a la irrelevancia del uso dado a la prueba y, a la automática afectación al debido proceso²¹. Sin embargo, a diferencia del caso *Harutyunyan* en donde se dijo que la prueba obtenida por medio de tortura no debía ser usada para probar la culpabilidad del acusado, en *Levința* se eliminó la referencia al propósito con el que debía ser usada la prueba y se estableció más bien que el solo hecho de que los tribunales nacionales se basen en pruebas obtenidas por medio de torturas convierte automáticamente el proceso en inequitativo²².

En el caso *Göçmen c. Turquía*, el Tribunal dejó nuevamente sentado que cuando las pruebas han sido obtenidas por medio del uso de torturas, no es necesario que se establezca su influencia sobre la condena del acusado. En dicho caso, al Tribunal le bastó que en la sentencia condenatoria se haya hecho

¹⁸ TEDH, *Örs and others c. Turquía* (20 junio 2006), §59.

¹⁹ TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §165.

²⁰ TEDH, *Harutyunyan c. Armenia* (28 junio 2007), §63.

²¹ TEDH, *Levința c. Moldavia* (16 diciembre 2008), §§99, 100.

²² *Id.*, §§103-105.

referencia al empleo de estas pruebas por tribunales nacionales²³. El caso *Söylemez c. Turquía* ratifica todo lo anterior²⁴.

El Tribunal en el caso *Jalloh c. Alemania*, reiteró lo irrelevante que resulta para que se viole el debido proceso la influencia que la prueba obtenida en violación del art. 3, pueda tener sobre la condena del acusado²⁵. De modo que cualquiera que sea el uso que se haya hecho de la prueba, su sola admisión ocasiona la violación del debido proceso.

(b) y (c) Gravedad del delito e interés de la sociedad en perseguirlo

En el último caso citado el Tribunal afirma taxativamente que ni en las situaciones más imperiosas está permitido que se viole el art. 3 de la Convención, pues constituye un derecho no derogable ni limitable²⁶. La gravedad del delito cometido por el acusado no justifica por tanto el uso de pruebas obtenidas en violación del art. 3²⁷.

(d) Existencia de otras garantías: oportunidad de oponerse al uso de dicha prueba

En el caso *Göçmen c. Turquía*, el Tribunal consideró que la existencia de otras garantías, como el contradictorio por ejemplo, no fueron suficientes para remediar la injusticia del proceso ocasionada por el uso de la prueba obtenida en violación del art. 3²⁸. La misma idea se encuentra en *Jalloh c. Alemania*²⁹.

En el caso *Örs and others c. Turquía*, el Tribunal consideró que aun cuando la sentencia se base en otras pruebas y, a pesar de que el demandante estuvo representado por un abogado y tuvo oportunidad de oponerse a la presentación de

²³ TEDH, *Göçmen c. Turquía* (17 octubre 2006), §74.

²⁴ TEDH, *Söylemez c. Turquía* (21 septiembre 2006), §§122-125.

²⁵ TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 de julio de 2006), §99.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*, §106.

²⁸ TEDH, *Göçmen c. Turquía* (17 octubre 2006), §§75, 69.

²⁹ TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 de julio de 2006), §106.

estas pruebas, aquellas garantías no eran suficientes para revertir la inequidad del proceso³⁰.

Hasta aquí queda claro que las pruebas obtenidas mediante la violación del art. 3 ocasionan que se afecte la equidad del proceso. Sin embargo, el Tribunal ha hecho una distinción entre las pruebas materiales derivadas del empleo de torturas y las obtenidas a partir de tratos inhumanos y/o degradantes. Aquellas pruebas materiales derivadas del uso de tortura no plantean mayor complejidad, pues el Tribunal ha sido claro en afirmar en los casos *Örs and others c. Turquía*³¹, *Harutyunyan c. Armenia*³², y *Leviņa c. Moldavia*³³ que toda prueba (directa o derivada) resultante del empleo de *torturas* afectaba la equidad del proceso³⁴. Sin embargo, el trato dado por el Tribunal a la prueba derivada del uso de tratos inhumanos o degradantes se presenta con matices.

En el caso *Jalloh c. Alemania*, el Tribunal se negó a establecer como principio que el debido proceso se violaba en virtud del empleo de pruebas materiales obtenidas mediante medios inhumanos o degradantes. Lo que el Tribunal sí dejó sentado es que la prueba material derivada de tratos inhumanos o degradantes no podía servir para comprobar *la culpabilidad del acusado*. Jalloh era un traficante de drogas callejero, que fue sorprendido por la policía vendiendo pequeñas cápsulas que sacaba de una funda. Previo a su detención, Jalloh ingirió las cápsulas, dejando a la policía sin medio para comprobar sus sospechas. Por ello la policía usó eméticos contra la voluntad de Jalloh para forzarlo a vomitar las cápsulas ingeridas. En la opinión del Tribunal el empleo de eméticos constituyó un medio inhumano y degradante, que redundaba en una violación del debido proceso pues había sido empleado para probar la culpabilidad de Jalloh.

En el caso *Gäfgen c. Alemania* el Tribunal tuvo que considerar si la prueba material derivada del empleo de tratos inhumanos o degradantes, utilizada para

³⁰ TEDH, *Örs and others c. Turquía* (20 junio 2006), §§60, 61.

³¹ *Id.*, §60.

³² TEDH, *Harutyunyan c. Armenia* (28 junio 2007), §§63, 64, 66.

³³ TEDH, *Leviņa c. Moldavia* (16 diciembre 2008), §§101, 104, 105.

³⁴ TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §166.

probar algo diferente que la culpabilidad del acusado, afectaba o no la equidad del proceso³⁵. La conclusión fue que dichas pruebas no afectaban la justicia del proceso, pues sólo habían servido para apoyar la prueba principal, sobre la cual se basada la condena de Gäfgen³⁶.

Gäfgen había sido condenado por haber matado a un niño con base en una segunda confesión efectuada voluntariamente, sin coerción y con base en las pruebas materiales obtenidas gracias a una primera confesión. Esta primera confesión había sido excluida del proceso por los jueces nacionales por haber sido obtenida aplicando tratos inhumanos y degradantes; en ella Gäfgen había confesado ante la policía alemana que había secuestrado a un niño, que lo había asesinado y reveló también el lugar donde había colocado su cadáver. Como consecuencia de esta confesión la policía alemana descubrió el cadáver del niño, se le efectuó la autopsia y se determinó la forma en que había sido asesinado; así mismo se encontraron también las huellas del vehículo en el que el cadáver del niño había sido transportado para ser arrojado al río. Todas estas pruebas habían sido obtenidas a partir de la confesión hecha bajo amenaza de tortura que fue posteriormente calificada como trato inhumano y degradante, al no tratarse propiamente de una tortura sino de una amenaza. Tras la exclusión de esta primera confesión, Gäfgen efectuó por remordimiento una segunda confesión, en donde admitía como verdadero todo lo que había afirmado en la primera. El Tribunal debía determinar si el debido proceso quedó afectado por el hecho de que los jueces nacionales hubieren usado en la sentencia condenatoria las pruebas derivadas de una confesión obtenida mediante violación al art. 3. El Tribunal en primer lugar, dictaminó que estas pruebas sólo habían servido para apoyar la segunda confesión, pero no para probar la culpabilidad de Gäfgen. En segundo lugar, el Tribunal sostuvo que las pruebas no habían sido contaminadas por la

³⁵ *Id.*, §173.

³⁶ *Id.*, §§179-188.

ilicitud de la primera confesión, pues no había un nexo causal entre la prueba prohibida y la condena³⁷.

En el caso *Harutyunyan c. Armenia*, el Tribunal tuvo que determinar si la segunda confesión efectuada ‘voluntariamente’ por el demandante constituía prueba válida e independiente de la primera confesión, obtenida a través del empleo de tratos inhumanos y degradantes. Al respecto, consideró que para establecer la independencia de la segunda confesión era necesario determinar si había sido efectuada de forma voluntaria. Como se había comprobado en la jurisdicción nacional que el demandante había sido continuamente amenazado, el Tribunal presumió que aquellas amenazas influyeron en la segunda confesión³⁸.

2.2. Tercer Umbral: reparación

En este punto hay que comenzar señalando que el Tribunal se ha limitado a ordenar reparaciones por el daño moral sufrido como consecuencia de la violación del derecho del art. 3³⁹. En la generalidad de los casos, se ha negado a ofrecer reparación procesal alguna por el uso que se haya dado a las pruebas así obtenidas en el juicio. Por ejemplo, en el caso *Örs and others c. Turquía*, el Tribunal consideró que la declaración de que hubo violación del debido proceso constituía reparación suficiente, aun cuando en el proceso se usaron pruebas obtenidas bajo tortura⁴⁰. En el caso *Harutyunyan c. Armenia*, el Tribunal únicamente ordenó una pequeña reparación monetaria por el daño moral causado a Harutyunyan por el uso en juicio de pruebas obtenidas bajo tortura y se negó a ordenar otras reparaciones reclamadas por la víctima por su indebida condena⁴¹.

³⁷ *Id.*

³⁸ TEDH, *Harutyunyan c. Armenia* (28 junio 2007), §65.

³⁹ Aun a pesar de que el Tribunal en el caso TEDH, *Söylemez c. Turquía* (21 septiembre 2006), §146 había establecido que el proceso se había tornado en injusto en virtud del uso de pruebas obtenidas en violación del art. 3, el Tribunal no ordenó ninguna reparación que tenga que ver con esta violación encontrada. Así el Tribunal se cuidó de sólo ordenar reparación monetaria por el daño moral sufrido como consecuencia del trato inhumano del cual el demandante fue víctima.

⁴⁰ TEDH, *Örs and others c. Turquía* (20 junio 2006), §66.

⁴¹ TEDH, *Harutyunyan c. Armenia* (28 de junio de 2007), §71.

El Tribunal generalmente ha esgrimido que la incertidumbre respecto del resultado que se hubiera obtenido en el juicio de no haber ocurrido la violación, no permite ordenar reparaciones que tengan algún impacto en el juicio en el que se usó pruebas obtenidas mediante violación del art. 3⁴². De particular relevancia es el caso *Jalloh c. Alemania*, pues el Tribunal se negó a reparar moralmente al acusado por la condena sufrida⁴³, empleando el argumento de la incertidumbre respecto de cuál hubiera sido el resultado final, para negarse a ordenar reparaciones. Este argumento concretamente en el caso *Jalloh* resulta poco razonable pues Jalloh había sido condenado con base en una sola prueba, la cual había sido obtenida mediante tratos inhumanos y degradantes. Aún más absurdo, el Tribunal consideró que la existencia de una vía alternativa para obtener la prueba de la culpabilidad de Jalloh —por la cual la policía no optó— le impedía concluir que el resultado del juicio hubiera sido diferente⁴⁴.

La reparación ordenada en el caso *Levința c. Moldavia*, constituye el único caso excepcional. En él, el Tribunal no sólo ordenó la reparación pecuniaria por el sufrimiento psicológico en virtud de la tortura y del uso de las pruebas así obtenidas en el juicio, sino que además ordenó la repetición del juicio contra el demandante. Sin embargo, consideramos que esta reparación no fue suficiente dadas las circunstancias del caso, pues según el demandante aquellas constituyeron las únicas pruebas sobre las cuales se había basado su condena, circunstancia que era discutida por el Estado de Moldavia. Ante esta controversia, el Tribunal pudo haber determinado —como lo ha hecho en otros casos— la influencia que la prueba tuvo en la condena, pero optó por no hacerlo, impidiendo así que el demandante pudiera ser puesto en libertad, en lugar de obtener sólo la repetición del juicio.

⁴² En el caso TEDH, *Göçmen c. Turquía* (17 octubre 2006), ordenó una pequeña reparación pecuniaria por daño moral ocasionada por la violación del art. 3 y por el uso de las pruebas así obtenidas (§86). La repetición del juicio la ordenó únicamente porque el demandante había sido juzgado por un tribunal no independiente (§87).

⁴³ TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §128.

⁴⁴ *Id.*

3. Pruebas obtenidas violando el derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse

En el análisis de las pruebas obtenidas mediante violación del art. 6 será necesario entrar en detalles relativos al primer umbral que no había sido objeto de atención en lo relacionado con el art. 3. Ello se debe a dos razones. Por una parte es importante distinguir las decisiones en las que el Tribunal establece la violación del art. 6 porque una de las garantías expresa o implícitamente allí contenidas se ha violado, de aquellas otras en las cuales el Tribunal declara violado el art. 6 por verse afectada la justicia del proceso. Esta distinción no resulta siempre clara y pueden confundirse los dos umbrales. La segunda razón consiste en que al tratar las violaciones del art. 6 (el primer umbral), el Tribunal ha solido aplicar los criterios referidos en la introducción comúnmente aplicados por el Tribunal para el segundo umbral, esto es, para determinar violación del derecho al silencio y no únicamente del derecho a un proceso justo. Siendo que nuestra principal crítica a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal es el empleo de criterios que obligan a una ponderación entre derechos procesales y el interés público, analizaremos en ciertos casos también el primer umbral. Ello no significa que en la determinación de violaciones a los derechos del art. 3 u 8, el Tribunal no haya aplicado también la ponderación, pero a diferencia de esos derechos, los del art. 6, constituyen naturalmente los derechos procesales del acusado.

A continuación se abordarán las formas en las que el derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse se puede ver afectado: (1) con la imposición de sanciones en caso de no confesar; (2) cuando se utilizan medios encubiertos para obtener la confesión del sospechoso/acusado; y, (3) cuando se efectúan inferencias a partir del silencio del sospechoso/acusado. Respecto de cada forma se estudiarán los dos primeros umbrales antes indicados, respondiendo a las siguientes preguntas: cuándo en la obtención de pruebas se viola el derecho al silencio y a no autoincriminarse; y, cuándo el uso de las pruebas así obtenidas

logra afectar la justicia del proceso. El análisis del tercer umbral será objeto de un tratamiento conjunto de los tres supuestos.

3.1. Violación del derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio en virtud de la amenaza de sanciones

Los derechos a permanecer en silencio y a no ser obligado a autoincriminarse constituyen derechos ‘clave’ para garantizar un debido proceso, pero las pruebas obtenidas con violación de los mismos no han influido de forma constante en la equidad y justicia del proceso a juzgar por las decisiones del Tribunal.

La autoincriminación hecha de forma voluntaria no está prohibida; lo que se condena es ciertos medios para llegar a ella y el uso dado a las pruebas así obtenidas. El propósito del derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio radica en: (a) evitar errores de la justicia⁴⁵; (b) evitar que la culpabilidad del acusado se pruebe a través de pruebas obtenidas en violación de dichos derechos⁴⁶. Más precisamente, el derecho a la no autoincriminación pretende evitar *la recurrencia del Fiscal a pruebas obtenidas por medios coercitivos u opresivos*⁴⁷; de modo que la autoincriminación cuando es así obtenida se encuentra prohibida.

El empleo de la coerción como medio para obtener la confesión se encuentra prohibido pues extingue la esencia del derecho a no autoincriminarse. El Tribunal, en muchas de sus decisiones ha definido la coerción y ha establecido las circunstancias bajo las cuales dicha coerción anula el derecho a no autoincriminarse⁴⁸.

⁴⁵ TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §38.

⁴⁶ TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §100.

⁴⁷ TEDH, *Serves c. Francia* (20 octubre 1997), §46.

⁴⁸ A manera de ejemplo, ver como referencia los casos en que la coerción constituyó violación del derecho a no autoincriminarse: TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993); TEDH, *J.B. c. Suiza* (3 mayo 2001); TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda* (21 diciembre 2000), entre otros. Ver en sentido contrario, los casos en que la coerción no violó el derecho a no autoincriminarse:

En los acápites que siguen se determinará cuándo los incentivos o las presiones policiales conducentes a la confesión del sospechoso o acusado llegan a alcanzar el grado de coerción; y, cuándo las pruebas resultantes del empleo de coerción afectan la justicia del proceso. En el desarrollo jurisprudencial del Tribunal es posible observar dos parámetros distintos para definir cuándo la amenaza de sanción para lograr la confesión constituye un método coercitivo que viola el derecho a no autoincriminarse. Según el primer parámetro, el Tribunal examina: (a) que existan ‘cargos’ en sentido formal o material contra el sospechoso o acusado, esto es, que la autoridad que amenaza sea consciente de estar obligando a confesar a quién es culpable; y (b) que la amenaza sea grave, al punto que se elimine el contenido esencial del derecho. Este método mira más hacia el respeto de la esencia del derecho y a la represión disciplinaria de quien conscientemente recurre a él. Con el pasar de los años, el Tribunal ha venido desarrollando un segundo parámetro para responder la misma pregunta, esto es, cuándo la amenaza de sanciones viola el derecho a no autoincriminarse. Este segundo parámetro, a diferencia del primero, recurre a un mecanismo de ponderación, con factores irrelevantes, que nada tienen que ver con la existencia o no de la coerción, que debería ser el punto medular en la justificación o no del empleo de amenazas.

La principal crítica que cabe formular a este modo de proceder se refiere al segundo parámetro empleado, particularmente a los factores tomados en cuenta y a su incongruencia con el derecho al debido proceso. Específicamente ha de observarse que el segundo parámetro comienza a utilizarse incluso a pesar de que un parámetro alternativo y más cuidadoso de la vigencia efectiva de los derechos se había venido aplicando con anterioridad.

El Tribunal a lo largo de una jurisprudencia sostenida durante más de diez años empleó el primer parámetro, que pretendía desentrañar la existencia o no de coerción. Aproximadamente en el año 2006, a raíz de la decisión del caso *Jalloh*

TEDH, *Weh c. Austria* (8 abril 2004); TEDH, *Serves c. Francia* (20 octubre 1997); TEDH, *Luckhof and Spanner c. Austria* (10 enero 2008), entre otros.

c. Alemania y, más concretamente con la decisión del caso *O'Halloran and Francis c. Reino Unido*, se inicia una línea jurisprudencial que superaba el análisis de la existencia o no de coerción; instaurando en su lugar, un sistema de factores que una vez ponderados permiten al Tribunal decidir qué pesa más si la protección del derecho o su limitación.

En el caso concreto del derecho al silencio y a no autoincriminarse, cabe identificar dos decisiones que marcan el paso de un método de resolución a otro. El caso *Weh c. Austria* es posiblemente una de las últimas decisiones del Tribunal en el que se distinguió entre prohibición de obtención y prohibición de utilización con sus reglas y excepciones. Mientras que el caso *O'Halloran and Francis c. Reino Unido* abre el paso al método de factores dejando detrás las reglas elaboradas a partir de la distinción entre obtención y utilización.

3.1.1. Primer parámetro para determinar el primer umbral: la esencia del derecho y la imposición de un régimen disciplinario contra la autoridad

3.1.1.1. Existencia de cargos contra el sospechoso o acusado: conciencia por parte de la autoridad que amenaza de estar obligando a confesar a quien es culpable

Como se verá, para el Tribunal es importante la existencia de ‘cargos’ en el momento en que las autoridades estatales le requieren al sospechoso o acusado que conteste al interrogatorio o provea información. La existencia de ‘cargos’ es importante porque coloca a la autoridad requiriente en una situación de conciencia de que la persona que ha de proveer la información requerida puede llegar a autoincriminarse.

En el caso *Weh c. Austria* la cuestión era si la amenaza de sanción en caso de no proporcionar el nombre de la persona que conducía el vehículo, constituía una

medida coercitiva para obligar a Weh a declarar en su contra⁴⁹. Para comprender mejor el caso, es preciso referir algunos datos: el automóvil de Weh había sido detectado circulando en exceso de velocidad; a Weh se le notificó una orden de revelar la identidad de la persona que conducía el vehículo, bajo la amenaza de no hacerlo se le sancionaría con una multa; y al negarse Weh a revelar el nombre de la persona que conducía el vehículo, se le impuso dicha multa. A efectos de analizar si aquella amenaza de sanción constituía un medio coercitivo que podía dar lugar a que Weh se autoincriminase, el Tribunal entró a analizar si en el momento de la notificación existían cargos en su contra. De los hechos el Tribunal dedujo que no existían cargos ni formal ni materialmente en contra de Weh; principalmente tomó en cuenta que el procedimiento se seguía contra infractores desconocidos [*unknown offenders*] y no contra Weh⁵⁰. El Tribunal concluyó entonces que el medio empleado esto es, la amenaza de sanción en el caso particular de *Weh* no constituyó medio coercitivo para obtener su testimonio⁵¹.

Es preciso recalcar que la amenaza de sanción *para obtener* un testimonio no es un medio en sí mismo prohibido, ni permitido, sino que más bien se puede tornar ilícito en virtud de las circunstancias. Así, por ejemplo, a diferencia de lo que acabamos de ver del caso *Weh c. Austria*, el Tribunal consideró en *Funke c. Francia*⁵², en *J.B. c. Suiza*⁵³ y en *Heaney and McGuinness c. Irlanda*⁵⁴, que la amenaza de sanción sí constituyó un medio ilícito. Lo importante para el Tribunal fue determinar, por un lado la existencia de cargos contra el acusado y, por otro lado la gravedad de la sanción objeto de la amenaza.

De lo dicho se concluye que el primer punto neurálgico para el Tribunal era ante todo, identificar cuándo existían cargos contra una persona. ‘Cargos’ pueden existir en sentido formal, esto es cuando la persona ha sido notificada con los

⁴⁹ TEDH, *Weh c. Austria* (8 abril 2004), §§32, 50.

⁵⁰ *Id.*, §§52-54. En este caso el Tribunal parece admitir que la inexistencia de sospechas contra Weh conllevó a una ausencia de violación del derecho a no autoincriminarse.

⁵¹ *Id.*, §§56-57.

⁵² TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993), §44.

⁵³ TEDH, *J.B. c. Suiza* (3 mayo 2001), §§63-71.

⁵⁴ TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda* (21 diciembre 2000), §§49, 55, 59.

cargos que pesan sobre ella, cuando se ha abierto una investigación criminal contra ella o cuando ha sido arrestada, y también puede haber cargos en sentido material, esto es *cuando la situación del sospechoso ha cambiado sustancialmente*⁵⁵. El Tribunal ha definido que la situación del sospechoso cambia sustancialmente cuando para las autoridades estatales, el sospechoso ha pasado a ser el responsable del delito.

Un ejemplo permitirá aclarar lo anterior. En el caso *Serves c. Francia* se consideró que a pesar de haberse declarado la nulidad de la investigación preliminar contra Serves, y de que Serves había sido llamado como testigo a prestar su testimonio, el informe policial con base en el cual se había iniciado la nueva investigación contra una persona distinta de él, contenía información incriminatoria contra Serves⁵⁶. Esto afectaba sustancialmente la situación de Serves, pues para las autoridades él no era tan sólo un testigo aun cuando había sido llamado como tal, sino que era uno de los responsables del delito. En el caso *Funke c. Francia*, el Tribunal sostuvo que cuando las autoridades aduaneras requirieron a Funke para que presentase cierta información bajo amenaza de sanción, ya tenían sospechas específicas de que Funke estaba evadiendo el pago de impuestos⁵⁷; lo cual ya evidenciaba un estado de conciencia de las autoridades aduaneras francesas respecto de la responsabilidad de Funke en el momento de requerírsele la información. En *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, la detención inmediata y subsiguiente interrogatorio de Heaney y McGuinness se basó en serias sospechas de que ambos estaban involucrados en el ataque terrorista contra la Policía Real del condado de Derry⁵⁸; dicho de otro modo, la policía irlandesa cuando ejerció presión sobre Heaney and McGuinness para que confesaran, tenía conciencia de que eran responsables. En todos estos casos, a pesar de no haber habido ‘cargos’ en sentido formal, sino sólo una investigación policial en curso, el

⁵⁵ TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §42.

⁵⁶ TEDH, *Serves c. Francia* (20 octubre 1997), §42.

⁵⁷ TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993), §41. En el caso TEDH, *Weh c. Austria* (8 abril 2004), §52, el Tribunal mencionó que este caso se diferenciaba del caso *Funke* pues en este último las autoridades aduaneras tenían sospechas específicas contra Funke.

⁵⁸ TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda* (21 diciembre 2000), §§42, 43, 45; TEDH, *Weh c. Austria* (8 abril 2004), §52.

Tribunal consideró que la situación del sospechoso había cambiado sustancialmente, principalmente debido al convencimiento que las autoridades estatales tenían respecto de la responsabilidad penal de los demandantes. Aunque el Tribunal no lo menciona expresamente parece claro que la existencia de ‘cargos’ en sentido formal o material pone de relieve que la autoridad estatal era consciente de la responsabilidad de la persona a quien se amenazaba; de modo que ejercer coerción sobre ella, equivale a inducirla deliberadamente a autoincriminarse; también quiere decir que está obligando a confesar a quien tiene más presunciones de ser culpable que inocente, con lo cual se estaría reduciendo el riesgo de inducir a confesar al inocente.

De todo lo anterior podemos por ahora concluir que el Tribunal ha condenado la amenaza de sanción, cuando se ha podido entrever que las autoridades estatales estaban recurriendo a ella para obligar al sospechoso a autoincriminarse, de modo que la conciencia policial de que los documentos requeridos o la pregunta formulada al demandante contribuirá a establecer cargos formales contra él, constituye no una justificación del Estado sino más bien una clara revelación de que se actuó deliberadamente para lograr la autoincriminación⁵⁹.

3.1.1.2. Gravedad de la amenaza

Incluso una vez establecida la existencia de cargos en sentido formal o material contra el acusado o sospechoso, el Tribunal no ha dejado de evaluar la gravedad de la coerción ejercida en el momento de la obtención de la confesión autoincriminatoria. A pesar del deliberado requerimiento de información autoincriminatoria, el derecho al silencio y a no autoincriminarse no se violaba a juicio del Tribunal si la coerción ejercida no es lo suficientemente grave. En *Serves c. Francia*, el Tribunal consideró que la obligación de decir la verdad no

⁵⁹ Véase por ejemplo que en el caso TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993), §44 y en TEDH, *J.B. c. Suiza* (3 mayo 2001), §69, los Estados propusieron como defensa que al momento de requerírsele la información a los demandantes ya existían cargos contra ellos y su responsabilidad penal estaba establecida. Estas defensas fueron rechazadas por el Tribunal.

llega a alcanzar un nivel de coerción tal que coloque al testigo en una posición de no tener otra opción que dar testimonio, sino que más bien constituía una medida que ayudaba a controlar que se diría la verdad⁶⁰. En *Funke*, se consideró que la continuidad de la sanción convertía la violación en grave⁶¹. En *Heaney and McGuinness*, la imposición de prisión fue considerada una sanción grave⁶².

La gravedad de la violación se ha ido definiendo como un elemento importante para determinar cuándo los medios empleados para la obtención de pruebas ‘potencialmente’ autoincriminatorias se encuentran prohibidos. A primera vista, parecería que cuando el Tribunal observa la gravedad de la violación, estaría resolviendo el reclamo empleando un sistema de factores, en donde la gravedad de la violación es una consideración más que ha de tenerse en cuenta para evaluar la violación del debido proceso. Sin embargo, si se analizan las cosas con más atención parece que la gravedad constituye un elemento que define la coerción y no necesariamente un factor a ponderar. Así vemos que por ejemplo sólo cuando la amenaza es grave, se coloca a la persona en un verdadero dilema, entre si confiesa o sufre las consecuencias de la sanción.

Además de la existencia de cargos y la gravedad de la violación, el Tribunal en el caso *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, tomó también en cuenta que la legislación irlandesa no garantizaba la exclusión de las pruebas obtenidas violando el derecho al silencio o a no autoincriminarse⁶³. La discrecionalidad del juez nacional para excluir tales pruebas⁶⁴, no acabó por satisfacer al Tribunal de que la prueba obtenida con violación del citado derecho no sería ulteriormente usada en juicio. Ello le llevó a rechazar que la potencial exclusión de la prueba bastaba para restablecer la violación del derecho a no autoincriminarse.

⁶⁰ TEDH, *Serves c. Francia* (20 octubre 1997), §47.

⁶¹ TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993), §44; TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda* (21 diciembre 2000), §49.

⁶² TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda* (21 diciembre 2000), §§49, 55.

⁶³ *Id.*, §53.

⁶⁴ *Id.*, §§53, 54.

3.1.2. Segundo parámetro para determinar el primer umbral: la amenaza de sanción y el derecho a no autoincriminarse en un sistema de ponderaciones

El caso *O'Halloran and Francis c. Reino Unido* concierne a dos demandantes que habían sido amenazados con imponerles una sanción criminal si no revelaban el nombre de la persona que había estado conduciendo sus vehículos cuando se cometieron las infracciones de tránsito captadas por una cámara. Como consecuencia de la amenaza, O'Halloran reveló que él había sido la persona que manejaba el vehículo, mientras que Francis se negó a dar información alguna. A O'Halloran se le condenó con base en su confesión, por circular con exceso de velocidad, mientras que a Francis se le sancionó por negarse a informar. En un principio, el Tribunal reconoció que la situación de ambos demandantes era distinta, pues la de O'Halloran se refería a la utilización de pruebas autoincriminatorias y la de Francis concernía el empleo de medios coercitivos para obtener pruebas 'potencialmente' incriminatorias. Sin embargo, al analizar la violación, el Tribunal unificó las dos reclamaciones bajo una sola pregunta: la amenaza de sanción viola el derecho a no autoincriminarse⁶⁵. Para determinar esto, el Tribunal tuvo en cuenta tres consideraciones: (a) la naturaleza de la coerción; (b) la existencia de garantías ['safeguards']; y, (c) el uso que se dio al material así obtenido⁶⁶.

En cuanto a la naturaleza de la coerción, el Tribunal admitió que la amenaza se trató de una sanción criminal, lo que habría hasta entonces bastado para catalogar la amenaza de grave⁶⁷; sin embargo aquí el Tribunal consideró que la gravedad de la coerción se debía contrapesar con el interés general en regular los vehículos motorizados; dicho régimen regulatorio les imponía a quienes tenían el

⁶⁵ TEDH, *O'Halloran and Francis c. Reino Unido* (29 junio 2007), §44.

⁶⁶ *Id.*, §55.

⁶⁷ Ver por ejemplo TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda* (21 diciembre 2000), §§49, 55 (la prisión como amenaza); TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993), §44 (la continuidad de la pena como amenaza).

permiso de conducir, la obligación de revelar la identidad de la persona que conduce su vehículo cuando sucede un accidente⁶⁸.

En cuanto a la existencia de las garantías, el Tribunal tuvo en cuenta que las siguientes garantías volvían menos grave la violación: (a) el hecho de que el dueño del vehículo podía desligarse de su responsabilidad si demostraba que no tenía forma de saber quién era el conductor de su vehículo; y, (b) el hecho de que era difícil que —a pesar de la amenaza de sanción— se efectuasen declaraciones no fiables⁶⁹. Finalmente, en cuanto al uso dado en el proceso a la admisión de culpa efectuada por O'Halloran, el Tribunal reconoció que ésta había sido usada en el proceso para probar la responsabilidad de O'Halloran, pues él había revelado ser el infractor; sin embargo, y con el afán de restarle importancia a la confesión autoincriminatoria, concluyó sorprendentemente que la identidad del conductor — en palabras del Tribunal— era sólo un elemento del delito de exceso de velocidad⁷⁰. De modo que esto justificaba su falta de relevancia para la condena de O'Halloran.

El empleo de las garantías se contrapone a lo dicho anteriormente por el Tribunal en el caso *Heaney and McGuinness*, respecto a que la existencia de otras garantías no convalidaban la violación del derecho a no autoincriminarse.

Se puede ver el empleo del mismo sistema de categorías antes referido, en el caso *Luckhof and Spanner c. Austria*. Luckhof y Spanner habían sido sancionados por negarse a responder el requerimiento efectuado por la policía de proveer el nombre del conductor que manejaba los vehículos de su propiedad cuando se cometieron las infracciones de tránsito. El Tribunal tomó en cuenta las mismas consideraciones y llegó a las mismas conclusiones referidas en el caso

⁶⁸ TEDH, *O'Halloran and Francis c. Reino Unido* (29 junio 2007), §57. Las palabras exactas del Tribunal fueron las siguientes: "(...) Those who choose to keep and drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom, these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion."

⁶⁹ *Id.*, §59.

⁷⁰ *Id.*, §60.

*O'Halloran and Francis c. Reino Unido*⁷¹. Así, con respecto a la naturaleza de la coerción, el Tribunal consideró que aun cuando los demandantes habían sido objeto de coerción directa, ésta no había sido grave y además se encontraba justificada en virtud de la necesidad de regular los vehículos motorizados. En cuanto a la existencia de garantías, el Tribunal observó que si bien los demandantes estaban obligados a proveer la información sobre quién conducía el vehículo, podían luego eximirse de responsabilidad si probaban que el conductor del vehículo no tenía su consentimiento. Finalmente, el uso que se le dio al material no fue analizado pues los demandantes nunca proveyeron la información requerida.

3.1.3. Segundo Umbral: violación del debido proceso por el uso de pruebas obtenidas con violación al derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio, a causa de la amenaza de imponerse sanciones

Aquí procederemos a analizar los casos en los que el Tribunal, una vez establecido que la prueba fue obtenida en violación del derecho a no autoincriminarse, ésta es usada como prueba en el proceso penal. Particularmente nos centraremos en los criterios empleados por el Tribunal para definir cuándo el debido proceso queda afectado por el uso de pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse.

Como veremos, existe diversidad de criterio en el mismo Tribunal respecto de cuándo una prueba obtenida en violación del derecho a no autoincriminarse, puede ser usada o no en el proceso penal sin violar su equidad. En este sentido, conviene dividir los casos en dos grupos. En primer lugar, aquellos en los que la presencia de garantías no subsana la violación del debido proceso y en segundo lugar, aquellos en los que sí.

⁷¹ TEDH, *Luckhof and Spanner c. Austria* (10 enero 2008), §§52-59.

3.1.3.1. La presencia de garantías no subsana la violación al debido proceso ocasionada por el uso de pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse

En el caso *Saunders c. Reino Unido* se discutía si las declaraciones efectuadas por Saunders, cumpliendo una obligación legal de responder al interrogatorio, constituían violación del derecho a no autoincriminarse y si su uso violaba la equidad del proceso. En el transcurso de una investigación penal nacional iniciada contra Saunders, él había sido obligado a contestar un interrogatorio bajo amenaza de sanción. Las respuestas dadas por él habían sido posteriormente utilizadas en el juicio penal seguido contra él.

Por un lado, el Tribunal estableció que la obligación legal que tenía Saunders de responder al interrogatorio constituyó un mecanismo coercitivo⁷². Aunque la información proporcionada por Saunders no era en sí misma autoincriminatoria, sino que más bien podía ser usada como defensa por él, de modo que el Tribunal consideró que la información autoincriminatoria no debía ser definida por su contenido, sino por el uso que se le dé posteriormente⁷³. En el caso *Saunders*, sus

⁷² TEDH, *Saunders c. Reino Unido* (17 diciembre 1996), §70. En contraposición véase en los casos siguientes que el Tribunal consideró que la amenaza de sanción no constituyó un medio coercitivo: TEDH, *Weh c. Austria* (8 abril 2004), §§50-57; TEDH, *O'Halloran and Francis c. Reino Unido* (29 junio 2007), §55 (obsérvese particularmente la situación de O'Halloran). En otros casos en cambio, el Tribunal consideró que las sanciones impuestas por la negativa de proveer información a las autoridades investigativas constituyó violación del derecho a no autoincriminarse, aún cuando el sospechoso no haya llegado a declarar contra sí mismo. La declaración de la violación se debió entre otras cosas a que existía un proceso o una investigación pendiente en contra de los demandantes. TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993), §§41, 44; TEDH, *J.B. c. Suiza* (3 mayo 2001), §§63 y ss.; TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda* (21 diciembre 2000), §§53, 54, 55, 59. En el caso *Funke c. Francia*, el demandante había sido requerido por las autoridades francesas a presentar sus estados de cuenta bancarios del extranjero que serían luego utilizados por las autoridades aduaneras para comprobar la evasión de impuestos. Ante la negativa de Funke de presentar los estados financieros, se le impusieron multas sucesivas. El Tribunal consideró que aquello violaba el derecho contra la autoincriminación. En *J.B. c. Suiza*, existía nacionalmente un proceso contra J.B. por evasión de impuestos. Las autoridades nacionales habían requerido a J.B. que presente cierta información financiera, al no hacerlo se le impusieron sanciones. Esto constituyó para el Tribunal violación del derecho contra la autoincriminación. Heaney y McGuinness fueron sancionados con prisión de 6 meses por no haber respondido al interrogatorio policial respecto de qué hacían a pocas millas del atentado contra el puesto de control de la Policía Real del condado de Derry.

⁷³ TEDH, *Saunders c. Reino Unido* (17 diciembre 1996), §§71, 72; TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §54.

respuestas habían sido usadas por el fiscal para comprobar su deshonestidad, lo que la convertía en ‘autoincriminatoria’. Es importante tomar en cuenta que las respuestas dadas por Saunders al interrogatorio no constituyeron ni prueba única, ni la prueba central para su condena.

Tras haber definido qué era autoincriminatorio, el Tribunal consideró que el derecho a no autoincriminarse se aplicaba en favor de todos los criminales. Por tanto no debía hacerse distinción alguna a partir de la gravedad del delito cometido, o del interés público de perseguir a los culpables. De modo que el interés público no podía ser un justificante para que se utilizasen en juicio pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse⁷⁴. Con el fin de reafirmar la prohibición de utilizar pruebas autoincriminatorias logradas bajo amenaza de sanción, el Tribunal rechazó incluso que la presencia de ciertas garantías pudiese convalidar la justicia del proceso, pues en palabras del Tribunal *no impidieron que se cometiera la violación del derecho a no autoincriminarse*⁷⁵. Así por ejemplo, la independencia del inspector que hizo el interrogatorio, el hecho de que el demandante hubiese estado representado por un abogado durante el interrogatorio, el poder del juez penal de excluir aquellas pruebas que considerase poco fiables o imprecisas [*unreliable or inaccurate*], no constituyeron garantías suficientes para justificar el uso que se dio a las pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse. Garantías, que como veremos más adelante, sí fueron usadas luego para justificar el uso de pruebas violatorias de dicho derecho.

En definitiva en este caso el Tribunal concluyó que la utilización en un proceso penal de afirmaciones autoincriminatorias obtenidas en la etapa investigativa bajo amenaza de sanción violaba el art. 6 de la Convención.

⁷⁴ TEDH, *Saunders c. Reino Unido* (17 diciembre 1996), §74.

⁷⁵ *Id.*, §§63, 75. El Tribunal rechazó que la existencia de otras garantías en el proceso hayan podido restaurar la justicia del proceso, esto es la independencia de los órganos de investigación, la asistencia de abogado con la que contó el interrogado, la facultad de los jueces de excluir las pruebas poco fiables y aquellas obtenidas mediante medios opresivos.

3.1.3.2. La presencia de garantías subsana la violación al debido proceso ocasionada por el uso de pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse

En el caso *Aleksandr Zaichenko c. Rusia*, se discutía si su declaración autoincriminatoria, efectuada cuando la policía practicó un registro al azar de su vehículo y le preguntó sobre la proveniencia del combustible, violaba el derecho a no autoincriminarse y si su uso en el proceso lo hacía inequitativo.

Con respecto a lo primero, esto es, si se había violado el derecho a no autoincriminarse, el Tribunal consideró que la advertencia del derecho a no autoincriminarse debía ser hecha al interrogado antes de que se autoincriminase para poder considerar que la autoincriminación fue voluntaria. Como no había sucedido así, el Tribunal consideró que las admisiones violaban el derecho de no autoincriminarse⁷⁶.

En cuanto a lo segundo, esto es, si el proceso fue equitativo a pesar de que se usaron pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse, el Tribunal tuvo en consideración lo siguiente: (a) la oportunidad del acusado de oponerse a la admisión de la prueba en el proceso⁷⁷; (b) si la prueba admitida tuvo influencia alguna sobre la condena⁷⁸; y (c) si las circunstancias bajo las cuales la prueba había sido obtenida, ponían en duda la fiabilidad y la precisión de la prueba [*reliability and accuracy*]⁷⁹.

El Tribunal consideró que estas tres consideraciones no se habían cumplido de forma apropiada, de modo que la inexistencia de garantías había impedido que

⁷⁶ TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §§52-56.

⁷⁷ *Id.*, §§57, 58, 59 (la presencia del abogado en el juicio y el ejercicio del derecho a oponerse a la inclusión de la prueba en el proceso no pudo remediar la injusticia causada en la etapa preprocesal en donde ocurrió la violación del derecho a no autoincriminarse. Adicionalmente, el juez nacional no dio suficientes razones para rechazar la oposición y además declaró inadmisibles todas las pruebas de descargo presentadas por el acusado).

⁷⁸ *Id.*, §58 (la condena se fundamentó en el testimonio autoincriminatorio del acusado. A pesar de que habían otras pruebas, éstas no hicieron más que confirmar que se hizo una inspección al automóvil y que se realizó el secuestro del combustible).

⁷⁹ *Id.*, §57.

la equidad del proceso se restaurase. Esto denota que a diferencia del caso *Saunders*, la ineficacia de las garantías fue lo que condujo a la violación del debido proceso y no la mera utilización de las pruebas autoincriminatorias como ocurrió en *Saunders*.

En el caso *Gäfgen c. Alemania*, el Tribunal analizó la equidad del proceso, habiendo, por un lado, una confesión autoincriminatoria y, por otro, una prueba material derivada de una confesión obtenida en violación del art. 3. Gäfgen había sido condenado por haber matado a un niño con base en una segunda confesión efectuada sin ningún tipo de coerción y a las pruebas materiales obtenidas de una primera confesión en la que se le habían aplicado tratos inhumanos y/o degradantes.

En el proceso penal seguido contra Gäfgen existía: (a) una confesión obtenida bajo amenaza de torturas, que había sido excluida del proceso; (b) pruebas materiales como el cadáver del niño, los resultados de la autopsia, entre otras, obtenidas en virtud de la información proporcionada por Gäfgen cuando se lo sometió a la amenaza de ser torturado, la cuales habían sido admitidas en el proceso; y, (c) una segunda confesión efectuada voluntariamente por Gäfgen, impulsado por su remordimiento, que constituía la prueba central. El Tribunal tenía que definir si la equidad del proceso se había violado en virtud de la utilización en juicio de las pruebas materiales y la segunda confesión autoincriminatoria.

Para determinar si la segunda confesión hecha por Gäfgen violaba la equidad del proceso, el Tribunal tuvo en consideración los siguientes factores: (a) presencia del abogado y advertencia previa al acusado de su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse⁸⁰; (b) veracidad del testimonio⁸¹; (c) esencialidad de la prueba para la condena⁸². Teniendo en cuenta que esta segunda confesión se había llevado a cabo con observancia de todas las garantías para asegurar su

⁸⁰ TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §182.

⁸¹ *Id.*, §183.

⁸² *Id.*, §§179, 184.

veracidad, entre ellas, la presencia del abogado, la advertencia de que se contaba con el derecho a guardar silencio y exclusión previa de la confesión obtenida en violación del art.3, se declaró que la confesión era válida y que su admisión no afectaba la equidad del proceso⁸³.

En cuanto a la admisión de la prueba material derivada de la confesión autoincriminatoria obtenida en violación del art. 3, el Tribunal evaluó: (a) que la prueba material sólo sirvió para comprobar la veracidad, pero no para probar la responsabilidad de Gäfgen, dado que esto último había sido probado a través de la segunda confesión⁸⁴; (b) que la prueba material no constituía ‘prueba contaminada’ por la primera confesión, pues no había conexión causal entre lo que intentaba probarse con la prueba material y la condena del acusado⁸⁵; (c) que el acusado había tenido oportunidad de oponerse a la admisión de la prueba material y que además el juzgador tenía discreción para excluir dicha prueba⁸⁶. En virtud de todo lo anterior, el Tribunal consideró que no hubo violación del debido proceso.

En los casos siguientes, notaremos un cambio considerable respecto al uso de la prueba autoincriminatoria en el proceso. Como veremos, dicho uso fue un factor para determinar la violación del derecho a no autoincriminarse, y no para determinar la violación del debido proceso, a diferencia de lo establecido en el caso *Saunders, Aleksandr Zaichenko* y *Gäfgen* antes referidos.

En el caso *Jalloh c. Alemania* se discutía si el uso de eméticos para extraer la droga ingerida por Jalloh, constituía un método prohibido que violaba el art. 3, además de su derecho a no autoincriminarse. Antes de determinar la violación del derecho a no autoincriminarse, el Tribunal ya había establecido que el uso dado a la prueba extraída del cuerpo de Jalloh usando eméticos y su condena penal,

⁸³ *Id.*, §187.

⁸⁴ *Id.*, §179.

⁸⁵ *Id.*, §180.

⁸⁶ *Id.*, §185.

violaban el debido proceso⁸⁷. Sin embargo, de forma innecesaria en nuestra opinión, el Tribunal se preguntó si el uso como prueba en el proceso de aquello de lo que violaba la equidad del mismo afectaba también el derecho a no autoincriminarse⁸⁸. La pregunta no sólo es innecesaria porque ya se había establecido la violación del debido proceso, sino que es también confusa pues, parece que el Tribunal se preguntara si en un proceso ya declarado injusto, existían además otras violaciones a derechos procesales.

En *Jalloh*, debido a la confusión del planteamiento de la pregunta, el uso dado a la prueba se subsume como una categoría del derecho a no autoincriminarse, cuando debería ser al revés. Así, los criterios usados por el Tribunal para definir cuándo se extingue el derecho a no autoincriminarse en virtud del uso de pruebas violatorias de la equidad del proceso, son los siguientes: (a) naturaleza de la coerción⁸⁹; (b) interés público en sancionar determinado delito⁹⁰; (c) existencia de garantías procesales adicionales⁹¹; y, (d) el uso dado al material dentro del proceso penal⁹².

El Tribunal estableció que la gravedad de la coerción, el escaso interés público en sancionar la conducta de Jalloh, la falta de comprensión de Jalloh del idioma inglés y de lo que iba a ocurrir, así como lo decisiva que fue esta prueba para fundamentar la condena de Jalloh, constituyeron violación del derecho a no autoincriminarse. Aquí volvemos a ver que la presencia de circunstancias perjudiciales para el acusado, no logran convalidar la violación del derecho a no autoincriminarse.

En el caso *Allan c. Reino Unido*, el Tribunal tomó también en cuenta que el uso dado a una confesión, constituía un factor para determinar la violación del

⁸⁷ TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §108.

⁸⁸ *Id.*, §§109, 122, 123.

⁸⁹ *Id.*, §§101, 117, 118 (el empleo de tratos inhumanos o degradantes equivale a un empleo de coerción grave).

⁹⁰ *Id.*, §§101, 117, 119 (vendedor callejero, por el poco impacto que tiene, no hay un interés de sancionar dicho delito).

⁹¹ *Id.*, §§101, 117, 120 (existencia de protecciones para evitar arbitrariedad, sin embargo como no hablaba bien inglés, no se lo pudo someter a un examen completo de su aptitud física).

⁹² *Id.*, §§101, 117, 121 (la prueba fue decisiva para la condena).

derecho a no autoincriminarse. La pregunta que se hizo el Tribunal era si el procedimiento extinguió la esencia del derecho a no autoincriminarse⁹³, a lo que respondió afirmativamente. Sin embargo, en las consideraciones que tomó en cuenta el Tribunal se advierte una confusión entre ‘determinación de la violación del derecho a no autoincriminarse’ y ‘violación del debido proceso’. Así, el Tribunal tomó en cuenta lo siguiente para determinar la violación del derecho a no autoincriminarse: (a) la naturaleza de la coerción⁹⁴; (b) la existencia de garantías procesales adicionales⁹⁵; (c) el uso que se le ha dado al material⁹⁶.

Allan había sido condenado nacionalmente por el delito de asesinato, a partir de una confesión realizada a su compañero de celda, quien había resultado ser un policía encubierto. El Tribunal consideró que la presión psicológica ejercida sobre Allan, la ausencia de garantías así como la importancia de su confesión para fundamentar su condena, constituían argumentos suficientes para considerar que el debido proceso se había violado.

El Tribunal confundió otra vez la violación del derecho a no autoincriminarse y la prohibición de usar las pruebas en juicio, que debería tener un examen separado, aunque terminó con la conclusión acertada, esto es, respondiendo a la pregunta inicial acerca de cuando una prueba obtenida en violación del derecho a no autoincriminarse, viola también el debido proceso. Así concluyó que el debido proceso se había violado al haberse admitido como prueba la obtenida usando al informante⁹⁷, esto es, en violación del derecho a no autoincriminarse.

⁹³ TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002), §44.

⁹⁴ *Id.*, §§44, 52 (existencia de presión psicológica).

⁹⁵ *Id.*, §§44, 52 (la ausencia del abogado y de la advertencia de TEDH, que cuenta con derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse).

⁹⁶ *Id.*, §§44, 45 (la prueba constituyó la principal prueba en el proceso).

⁹⁷ *Id.*, §2 de la parte resolutive.

3.2. Violación del derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio en virtud del empleo de agentes encubiertos y de métodos de grabación encubierta

La utilización de agentes encubiertos y el empleo en general de métodos de grabación encubierta constituyen mecanismos de investigación considerados lícitos por el Tribunal. Sin embargo, el derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse pueden verse violados cuando no se respeta la voluntad del acusado de permanecer en silencio⁹⁸; o, cuando el sospechoso es inducido a autoincriminarse⁹⁹. La clave está en determinar cuándo la esencia del derecho se ha violado.

3.2.1. Cuando se irrespeta la voluntad del acusado de permanecer en silencio

3.2.1.1. Primer Umbral

El caso *Allan c. Reino Unido* ilustra las circunstancias bajo las cuales el uso de mecanismos de grabación encubierta y de agentes encubiertos ocasionan la violación del derecho a no autoincriminarse y la violación del debido proceso.

Allan había sido arrestado bajo sospechas de haber cometido el delito de asesinato. Una vez detenido, había expresado su voluntad de permanecer en silencio y no confesar. Frente a ello, las autoridades policiales colocaron un agente encubierto y aparatos de grabación ocultos en la celda de Allan, quien confesó —aunque no de forma muy clara— a su compañero de celda que él había cometido el delito del que se le acusaba. Dicha confesión fue utilizada dentro del juicio seguido contra él y con base en ella fue condenado. Para determinar la violación del derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio, el

⁹⁸ *Id.*, §50.

⁹⁹ TEDH, *Khudobin c. Rusia* (26 octubre 2006), §128.

Tribunal tuvo en cuenta lo siguiente: (a) la calidad que ostentaba el agente encubierto, es decir, si era o no agente estatal; y, (b) la voluntariedad de la confesión hecha por Allan¹⁰⁰.

Respecto de lo primero, el Tribunal sostuvo que para que haya violación del derecho a no autoincriminarse es necesario que el informante o agente encubierto sea un agente estatal, esto es, que trabaje para las autoridades que lideran la investigación. En el caso, este requisito se cumplía claramente. En lo que respecta al segundo criterio, esto es, la voluntariedad de la confesión, el Tribunal tuvo en cuenta varios factores: el interrogatorio persistente del que fue objeto Allan, que la conversación había sido canalizada por el agente encubierto a efectos de inducirle a hablar sobre el delito que había cometido, y que Allan había sido objeto de presión psicológica, principalmente debido a que se encontraba en prisión. Todo esto, condujo al Tribunal a declarar que se había violado el derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio¹⁰¹.

En el caso *Bykov c. Rusia*, por el contrario, el Tribunal declaró que el derecho a no autoincriminarse no se había violado. Bykov había sido condenado por el delito de asesinato en grado de tentativa y una de las pruebas que sustentaba su condena eran unas grabaciones obtenidas de forma encubierta por quien había sido contratado por Bykov para cometer el delito. Siguiendo los mismos criterios desarrollados en el caso *Allan*, el Tribunal pasó a analizar la calidad del agente informante y la voluntariedad de las admisiones efectuadas por Bykov. Con respecto al primer criterio, el Tribunal sostuvo que aun cuando el informante no era un agente estatal, los instrumentos de grabación utilizados por él habían sido proveídos por la policía, lo cual lo convertía en un instrumento de la policía. Con respecto a la confesión de Bykov, el Tribunal sostuvo que ésta había sido hecha de forma voluntaria, para lo cual tuvo en cuenta principalmente lo siguiente: (a) la naturaleza de la relación entre Bykov y el informante; y, (b) la libertad de Bykov

¹⁰⁰ TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002), §51.

¹⁰¹ *Id.*, §52.

de recibir o no al informante y de callar o hablar¹⁰². Respecto a la naturaleza de la relación, el Tribunal sostuvo que mientras más cercana es la relación entre los interlocutores, se debe presumir que hay un menor riesgo de que el sospechoso se haya visto obligado a confesar. Esto juega también un papel en sentido inverso, pues en una relación jerárquica existirán más probabilidades de que el agente encubierto haya ejercido coerción moral para obtener la declaración del sospechoso. En cuanto al segundo aspecto, el Tribunal sostuvo que la voluntariedad de las admisiones efectuadas por Bykov se deducía del hecho de que hubiese gozado de libertad para decidir si recibía o no a su interlocutor encubierto y si hablaba sobre determinado tema con él.

En el caso *P.G. and J.H. c. Reino Unido* se discutía, entre otras cosas, si las grabaciones encubiertas efectuadas por la policía en el lugar de la detención constituían violación del derecho a no autoincriminarse. El propósito de colocar mecanismos de grabación encubierta era obtener una muestra de la voz del demandante, y con ello demostrar que ella coincidía con la que aparecía en otras grabaciones que la policía tenía en su poder. El Tribunal sin embargo, apreció que el derecho a no autoincriminarse no se había violado. Este caso se asemeja más a *Allan*, que a *Bykov*, pues las grabaciones fueron obtenidas en contra de la voluntad de P.G. y J.H. que se habían negado previamente a que se obtuviese una muestra de voz y sin embargo, se había colocado cerca de su celda un aparato de grabación encubierta¹⁰³. A pesar de esta similitud, el Tribunal aplicó el principio que había establecido en decisiones anteriores, esto es, que todo aquello que existía independientemente de la voluntad del acusado, no era objeto de protección del derecho a no autoincriminarse¹⁰⁴; de modo que, según el Tribunal, muestras de

¹⁰² TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §102.

¹⁰³ TEDH, *P.G. and J.H. c. Reino Unido* (25 septiembre 2001), §52.

¹⁰⁴ *Id.*, §80.

voz, de sangre, de orina y en general documentos¹⁰⁵ se hallan fuera de la voluntad del acusado y por lo tanto no se les aplica la protección del citado derecho.

3.2.1.2. Segundo Umbral

Respecto al segundo umbral, esto es cuándo el uso de métodos de grabación encubierta que violaron el derecho a no autoincriminarse, afectan también la justicia del proceso, el Tribunal se refirió a ello en el caso *Allan c. Reino Unido*. Sin embargo, no resulta claro qué fue lo que condujo al Tribunal a concluir que la justicia del proceso se había afectado, pues no se planteó esta cuestión, sino más bien si se había violado el derecho a no autoincriminarse. Sin embargo, concluyó sorprendentemente que el uso de las pruebas obtenidas en violación del derecho a no autoincriminarse afectaron la justicia del proceso¹⁰⁶. Ello no nos puede llevar a concluir no obstante que la violación del derecho a no autoincriminarse mediante el uso de mecanismos encubiertos produce automáticamente la violación del derecho a un debido proceso; pues como lo vimos anteriormente, para el caso de violaciones al derecho a no autoincriminarse como consecuencia de la amenaza de sanción, el Tribunal ha considerado una serie de factores que determinarían cuándo la justicia del proceso queda afectada.

3.2.2. Cuando del sospechoso no nace la iniciativa de autoincriminarse, ni de cometer un delito, sino que es inducido a hacerlo

La prueba obtenida por un agente provocador o inductor está prohibida y su empleo ocasiona la violación del derecho al debido proceso, aun cuando dicha prueba no haya sido ni siquiera utilizada en el proceso de condena.

¹⁰⁵ Respecto a los documentos, hay una clara contradicción de lo aquí estipulado por el Tribunal con lo tratado en el caso TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993), §44 y en TEDH, *J.B. c. Suiza* (3 mayo 2001), §§63-71.

¹⁰⁶ TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002), §§44, 45, 52 y §2 de la parte resolutive.

La exclusión de la prueba obtenida a través del incitamiento policial es un imperativo¹⁰⁷. Ni el hecho de que al acusado se le haya otorgado la oportunidad de oponerse a la utilización de dicha prueba¹⁰⁸, ni el hecho de que la sentencia condenatoria se fundamente en otras pruebas, aunque sean pruebas independientes, convalidan la injusticia causada en el proceso¹⁰⁹. En cambio, las pruebas obtenidas a través del uso de agentes encubiertos no necesariamente violan el debido proceso como se acaba de exponer¹¹⁰. Procede entonces analizar la distinción entre agente encubierto y agente provocador o inductor.

El Tribunal ha definido el incitamiento policial como la transformación de un agente encubierto en un agente provocador. Ello ocurre cuando el actuar de este último no se limita únicamente a investigar, sino que ejerce influencia en el sujeto hasta incitarlo a cometer un delito, de tal forma que si no hubiera sido por aquella incitación, el delito no se hubiera cometido¹¹¹. El Tribunal ha indicado que para determinar cuándo existió incitación, la existencia de sospechas previas, es el elemento clave. Si hubo sospechas previas, el agente fue encubierto, y si no las hubo, se trata de un agente provocador. Para ello el Tribunal ha enunciado factores objetivos que miden la existencia de dichas sospechas:

- (a) existencia de una orden judicial;
- (b) que haya una investigación en curso;
- (c) que existan buenas razones para sospechar que la persona venía cometiendo determinado delito de forma continuada;
- (d) que la persona tenga antecedentes penales; y,
- (e) que se le descubra además en posesión adicional de drogas.

¹⁰⁷ TEDH, *Ramanauskas c. Lituania* (5 febrero 2008), §60.

¹⁰⁸ *Id.*, §§69, 72.

¹⁰⁹ *Id.*, §§72, 73.

¹¹⁰ Véase *supra* el análisis efectuado respecto a la violación del derecho a no autoincriminarse en virtud del empleo de métodos de grabación y de agentes encubiertos.

¹¹¹ TEDH, *Ramanauskas c. Lituania* (5 febrero 2008), §55; TEDH, *Vanyan c. Rusia* (15 diciembre 2005), §47.

(f) que la persona haya estado predispuesta a cometer el delito.

Cuando no ha sido posible justificar la presencia de los factores antes indicados, el Tribunal ha concluido que el agente encubierto ha sobrepasado el umbral del límite de su participación hasta convertirse en agente provocador. Una vez determinado que hubo agente provocador, no sólo la prueba así obtenida debe ser excluida del proceso, sino que además el proceso en su totalidad es nulo. En este sentido, el Tribunal se ha mostrado firme en afirmar que el interés público no puede por ningún motivo justificar el uso de pruebas obtenidas a través del incitamiento¹¹².

En el caso *Teixeira de Castro c. Portugal* el Tribunal tuvo en cuenta que el demandante no tenía antecedentes penales, que no se había abierto ninguna investigación preliminar en su contra y que no se había encontrado en su posesión más droga que aquella solicitada por el agente encubierto¹¹³. Todo ello le llevó a concluir al Tribunal que la policía no había tenido una actitud pasiva en cuanto a la investigación de la actividad criminal, sino que había ejercido influencia hasta incitar a la comisión del delito¹¹⁴.

Esto fue reiterado en el caso *Ramanauskas c. Lituania*¹¹⁵ donde el Tribunal tuvo también en cuenta que el demandante no tenía antecedentes penales. Además las reuniones que había tenido con la policía se llevaron a cabo por iniciativa de esta última, habiendo sido así mismo sometido a presión para que ejecutase los actos delictivos. Todo ello condujo al Tribunal a decidir que la participación de la policía excedió los límites de un agente encubierto¹¹⁶.

El caso *Vanyan c. Rusia* ratifica la doctrina anterior, en el sentido de que la ausencia de sospechas de que el demandante estaba pronto a cometer un delito,

¹¹² TEDH, *Teixeira de Castro c. Portugal* (9 junio 1998), §36; TEDH, *Ramanauskas c. Lituania* (5 febrero 2008), §54; TEDH, *Edwards and Lewis c. Reino Unido* (22 julio 2003), §49; TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §93.

¹¹³ TEDH, *Teixeira de Castro c. Portugal* (9 junio 1998), §§38-39.

¹¹⁴ *Id.*, §38.

¹¹⁵ TEDH, *Ramanauskas c. Lituania* (5 febrero 2008), §56.

¹¹⁶ *Id.*, §§67, 68.

unida a que no había nada que evidenciase que el mismo se había cometido sin la participación del agente condujo al Tribunal a sostener que el agente había incitado a la comisión del delito de tráfico de drogas¹¹⁷.

En conclusión, la prueba obtenida a través de agentes que incitan a cometer delitos no debe imperativamente ser usada en el proceso a juicio del propio Tribunal. Es más, en nuestra opinión ello tiene su claro fundamento en que si no hubiera sido por la incitación policial, el delito no se hubiera cometido y no existiría proceso alguno.

3.3. Violación del derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio en virtud de la realización de inferencias del silencio del acusado

En este punto no se advierte en la jurisprudencia del Tribunal una diferencia clara entre la violación del derecho al silencio y la violación del debido proceso. En ciertos casos parecería que el Tribunal se dirige a analizar si las inferencias violan la esencia del derecho al silencio y, en otros, si el uso de las inferencias afecta la justicia del proceso¹¹⁸. Adicionalmente, el uso de las inferencias aparece muy relacionado con el acceso a un abogado, principalmente porque el derecho al silencio tiende a ser violado cuando el acusado no tiene acceso a un abogado, de modo que al exponer esta cuestión habrá que ocuparse también del uso de confesiones obtenidas sin la presencia de un abogado.

En este punto el Tribunal parece siempre haber dictaminado sobre la justicia o no del proceso. De modo que la cuestión que debemos responder es cuándo el uso de pruebas obtenidas a través de inferencias del silencio afecta dicha equidad.

¹¹⁷ TEDH, *Vanyan c. Rusia* (15 diciembre 2005), §49.

¹¹⁸ Véase por ejemplo que en la decisión del caso *John Murray c. Reino Unido*, parecería que en un principio el Tribunal va a pronunciarse sobre la violación del derecho al silencio, pero más adelante parece anunciar que resolverá el caso viendo el proceso en su conjunto y por tanto la injusticia ocasionada sobre el mismo. *Cfr.* TEDH, *John Murray c. Reino Unido* (8 febrero 1996), §§46, 50.

Para ello el Tribunal generalmente ha tomado en consideración lo siguiente:
(a) la existencia de garantías adicionales que rodean la realización de inferencias;
y, (b) el uso dado a las pruebas obtenidas a través de inferencias.

3.3.1. La existencia de garantías adicionales que rodean la realización de inferencias

Las garantías consideradas por el Tribunal son:

- (a) que de las pruebas presentadas por el Fiscal, pueda deducirse la necesidad de que el acusado dé explicaciones sobre ciertos aspectos¹¹⁹;
- (b) advertencia que se efectuarán inferencias a partir de su silencio, de tal forma que el acusado haya entendido el riesgo que le ocasionará guardar el silencio¹²⁰; y,
- (c) que al advertírsele sobre la posibilidad de realizar inferencias en caso de que no se confiese, el acusado cuente con la presencia de un abogado, salvo que se renuncie válidamente a dicho derecho o que la ausencia del abogado no sea imputable a las autoridades.

Se viola el debido proceso cuando durante la privación de acceder a un abogado, el acusado hace afirmaciones incriminatorias que son usadas para su condena¹²¹. No se subsana esta violación ni con la asistencia de un abogado que reciba posteriormente el acusado durante el juicio, ni dándole la posibilidad al acusado de oponerse a la admisión de tales pruebas¹²².

Sin embargo, si las inferencias han sido hechas justo cuando se ha privado al acusado de su derecho a tener un abogado, éstas constituyen pruebas que no

¹¹⁹ *Id.*, §51.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ TEDH, *Salduz c. Turquía* (27 noviembre 2008), §55; TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §37.

¹²² TEDH, *Salduz c. Turquía* (27 noviembre 2008), §§58, 62; TEDH, *Panovits c. Chipre* (11 diciembre 2008), §§75-77.

pueden ser usadas en el proceso. En cambio no constituye violación el hecho de que tales inferencias hayan sido realizadas en ausencia del abogado, cuando su ausencia no es imputable a las autoridades estatales¹²³. En este último caso hay, sin embargo, un riesgo, pues la ausencia de abogado, aun cuando no imputable a las autoridades, puede ser aprovechada para presionar al acusado a que responda ciertas preguntas. Reducir el problema a si la ausencia del abogado es imputable o no a las autoridades, no basta para garantizar de forma efectiva el derecho al silencio.

El derecho a contar con un abogado es un derecho renunciabile. Sin embargo, para que la renuncia sea válida debe ser inequívoca y debe haberse efectuado una vez que el acusado haya sido advertido de que cuenta con el derecho a ser asistido por un abogado de oficio¹²⁴. En este sentido, lo importante es que el sospechoso o acusado al efectuar la renuncia de su derecho, tenga conciencia de las consecuencias que aquella renuncia le puede acarrear¹²⁵.

El Tribunal dejó claro en el caso *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* que para tener derecho a un abogado en la etapa preliminar, es necesario que la persona se encuentre en custodia policial, esto es, que su movilidad o su accionar se encuentren restringidos¹²⁶. En el caso particular de *Aleksandr Zaichenko*, la policía le había interrogado con la finalidad de comprobar aleatoriamente la proveniencia del combustible que tenía en su automóvil; no había por tanto, ningún tipo de sospechas contra él. Las inspecciones habían sido puestas en marcha para evitar que los trabajadores de una empresa utilizaran el combustible para fines personales. Al interrogarle, admitió haberlo hurtado a la compañía. Esta admisión fue utilizada luego dentro del proceso penal para sancionarle. Una de las preguntas que tuvo que hacerse el Tribunal fue si dicha confesión inculpativa había sido ilegal por haber sido hecha sin la presencia de un abogado y concluyó que por no encontrarse Aleksandr Zaichenko bajo custodia policial, no era titular

¹²³ TEDH, *Brennan c. Reino Unido* (16 octubre 2001), §54.

¹²⁴ TEDH, *Panovits c. Chipre* (11 diciembre 2008), §§68, 72, 73.

¹²⁵ TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §40.

¹²⁶ *Id.*, §§47, 48, 49.

del derecho a contar con la presencia de un abogado en el momento del interrogatorio¹²⁷.

El derecho a la privacidad de la comunicación entre acusado y abogado es un derecho básico para la defensa. Sin embargo, su inobservancia por sí sola no convierte el juicio en injusto, sino que es necesario que se pruebe en concreto cómo la posibilidad de no tener comunicaciones en privado entre acusado y abogado colocaron al acusado en desventaja para defenderse¹²⁸. Un ejemplo relacionado con las pruebas que violan derechos de la Convención fue tratado *obiter dictum* en *Brennan c. Reino Unido*. Si como consecuencia de la vigilancia de las conversaciones entre abogado y cliente, las autoridades estatales hubieren obtenido pruebas, éstas podrían violar el debido proceso¹²⁹.

Con respecto a la admisión de confesiones incriminatorias sin la presencia de un abogado, el caso *Panovits c. Chipre* aporta una particularidad importante. Aunque el acusado admitió en una segunda confesión su responsabilidad, el Tribunal consideró que la no exclusión de su primer testimonio tuvo influencia sobre la decisión del acusado de confesar por segunda vez, tornando así el proceso en injusto¹³⁰. La situación antes referida de *Panovits* ha de diferenciarse de *Gäfgen c. Alemania*, pues en este último el primer testimonio declarado ilegal, había sido excluido del proceso por las autoridades nacionales y Gäfgen había efectuado su segunda confesión conociendo la exclusión de su primer testimonio y recibiendo la advertencia que podía permanecer en silencio¹³¹. En el caso antes referido de *Aleksandr Zaichenko c. Rusia*, se presentó una problemática similar, pues sólo después que el sospechoso confesó haber hurtado el combustible, el agente policial le advirtió respecto de su derecho a no autoincriminarse. No fue sino en el juicio penal instaurado con posterioridad cuando él negó la validez de su declaración previa. Sorpresivamente, el Tribunal consideró que el derecho a no

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ TEDH, *Brennan c. Reino Unido* (16 octubre 2001), §58.

¹²⁹ *Id.*, §59.

¹³⁰ TEDH, *Panovits c. Chipre* (11 diciembre 2008), §§85, 86.

¹³¹ TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §182.

autorincriminarse se había violado pues la advertencia de guardar silencio había sido ineficaz dado que se efectuó con posterioridad a la declaración inculpativa¹³².

Queda, sin embargo, la duda de si para la afectación del debido proceso, el Tribunal exige en general no sólo la advertencia previa de guardar silencio, sino también la advertencia sobre la invalidez de la primera confesión, como ocurrió en el caso *Gäfgen y Panovits*.

3.3.2. El uso al que se haya destinado las pruebas obtenidas a través de inferencias

Las inferencias resultantes del silencio del acusado no constituyen violación del derecho a un proceso justo en la medida que sean efectuadas para evaluar la certeza de las pruebas presentadas por el Fiscal, de modo que debe haber un cúmulo de pruebas que permitan establecer la autoría del delito por el acusado¹³³. *A contrario*, el proceso será injusto si las inferencias son efectuadas con la finalidad de probar la culpabilidad del acusado y si la condena se fundamenta única o principalmente en su silencio¹³⁴. El caso *John Murray c. Reino Unido* ejemplifica esta distinción. John Murray había sido condenado por la jurisdicción nacional por ayudar en el secuestro del Sr. L. Para comprobar su culpabilidad, el tribunal nacional había dado valor al testimonio de L. quien afirmó que John Murray se encontraba en la casa donde había sido puesto en cautiverio. Toda vez que el demandante nunca dio cuenta de las razones por las cuales él se encontraba

¹³² TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §§53-55. Me refiero con sorpresa particularmente a esta parte resolutive de la decisión puesto que el Tribunal parecería contradecir las decisiones tomadas en los casos TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993), §41; TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda* (21 diciembre 2000), §§42, 43, 45; TEDH, *Weh c. Austria* (8 abril 2004), §52. En estos últimos casos, la obtención de la prueba sólo importaba cuando la violación era grave y cuando el agente policial estaba consciente de estar conllevando al sospechoso o demandante a violar su derecho a no autoincriminarse. Circunstancias que en el presente caso se encontraban ausentes.

¹³³ TEDH, *John Murray c. Reino Unido* (8 febrero 1996), §51.

¹³⁴ *Id.*, §47.

allí, el tribunal nacional infirió de su silencio que él había colaborado en la detención ilegal de L¹³⁵.

Aun cuando las inferencias no fueran utilizadas para establecer la culpabilidad del acusado sino únicamente para evaluar la certeza de las pruebas aportadas por el Fiscal, éstas constituirán violación del debido proceso si el acusado no ha tenido acceso a un abogado en el momento de ser advertido de que se podrán realizar inferencias a partir de su silencio. El acceso a un abogado constituye una garantía de que el acusado tomará la mejor decisión para su defensa efectiva, pues en los casos en que cabe hacer inferencias de su silencio, el acusado debe decidir si hablar y autoincriminarse o, callar y que se efectúen dichas inferencias¹³⁶. El Tribunal ha establecido incluso que será indiferente para el análisis de la violación del derecho al silencio, si la estrategia de defensa habría sido la misma con o sin la presencia del abogado¹³⁷. En consecuencia la ausencia del abogado cuando el acusado es advertido de las inferencias que pueden efectuarse de su silencio constituye violación del derecho a un proceso justo.

Esto permite concluir que el debido proceso se afecta cuando se usan pruebas obtenidas a través de inferencias del silencio del acusado, particularmente cuando no se garantiza la esencia del derecho al silencio.

3.4. Tecer Umbral: reparación por uso de pruebas obtenidas en violación del derecho al silencio y a no autoincriminarse

En todos aquellos casos en los que el Tribunal encontró que se habían utilizado agentes provocadores concluyó que el debido proceso se había afectado. La reparación ordenada en estos casos, es la *restitutio in integrum*, particularmente porque si no hubiera sido por la incitación policial, el delito no se hubiera cometido. Siendo también la detención y condena del demandante el

¹³⁵ *Id.*, §§25, 52.

¹³⁶ *Id.*, §66.

¹³⁷ *Id.*, §§67, 68.

resultado directo del uso de las pruebas obtenidas por agentes provocadores, la reparación establecida por el Tribunal ha consistido en colocar al demandante en la misma posición en que se hubiere encontrado si la condena nunca hubiese tenido lugar. La libertad no ha sido ordenada, particularmente porque en todos los casos los demandantes ya habían cumplido su condena, pero el daño material y moral sufrido ha sido reparado¹³⁸.

En los casos en que el Tribunal consideró que el debido proceso se afectaba en virtud del uso de pruebas obtenidas con amenaza de sanción, el Tribunal escasamente ha ordenado una reparación procesal. La declaración de que hubo violación ha constituido reparación suficiente a juicio del Tribunal¹³⁹. Únicamente en el caso *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* el Tribunal dispuso la repetición del juicio del acusado¹⁴⁰, dado que no sólo se había utilizado para la condena prueba obtenida violando el derecho a no autoincriminarse, sino que además los jueces nacionales rechazaron pruebas exculporias sin proveer argumentos adecuados.

De los casos analizados, sólo en *Krumpholz c. Austria*, el Tribunal encontró que se había violado el debido proceso por el uso de pruebas obtenidas mediante inferencias resultantes del silencio del acusado. Sin embargo, el Tribunal se negó a ordenar el reembolso de la multa pagada por Krumpholz en virtud de la condena sufrida¹⁴¹. En otros casos, el Tribunal ha establecido violación del debido proceso en virtud del uso de pruebas obtenidas —principalmente confesiones— sin la presencia del abogado¹⁴². Respecto de estos últimos, el Tribunal ha considerado algunas veces que la declaración de la violación constituye reparación suficiente,

¹³⁸ TEDH, *Ramanauskas c. Lituania* (5 febrero 2008), §§87, 88; TEDH, *Vanyan c. Rusia* (15 diciembre 2005), §77; TEDH, *Teixeira de Castro c. Portugal* (9 junio 1998), §§48, 49.

¹³⁹ TEDH, *Krumpholz c. Austria* (18 marzo 2010), §§47, 50: se ordenó reembolso de gastos; TEDH, *Saunders c. Reino Unido* (17 diciembre 1996), §86: se ordenó reembolso de gastos y se consideró que la declaración de la violación constituía remedio suficiente; TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002): la declaración de la violación fue remedio suficiente (§59). Se ordenó sin embargo, reparación pecuniaria (§60) y reembolso de gastos (§63).

¹⁴⁰ TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §65.

¹⁴¹ TEDH, *Krumpholz c. Austria* (18 marzo 2010), §47.

¹⁴² TEDH, *John Murray c. Reino Unido* (8 febrero 1996), §76.

mientras que otras veces, el Tribunal ha ordenado la repetición del juicio del acusado¹⁴³.

4. Pruebas obtenidas con violación al derecho a la privacidad

Los argumentos desarrollados por el Tribunal en este tipo de violaciones no permiten advertir con claridad criterios uniformes respecto de cuándo una prueba obtenida con violación del art. 8 afecta el debido proceso. Esta dificultad se debe, por un lado, a la falta de consistencia del Tribunal respecto de qué tipo de factores son relevantes para determinar cuándo una prueba violatoria del art. 8 afecta la justicia del proceso, lo cual vuelve muy compleja la tarea de identificar ‘qué’ en concreto tiene en cuenta el Tribunal. Además, como se verá, muchos de los factores que emplea el Tribunal no parecen muy razonables y no sólo contravienen principios sentados por la anterior jurisprudencia, sino que además en caso de aplicarse vaciarían de contenido el derecho al debido proceso.

Sin perjuicio de todas estas observaciones, es preciso anotar que de aplicarse criterios más razonables y consecuentes con los principios que han de regir la Convención, muchas de las decisiones del Tribunal pudieran no haber cambiado en el sentido material. Sin embargo, aunque no puede ser objeto de análisis ahora, pareciera que se sentarían principios más claros y concordantes con la protección a los derechos humanos que debe dar el Tribunal.

Los factores que el Tribunal pondera a efectos de determinar cuándo una violación del art. 8 influye en la justicia del proceso, son los siguientes:

- (a) El tipo de delito que se persigue;
- (b) el interés de la sociedad en que se castigue un determinado tipo de delito, o en que se descubra la verdad;

¹⁴³ TEDH, *Panovits c. Chipre* (11 diciembre 2008), §103; TEDH, *Salduz c. Turquía* (27 noviembre 2008), §72.

- (c) el grado de influencia que la prueba haya tenido sobre la condena del acusado; y,
- (d) la oportunidad del acusado de oponerse a la utilización de dicha prueba en el proceso nacional.

Aunque los factores antes expuestos no son exclusivos de las violaciones del art. 8, presentan particular importancia en relación con él porque: (a) han dado lugar a que en ningún caso, el Tribunal encuentre violación del debido proceso¹⁴⁴; y (b) han ocasionado contradicciones en la propia jurisprudencia del Tribunal respecto a la violación de dicho artículo.

4.1. Gravedad del delito e interés social de perseguirlo

La gravedad del delito cometido y por tanto el interés público en que se reprima ese tipo de conductas fue tomada en cuenta en el caso *Heglas c. República Checa* como uno de los criterios para justificar que la violación del art. 8, no tenía repercusión sobre el debido proceso¹⁴⁵. Ello sin perjuicio de que el Tribunal ha reconocido como principio que el art. 6 no hace distinción respecto del tipo de delito cometido¹⁴⁶. Aunque, en sentido inverso, la gravedad del delito fue también tomado en cuenta en el caso *Jalloh c. Alemania*. En dicho caso, el Tribunal concluyó que la escasa peligrosidad que representaba el demandante para

¹⁴⁴ La admisión y el uso de pruebas obtenidas en violación del art. 8 no han ocasionado violación del derecho a un debido proceso, en los casos siguientes: TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §§25-28; TEDH, *P.G. and J.H. c. Reino Unido* (25 septiembre 2001), §§37-38; TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §91; TEDH, *Heglas c. República Checa* (1 marzo 2007), §88.

¹⁴⁵ TEDH, *Heglas c. República Checa* (1 marzo 2007), §§87, 91. En los otros casos en los que se ha considerado violación del art. 8, el Tribunal no ha pasado a analizar si la violación respondía a una necesidad de proteger el interés público de que se prevengan crímenes, toda vez que al ser declarado que la violación no cumplía con el requisito de estar de acuerdo con la ley, el Tribunal no pasó a examinar su justificación con base en la necesidad de una sociedad democrática. Ver: TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §28; TEDH, *P.G. and J.H. c. Reino Unido* (25 septiembre 2001), §38; TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §82.

¹⁴⁶ TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §93; TEDH, *Heglas c. República Checa* (1 marzo 2007), §87.

la sociedad pues comercializaba muy poca cantidad de droga, era un factor para no limitar la protección del art. 6¹⁴⁷.

En *P.G. and J.H. c. Reino Unido*, el Tribunal consideró que la medición de las llamadas telefónicas en el departamento de B no constituyó violación del art. 8 pues estaba justificada para prevenir el delito, de modo que la información obtenida y usada en el contexto de una investigación criminal y dentro del juicio se encontraba justificada por la finalidad de prevenir el delito de robo de armas¹⁴⁸.

Valerse del criterio de la gravedad equivale a restar contenido al derecho al debido proceso, pues ha de tenerse en cuenta que este derecho ha sido diseñado precisamente a favor de aquellos que —se sabe— no son los mejores individuos de la sociedad. Si el derecho al debido proceso distinguiera entre las personas según el tipo de delito cometido, dejaría de ser un derecho como tal. Además, la gravedad del delito debería jugar un papel inverso, pues dada la gravedad de la posible condena, las garantías procesales deberían imponer un efectivo resguardo a quien pudiera ser inocente.

El Tribunal consideró en el caso *Iliya Stefanov c. Bulgaria* que la gravedad del delito es un factor a tomar en cuenta cuando se analiza si hubo violación del derecho a la privacidad. Sin embargo, no aparece en el análisis que el Tribunal hace del caso, que el tipo de delito haya tenido influencia alguna cuando se declaró la no violación del art. 8¹⁴⁹.

4.2. Influencia de la prueba en la condena final

La influencia que la prueba violatoria del art. 8 haya podido tener sobre la condena del acusado ha sido tomada en cuenta en todos los casos siguientes para justificar su no afectación de la justicia del proceso.

¹⁴⁷ TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §119.

¹⁴⁸ TEDH, *P.G. and J.H. c. Reino Unido* (25 septiembre 2001), §§49-51.

¹⁴⁹ TEDH, *Iliya Stefanov c. Bulgaria* (22 mayo 2008), §38.

En el caso *Allan c. Reino Unido*, el Tribunal reconoció que se había violado el derecho contenido en el art. 8, al haberse utilizado aparatos de grabación encubierta sin que existiese regulación apropiada sobre el tema¹⁵⁰. Sin embargo, la violación del debido proceso se ocasionó en virtud del uso en juicio de estas grabaciones por constituir también una violación del derecho a no autoincriminarse¹⁵¹. El Tribunal consideró de manera particular que las declaraciones no habían sido hechas de forma voluntaria pues Allan había sido inducido a hacerlas, sin que además contase con las garantías oportunas, como la presencia de abogado y la advertencia usual de tener derecho a guardar silencio.

En el caso *Bykov c. Rusia* la existencia de pruebas adicionales a la grabación de la conversación que él mantuvo con el Sr. V fue uno de los factores que el Tribunal tomó en cuenta para decidir sobre la violación del art. 6¹⁵². La existencia de pruebas adicionales fue un factor tan importante que incluso dio paso a que algunos jueces del Tribunal sustentaran su opinión parcialmente disidente sobre la base de que las ‘pruebas adicionales’ sobre las que el Tribunal había determinado que no se violó el art. 6, no eran pruebas válidas. En la Opinión parcialmente disidente del Juez Spielmann, a la cual se adhirieron, los jueces Rozakis, Tulkens, Casadevall y Mijović, se rechaza que las pruebas adicionales, a las que se refería la opinión de la mayoría, sean pruebas válidas. Por un lado, se considera que la mayoría no tomó en cuenta que gran parte de las pruebas adicionales en las que se sustentaba la condena de Bykov habían sido obtenidas por medio del testimonio del denunciante, el señor V., quien posteriormente se había retractado de su testimonio dejándolo sin efecto. Adicionalmente, existían otras pruebas que en la opinión del Juez Spielmann tenían valor menor, pues lo que hacían era probar circunstancias contextuales de la relación personal entre Bykov y el señor S. Finalmente, Spielmann concluyó que de haberse establecido adecuadamente el

¹⁵⁰ TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002), §36.

¹⁵¹ *Id.*, §§51-52 y en la parte resolutive, §2.

¹⁵² TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §§96, 98.

valor probatorio de todas estas pruebas adicionales, la mayoría habría concluido la existencia de violación del art. 6¹⁵³.

En el caso *P.G. and J.H. c. Reino Unido*, el Tribunal consideró que las pruebas obtenidas en violación del art. 8 no fueron las únicas pruebas en que se fundamentó la condena de los demandantes y también tomó en cuenta la posibilidad que tuvieron de impugnar la autenticidad y el uso en el juicio que se les dio a las grabaciones y la discrecionalidad de que gozaban los jueces nacionales para excluir la prueba¹⁵⁴.

En el caso *Heglas c. República Checa*, el Tribunal consideró que el uso en el proceso de la prueba obtenida violando el art. 8 no afectó la justicia del proceso, en virtud de que: (a) no fue la única prueba en el proceso¹⁵⁵; (b) existía un fuerte interés público en utilizar la prueba y en sancionar infracciones graves¹⁵⁶; y, (c) el acusado tuvo derecho al contradictorio, esto es, a oponerse a su admisión en el proceso¹⁵⁷.

Finalmente, en el caso *Schenk c. Suiza*, el demandante había sido condenado por el intento de incitar un asesinato con base en las grabaciones de su conversación con el Sr. Pauty obtenidas por la policía sin orden judicial. El Sr. Pauty había sido contratado por el Sr. Schenk para matar a la Sra. Schenk, su ex esposa; sin embargo en la conversación simuló haber cometido el delito, para con la grabación denunciar el hecho ante la policía. El Tribunal consideró que la existencia de pruebas adicionales a la grabación ilegal, esto es el testimonio del Sr. Pauty y de la Sra. Schenk soportaban la legalidad de la condena del Sr. Schenk¹⁵⁸.

¹⁵³ *Id.*, Opinión parcialmente disidente del Juez Spielmann a la cual se adhirieron los jueces Rozakis, Tulkens, Casadevall y Mijović, §§16-22.

¹⁵⁴ TEDH, *P.G. and J.H. c. Reino Unido* (25 septiembre 2001), §79.

¹⁵⁵ TEDH, *Heglas c. República Checa* (1 marzo 2007), §90.

¹⁵⁶ *Id.*, §91.

¹⁵⁷ *Id.*, §89.

¹⁵⁸ TEDH, *Schenk c. Suiza* (12 julio 1988), §§48, 49.

A diferencia de lo establecido en los casos antes citados, en el caso *Khan c. Reino Unido* el Tribunal decidió en sentido contrario. Khan había sido condenado penalmente por el delito de tráfico de drogas única y exclusivamente sobre la base de la grabación de una conversación obtenida por la policía que había colocado un dispositivo en la casa de uno de sus amigos¹⁵⁹ —grabación que fue incluso declarada por el Tribunal como violatoria del art. 8—. En esta conversación Khan reveló haber participado en tráfico de drogas. A pesar de que aquélla constituyó la única prueba que sustentaba la condena de Khan y que además violaba el art. 8, el Tribunal consideró que el factor ‘influencia sobre la condena final’ no era determinante para declarar la violación del derecho al debido proceso; y que más bien la oportunidad de oponerse a la utilización de la prueba era un factor que impedía al Tribunal declarar violación del art. 6, el cual no se cumplía en el caso.

El principio de que la corroboración de una prueba no es necesaria cuando se trata de una prueba fuerte, respecto de la cual no se tiene dudas acerca de su confiabilidad, es un principio que el Tribunal ha aplicado¹⁶⁰. Sin embargo, este principio no podía aplicarse de una forma ciega en el caso *Khan* en donde la prueba ilegal era la única prueba sobre la cual se basaba su condena. Aunque en el contexto de la violación del derecho a la no autoincriminación, el Tribunal ha establecido que una condena no puede ser legítima si se basa única o principalmente en el silencio del acusado o en su rechazo de responder preguntas o de presentar pruebas¹⁶¹.

¹⁵⁹ TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §§37, 38.

¹⁶⁰ TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §90.

¹⁶¹ TEDH, *John Murray c. Reino Unido* (8 febrero 1996), §47.

4.3. Oportunidad de oponerse a la utilización de la prueba ilegal

La oportunidad de oponerse a la utilización de la prueba ilegal fue determinante para negar que hubiera habido violación al debido proceso en el caso *Khan*¹⁶².

Cuando el Tribunal ha analizado casos similares, la oportunidad del demandante para oponerse a la utilización de la prueba ilegal, ha tomado en cuenta la efectividad del ejercicio de esa oposición. Por ejemplo, en el caso *Jalloh c. Alemania*, se determinó que ese derecho no podía ejercerse efectivamente pues el uso de eméticos no estaba prohibido por el derecho nacional, de modo que oponerse no sería más que un ejercicio formal¹⁶³. En el caso *Bykov c. Rusia*, el Tribunal tomó en cuenta que la Ley sobre operaciones de búsqueda [*‘Operational Search Activities Act’*] no definía cuándo, ni bajo qué circunstancias estaba permitido a la policía llevar a cabo grabaciones telefónicas [*‘operative experiments’*], ni tampoco requería autorización judicial alguna, pues no había control de la discrecionalidad policial. Esta ausencia de regulación apropiada convirtió en inexistente la posibilidad del demandante de reclamar en el fuero nacional y de exigir la revisión de la legalidad de la medida en su caso¹⁶⁴.

Contraria fue la posición del Tribunal en el caso *Khan*, pues obvió tomar en cuenta la escasa efectividad que el ejercicio de la oposición tenía en el caso particular. Para Reino Unido no existía un derecho a la privacidad como tal, las grabaciones no se encontraban reguladas y, por tanto, en la práctica una oposición del acusado a su utilización tenía poca o ninguna posibilidad de ser efectivamente considerada¹⁶⁵. De modo que al no haber protección alguna para Khan, el derecho que tuvo de oponerse, se convirtió en un derecho hueco, que no pasaba de ser meramente nominal. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal consideró que los

¹⁶² TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §§37-40.

¹⁶³ TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §107.

¹⁶⁴ TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §80.

¹⁶⁵ TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §36.

derechos de Khan habían sido respetados, pues había tenido la oportunidad de oponerse a la admisión de la prueba¹⁶⁶.

Siendo que la violación del art. 8 no ha alcanzado a afectar el debido proceso a juicio del Tribunal, éste no ha ordenado reparación procesal alguna en estos casos, razón por la cual corresponde finalizar aquí la exposición.

5. Recapitulación

De las decisiones analizadas se puede inferir que el Tribunal no sigue una única estrategia, ni las que emplea responden tampoco a una misma línea teórica. En lo que sigue se anotarán las consideraciones principales que el Tribunal ha tomado en cuenta al momento de determinar la violación del debido proceso a causa del uso dado a la prueba obtenida con violación de derechos humanos.

(a) La búsqueda de la verdad: el principio de la fiabilidad y precisión de las pruebas

Además de otros estándares, el Tribunal ha aplicado el examen de fiabilidad para determinar si la prueba obtenida en violación de derechos de la Convención ha de ser excluida del proceso o si su admisión afectaría la equidad del proceso. La esencia del principio de la fiabilidad es que no se excluya una prueba veraz, aunque ilegal.

El Tribunal ha establecido como principio que una prueba obtenida en violación de algún derecho de la Convención, utilizada para fundamentar la condena del acusado, y siendo la única prueba en el proceso, puede no violar el debido proceso si es una prueba fiable¹⁶⁷. Al respecto cabe mencionar el caso *Gäfgen c. Alemania*, en el que el Tribunal dio prevalencia a la verdad incluso en el contexto de pruebas obtenidas en violación del art. 3. En *Gäfgen* el Tribunal se negó a aceptar que las pruebas derivadas, emanadas como consecuencia de una

¹⁶⁶ *Id.*, §§37, 38.

¹⁶⁷ *Id.*, §§35, 37.

confesión indebidamente obtenida, debieran excluirse del proceso¹⁶⁸. En esta decisión se pudo ver sobre todo la primacía de la verdad sobre los derechos procesales, e incluso de los protegidos por el art. 3 de la Convención. Si la veracidad de la confesión se puede poner en tela de juicio cuando ésta ha sido obtenida con amenaza de torturas, las pruebas logradas posteriormente con ocasión de la confesión realizada, sobre todo si comprueban lo confesado, no carecen en lo más mínimo de veracidad, aunque sí de licitud. Los dichos de una persona pueden correr el riesgo de ser moldeados por la amenaza impuesta¹⁶⁹, pero los hechos como el cadáver, las huellas, el resultado de la autopsia, no están afectados por el mismo riesgo de falsedad. Estos últimos, a criterio del Tribunal, deben ser admitidos a juicio, sin perjuicio de la ilicitud de su procedencia. Aunque en el caso *Gäfgen* no constituyó materia de resolución del Tribunal la admisión o no de la confesión efectuada bajo amenaza de torturas, pues ésta había sido excluida del proceso por los jueces nacionales, esta decisión sí deja en nuestra opinión claro que aun en los casos de las violaciones más graves, como son aquellas del art. 3, la verdad prima sobre los valores procesales¹⁷⁰. Ello sin desconocer que el análisis efectuado por el Tribunal incluyó también muchos otros factores que, a pesar de la admisión de las pruebas materiales, lograron en opinión del Tribunal mantener el debido proceso.

(b) El interés público: control de la criminalidad

En algunas de sus decisiones el Tribunal ha considerado que el interés público justifica la violación de los derechos de la Convención en el contexto de

¹⁶⁸ TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §§179-187.

¹⁶⁹ TEDH, *Söylemez c. Turquía* (21 septiembre 2006), §122.

¹⁷⁰ La CIADH en el caso *Bayarri c. Argentina*, §108 mostró su aquiescencia con el tribunal nacional respecto de la necesidad de excluir del proceso las pruebas obtenidas a través de torturas, así como de todo aquello que se relacione o provenga de ellas. Adicionalmente, el juez de la CIADH, Sergio García Ramírez, ha hecho alusión a la prevalencia de la legitimidad de los medios empleados sobre el fin alcanzado y en este sentido ha manifestado lo siguiente: “[c]onsiderar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que ‘el fin justifica los medios’ y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento”. *Cfr.* CIADH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva* (1 octubre 1999), Voto Concurrente y Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

un proceso criminal¹⁷¹. Creemos que las normas del procedimiento penal constituyen un mecanismo para restringir los poderes de quien persigue y castiga, y es mediante esa limitación de poderes que surgen los derechos procesales¹⁷². Para quienes siguen la tradición benthamiana, la rama del derecho adjetivo o procesal tiene por finalidad encauzar el cumplimiento del derecho sustantivo¹⁷³. En términos más concretos, el derecho procesal penal es el camino para sancionar las conductas tipificadas por el Derecho penal. Cuando a la finalidad de sancionar se le oponen los derechos, el conflicto debe resolverse viendo hacia dónde se inclina la balanza (dónde se encuentra el mayor número de personas satisfechas), si sancionando determinada conducta a pesar de que no se respeten otro tanto de derechos o viceversa. El error que generalmente se comete en esta medición de fuerzas es que se tiende a creer que la sociedad únicamente quiere que se cumpla el Derecho penal y el sospechoso o acusado quiere que se respete su derecho individual¹⁷⁴. Así expuesto el problema, la balanza se inclinará siempre hacia lo que el mayor número de personas quiere¹⁷⁵. Sin embargo, se obvia que hay

¹⁷¹ Ver por ejemplo, TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §97. El Tribunal aceptó que el interés público debe ponderarse con el derecho del acusado de que se respeten sus derechos en la obtención de pruebas, en la medida que aquello no conlleve a la extinción de la esencia del derecho.

¹⁷² Como ha sido observado por el Juez Sergio García Ramírez en el contexto de la CIADH, es precisamente en el proceso penal en el que se nota más claramente el poder del Estado volcado contra el individuo identificado como el enemigo social. He allí la razón principal para otorgarle al investigado/imputado/acusado una protección que ponga límites a la arbitrariedad estatal y a la venganza social. Cfr. CIADH, *Fermín Ramírez c. Guatemala* (20 junio 2005), Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, §§6-8.

¹⁷³ M.A. Menlowe (1988), 289 y ss.

¹⁷⁴ En el contexto de la CIADH, el Juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado en el caso CIADH, *Fermín Ramírez c. Guatemala* (20 junio 2005), §§19, 20 ha insistido en que los derechos humanos en el proceso deben ser aplicados haciéndose abstracción de la inocencia o culpabilidad del acusado y de la gravedad del delito cometido. Adicionalmente, en caso *Tibi c. Ecuador*, dicho juez reprobó la creciente tendencia de los Estados a limitar los derechos procesales del acusado para servir el control de la criminalidad. Cfr. CIADH, *Tibi c. Ecuador* (7 septiembre 2004), Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, §§30, 31; CIADH, *Bayarri c. Argentina* (30 octubre 2008), Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, §§12, 13. Adicionalmente, A.J. Ashworth (2002), 70, 77 acertadamente afirma que se debe hablar de dos intereses públicos en juego: el interés en reducir el delito y el interés en proteger los derechos del acusado, o en su defecto, de dos derechos individuales: el de la víctima y el del acusado, pero en ningún caso de un interés público y de un derecho individual.

¹⁷⁵ L. Ferrajoli (1995), 261 es también de la opinión que con el utilitarismo se pretende balancear la felicidad de los ‘no desviados’ con los derechos de ‘los desviados’, lo cual resulta insostenible, pues de ser aceptado conduciría al autoritarismo y “servirá para legitimar de un modo apriorístico los máximos medios, las penas más severas incluida la pena de muerte, los procedimientos más

también un interés público en respetar la dignidad humana, en limitar el poder sancionador para que no devenga arbitrario y en respetar el Derecho. Aun cuando no es menos importante, este interés público suele ser ignorado. Desde la perspectiva de los derechos humanos, el procedimiento penal no puede ni debe limitarse únicamente a aplicar el Derecho penal sustantivo para satisfacer el principio de utilidad. El procedimiento no sólo es un cauce, sino también un sistema de reglas que miran hacia el control de la autoridad y la dignidad del sospechoso o acusado. Concibiendo así el Derecho procesal penal, en su extensión más amplia, es como tienen cabida los derechos del sospechoso y acusado en el proceso. En este sentido, es menester que el juzgador tenga presente que la observancia de los derechos procesales no aparece para obstruir la aplicación del Derecho penal sustantivo, sino más bien para canalizarlo hacia una adecuada y respetuosa aplicación del Derecho¹⁷⁶.

Lo que se opone a los derechos no es la verdad, sino más bien el poder arbitrario del Estado. Por lo tanto, al protegerse los derechos no se limita la verdad sino el poder del Estado de investigar. Cuando el Tribunal emplea el interés público para limitar los derechos procesales del acusado, está más bien justificando razones para ampliar los poderes estatales, lo cual es tan sólo el inicio. Estos poderes pueden ser ampliados cuando existen causas justificadas, pero deben encontrar sus límites en la esencia del derecho y en el mantenimiento del equilibrio procesal. El interés público no debe ser más que una razón para considerar ampliar los poderes del Estado, pero no puede convertirse en la contrapartida de un derecho, pues el derecho a un debido proceso, mal concebido

antigarantistas incluida la tortura y las medidas de policía más autoritarias e invasivas: desde el punto de vista lógico, el utilitarismo, entendido en este sentido, no es de ningún modo una garantía frente a la arbitrariedad del poder.”

¹⁷⁶ En la CIADH se discutió en el caso *Barreto Leiva c. Venezuela* (17 noviembre 2009), si era legítimo que la investigación fiscal se mantuviera en reserva, al punto de impedir que el imputado conociera las razones por las que se sospechaba en su contra. La Corte, en un primer momento, consideró que era entendible que en ciertas ocasiones fuese necesario mantener las investigaciones en reserva. *Id.*, §§29-30, 45-47. Sin embargo, luego sostuvo que la necesidad de investigar un delito y de dar con los responsables no legitimaba la restricción del derecho de defensa. Las facultades del Estado de llevar a cabo una investigación judicial eficiente deben enmarcarse en el respeto de los derechos humanos, debiendo el Estado buscar una compatibilización entre la seguridad y derechos humanos. *Id.*, §§53-56.

como derecho que sólo beneficia al acusado, no debe ser ponderado con el interés público, pues se trata de dos fuerzas dispares¹⁷⁷. La verdad no puede tampoco servir para legitimar lo ilegal, pues si la verdad se la obtiene a través de medios ilegales y luego éstos quedan legitimados por el fin obtenido, no sólo se produciría una justificación circular (la verdad procesal se legitima por sí misma), sino que además, como ya se expuso, se incentivaría la violación, pues primero debe violarse el derecho y luego ver si estuvo bien.

Los derechos del acusado no deberían encontrar sus límites ni en la búsqueda de la verdad ni en el interés público; sino que más bien los poderes de quienes investigan deben encontrar sus límites en la dignidad, en el contenido esencial del derecho y en el equilibrio y la justicia del proceso, a través de garantías de resguardo.

(c) El principio disciplinario y el principio protectivo

En los casos en que el Tribunal ha debido determinar si las violaciones del derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio han violado también el derecho a un proceso justo, se han aplicado estándares diferentes y variados. Por un lado, a efectos de determinar cuándo se ha violado un derecho del acusado, el Tribunal ha dado importancia a la intención de la autoridad, sin tomar en cuenta si violó o no materialmente un derecho. Esto denota una tendencia del Tribunal a querer disciplinar los métodos de obtención de prueba. En otros casos, en cambio, al Tribunal le ha importado el efecto sobre el acusado, siendo poco relevante la participación de la autoridad en la ocurrencia de la violación. Ello demuestra que lo que importa para el Tribunal es la protección de los derechos de la Convención en sí mismos.

En ciertos casos el Tribunal ha parecido enfatizar que la intención de las autoridades en lugar del efecto producido sobre el acusado, ha sido la clave para

¹⁷⁷ R. Dworkin (1978), 194, 198, 199 La idea principal de la tesis de Dworkin es que los derechos son cartas de triunfo en el sentido de no poder ser limitados trayendo a colación el interés de la mayoría o la utilidad general, pues hacerlo le restaría individualidad al ser humano al verse reemplazadas sus preferencias por aquellas de la mayoría.

determinar si hubo o no violación de un derecho. En el caso *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, el Tribunal consideró que la amenaza de sanción, aun cuando los sospechosos no se habían autoincriminado constituía violación del derecho a no autoincriminarse¹⁷⁸. Esto también se ve en el caso *Funke c. Francia*¹⁷⁹. Ello se fundamentó principalmente en la intención de las autoridades de valerse de la amenaza de sanciones graves para lograr su confesión. Aunque la amenaza no logró cumplir su cometido, esto es, la confesión de los sospechosos, el Tribunal consideró que era por sí sola violatoria del derecho a no autoincriminarse. Parece que el Tribunal fue muy proteccionista en este caso, pero pensamos que aquí prevaleció ante todo el estándar disciplinario antes que el principio protectorio. El estándar disciplinario, como se vio, presupone que dentro del proceso mismo se pueden lograr ambas: la sanción policial y la reparación de la víctima, y apela a la necesidad de sancionar conductas indebidas efectuadas con intención. La intención es importante, pues si no hay intención, la disciplina policial no tiene razón de existir.

En los casos de agentes encubiertos no policiales o de grabaciones efectuadas por particulares, el Tribunal ha considerado importante que el acto violatorio de un derecho sea atribuible al fiscal. Para que haya violación, el fiscal debió haber autorizado el uso de aparatos de grabación o el agente encubierto debió haber actuado bajo vigilancia del fiscal, de modo que sólo las pruebas obtenidas de forma indebida por el fiscal o atribuibles a él pueden ocasionar violación. Ello denota la importancia del efecto disciplinario que la exclusión de la prueba debe provocar¹⁸⁰. Sin perjuicio que en el contexto de la jurisdicción del Tribunal, las violaciones tienen que ser atribuibles al Estado, pensamos que se pudo haber llegado a un examen más sencillo, pues cabía definir la ‘atribución’ a través del uso que se dio al medio de prueba, por ejemplo como prueba contra el acusado. Sin embargo, para el Tribunal parece importar más la identidad de quién violó los derechos. En el caso *Bykov c. Rusia*, donde se estableció que las grabaciones

¹⁷⁸ TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda* (21 diciembre 2000), §55.

¹⁷⁹ TEDH, *Funke c. Francia* (25 febrero 1993), §44.

¹⁸⁰ TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002), §51.

encubiertas eran atribuibles al Fiscal, a pesar de ello el Tribunal consideró que la ausencia de coerción sobre Bykov para que declarase contra sí mismo, impedía hablar de violación del derecho a no autoincriminarse¹⁸¹.

En el caso *Aleksandr Zaichenko c. Rusia*, el Tribunal trató sobre los hallazgos casuales que implicaban violación del derecho a no autoincriminarse. De índole casual constituye lo opuesto a la intención y conciencia policial. Sin perjuicio de la ausencia de sospecha alguna por parte de la policía cuando interrogaron a Zaichenko, el Tribunal consideró que la esencia del derecho a no autoincriminarse se había violado particularmente por la falta de advertencia al acusado de su derecho a guardar silencio¹⁸². Aun cuando la policía omitió hacer la advertencia inintencionadamente, el Tribunal procuró la protección del derecho a no autoincriminarse.

El caso *Saunders c. Reino Unido* es un ejemplo de la aplicación de ambos estándares, el disciplinario y el protectivo. El Tribunal consideró que el derecho a no autoincriminarse se había violado a pesar de que Saunders no se había autoincriminado, sino en virtud de que el fiscal utilizó las respuestas dadas por Saunders —aun cuando no fueron autoincriminatorias— para contrastarlas con otras pruebas y así corroborar la deshonestidad de Saunders. La definición dada a lo ‘autoincriminatorio’ denota, por un lado, que al Tribunal le interesa la intención del fiscal en el uso posterior dado al interrogatorio; y, por otro lado, le interesa también otorgar una protección efectiva al derecho al silencio¹⁸³.

(d) La reparación procesal en los casos de violaciones de derechos humanos del acusado

Como es sabido, una vez que la violación de uno de los derechos de la Convención ha llegado a afectar el debido proceso, el Tribunal no siempre ha dispuesto una reparación procesal acorde con el derecho violado. La repetición del

¹⁸¹ TEDH, *Bykov c. Rusia* (10 marzo 2009), §§101-105.

¹⁸² TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §§52-59.

¹⁸³ TEDH, *Saunders c. Reino Unido* (17 diciembre 1996), §§71, 72.

juicio excluyendo la prueba indebidamente obtenida ha sido ordenada sólo excepcionalmente.

En muchos casos el Tribunal ha indicado que la falta de certeza sobre el impacto que la exclusión de la prueba indebidamente obtenida pueda tener sobre la sentencia final, impide que el Tribunal ordene su exclusión. Pensamos que esta forma de proceder es cuestionable por diferentes motivos. Si bien es cierto que el Tribunal no siempre está en condiciones de verificar la influencia que haya debido tener la admisión de una prueba determinada sobre el curso de la decisión final, la compensación pecuniaria no es ni ha sido la reparación oportuna para quien ha sido condenado siguiéndose un proceso declarado por el Tribunal como inequitativo e injusto. Aún más, en los casos en los que hay duda respecto de la influencia que haya podido tener la prueba sobre el curso del proceso, el Tribunal debería ordenar la exclusión de aquella prueba que provocó que el proceso se tornase injusto y la repetición del juicio. Sólo después de cumplida esta orden, podrá saberse qué tanto la exclusión de la prueba habría cambiado el curso final del proceso. Recordemos también que para determinar si la ilicitud de la prueba ha afectado la equidad del proceso, el Tribunal ha considerado que uno de los elementos para su determinación es la influencia que la prueba haya podido tener sobre la decisión final. Con base en este criterio, el Tribunal ha establecido que en la medida que con ellas no se pruebe la culpabilidad del acusado, aquéllas no logran afectar la equidad del proceso. No parece razonable que para determinar la violación del debido proceso resulte tan fácil para el Tribunal determinar la no influencia sobre la decisión final y, simultáneamente, para ordenar las reparaciones el Tribunal encuentre difícil determinar la influencia que la prueba haya podido tener sobre la decisión final.

Los pocos casos en los que el Tribunal ha ordenado la exclusión de la prueba y la repetición del juicio demuestran lo difícil que es acceder a este tipo de reparaciones, aun cuando se haya violado el derecho al debido proceso.

CAPÍTULO IV

UN ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS PARA ADMITIR Y EXCLUIR PRUEBAS EN LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

1. Planteamiento

En el capítulo anterior se ha expuesto cuándo el uso de la prueba obtenida con violación de derechos humanos afecta al debido proceso según el TEDH; en particular, se han expuesto los criterios empleados para determinar dicha afectación y se ha podido comprobar que su importancia varía en función de cuál sea el derecho violado. El presente capítulo no se aparta de dicha línea de investigación, pero debe adaptarse al desarrollo jurisprudencial de unos tribunales cuya función principal no es lidiar con violaciones de derechos, sino juzgar penalmente a los acusados con base en reglas de procedimiento y prueba pre-establecidas. En este sentido, hay particularmente dos conjuntos de reglas relevantes: las reglas de la admisión y las reglas de la exclusión de pruebas, las cuales constituirán el eje de la estructura del presente capítulo. El análisis de ambas reglas es necesario, pues la prueba obtenida con violación de derechos humanos puede ser tratada bajo cualquiera de ellas.

Uno de los requisitos para la admisión exige verificar que el valor probatorio de la prueba en cuestión sea superior a la necesidad de asegurar el debido proceso. Esto, para nuestro caso, significa que cuando la prueba ha sido obtenida con violación de derechos humanos, debe verificarse que su capacidad de comprobar un hecho es más importante que la necesidad de asegurar un debido proceso. Esto no sólo remite a una estrategia de ponderación, tan en boga en la jurisprudencia

del TEDH, sino que además hace expresa alusión a la fiabilidad como el criterio que se ha de contrapesar con el debido proceso.

Al igual que el anterior, este capítulo se enfocará en los criterios para determinar la afectación del debido proceso, también denominada integridad del proceso, cuando la prueba fue obtenida con violación de derechos humanos. Las jurisdicciones que serán estudiadas directamente serán el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la Corte Penal Internacional. Dado que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda sigue la línea del primero, sólo se harán referencias a este último cuando sea necesario a efectos de soporte o contraste.

2. Los criterios para admitir y excluir pruebas en el contexto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Durante los primeros años de funcionamiento del Tribunal, la regla de exclusión de pruebas fue objeto de varias reformas debido a un intento de clarificar su contenido y superar las ambigüedades de las que —se dice— adolecía el texto original¹. Antes de la reforma, toda violación de derechos humanos era capaz de producir la exclusión de la prueba². El nuevo texto exige que, como consecuencia de la admisión de la prueba, puedan resultar cualquiera de los

¹ Según lo refiere J.R.W.D. Jones, S. Powles (2003), 753 algunos comentaristas consideraban que el texto anterior daba lugar a ambigüedades, de ahí la supuesta necesidad de la reforma, para otorgar claridad. Ver también, Asamblea General de las Naciones Unidas (23 agosto 1995), nota 9: “(...) The amendment to rule 95, which was made on the basis of proposals from the Governments of the United Kingdom and the United States, puts parties on notice that although a Trial Chamber is not bound by national rules of evidence, it will refuse to admit evidence —no matter how probative— if it was obtained by improper methods.” Sin embargo, el efecto producido ha sido distinto, se ha debilitado la función proteccionista de las garantías del debido proceso y en particular de las reglas de la exclusión de la prueba, ensalzando el correcto establecimiento de los hechos a costa de las garantías del acusado.

² Reglas de Procedimiento y Prueba, adoptadas el 11 de febrero de 1994, cuya entrada en vigor fue el 14 de marzo de 1994: “[r]ule 95 Evidence Obtained by Means Contrary to Internationally Protected Human Rights. Evidence obtained directly or indirectly by means which constitute a serious violation of internationally protected human rights shall not be admissible.”

Debe anotarse que este texto difiere considerablemente de aquél adoptado desde un inicio para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sin embargo, como se verá a continuación, estos textos fueron finalmente unificados.

siguientes perjuicios³: la afectación grave de la integridad del proceso o la afectación grave de la fiabilidad de la prueba⁴. Ha de notarse que con esta reforma se elimina del contenido de la regla la referencia a los derechos humanos; y posteriormente, esta referencia ha sido eliminada también del título de la regla a través de una segunda reforma⁵.

A continuación se analizarán los dos elementos que condicionan la exclusión de una prueba y se los comparará con los elementos exigidos para la admisión. Se examinará también si hay una preferencia del Tribunal por favorecer la admisión o la exclusión de las pruebas. Adicionalmente, se examinarán las estrategias empleadas por el Tribunal para resolver el conflicto que prevé la Sub-regla 89 (D) entre la *fiabilidad* de una prueba (elemento principal para su admisión) y la *afectación de los derechos del acusado* (elemento importante para su exclusión).

2.1. La relación entre las reglas de la admisión y de la exclusión

Se comenzará por estudiar la relación entre las reglas de la admisión y de la exclusión de las pruebas (relación de *oposición* o de *equivalencia*), para determinar todos los supuestos en que una prueba debe ser excluida o admitida. Así también, se distinguirá entre las reglas de admisión y las reglas de exclusión *propriamente dichas* y las *no propriamente dichas*.

³ K.N. Calvo-Goller (2006), 97. En opinión de este autor, la reforma significó que la exclusión de la prueba cambie de ser una cuestión de medios a una de resultados. Mientras que antes se rechazaban los medios ilícitos empleados; con la reforma se excluye la prueba sólo si produce un determinado resultado: la afectación de la fiabilidad de la prueba o, la afectación grave de la integridad del proceso.

⁴ La versión reformada el 30 de enero de 1995 fue la siguiente: “Rule 95 Evidence Obtained by Means Contrary to Internationally Protected Human Rights. No evidence shall be admissible if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings.”

⁵ La última versión a partir de la reforma del 12 de noviembre de 1997 es la siguiente: “[r]ule 95 Exclusion of Certain Evidence. No evidence shall be admissible if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings.” Este texto es exactamente igual al adoptado originalmente para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, con la única salvedad del título que en Ruanda reza así: “Exclusion of Evidence on the Grounds of the Means by Which It was Obtained”.

2.1.1. Relación de equivalencia o de complementariedad

Las reglas de la admisión y de la exclusión podrían, o bien oponerse mutuamente (como reglas equivalentes), o bien ser complementarias (como reglas no relacionadas). Que se opongan mutuamente quiere decir que evocan las mismas nociones, pero son aplicadas en sentido contrario. Así, si para la admisión de una prueba se exige el cumplimiento de ciertos requisitos, para la exclusión, en cambio, se exige el no-cumplimiento de *esos mismos requisitos*. En el supuesto de que no contemplasen los mismos requisitos, sino unos distintos, serían entonces reglas complementarias. La admisión procedería no sólo en los casos determinados propiamente para la admisión sino además en aquellos en los que no se cumplieren los requisitos previstos para la exclusión de una prueba y viceversa. De lo anterior se infieren dos posibilidades: (1) que la interpretación dada al lenguaje de la regla de la admisión sea equivalente a la del lenguaje de la regla de la exclusión, de tal modo que la Regla 89 encuentre su opuesto en la Regla 95. O, alternativamente (2) que aun cuando las reglas para la admisión y la exclusión de una prueba contemplen escenarios distintos, el Tribunal haya aplicado las reglas de la admisión (Regla 89) junto con la negación de las reglas de la exclusión (\sim Regla 95⁶) como normas que regulan la admisión de una prueba al proceso, y que asimismo haya interpretado las reglas de la exclusión y la negación de las reglas de la admisión como normas que regulan la exclusión de una prueba del proceso.

Cualquiera que sea la relación entre la regla de admisión y la regla de exclusión (de equivalencia o de complementariedad), unas y otras deben ser mutuamente completas en el sentido de que toda prueba debe ser admitida o excluida, no pudiendo darse un término medio, que dé lugar a que ciertas pruebas se encuentren en una suerte de limbo. Por tanto toda prueba debe, o bien admitirse o bien excluirse.

⁶ Este símbolo (\sim) será utilizado para denotar que los requisitos de una regla no fueron cumplidos, i.e. \sim Regla 95 quiere decir que no se han cumplido los requisitos de la Regla 95.

A primera vista se observa que las reglas para la admisión y las reglas para la exclusión no emplean un lenguaje similar; de ahí que parezca que no son opuestas sino complementarias. Por un lado, la regla 89 indica que para la admisión es necesario que la prueba sea relevante, que tenga valor probatorio y que el valor probatorio sea superior a la necesidad de asegurar un juicio justo⁷:

“Rule 89

General Provisions

(C) A Chamber may admit any relevant evidence which it deems to have probative value.

(D) A Chamber may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial.”

Por otro lado, la regla 95 hace referencia a dos escenarios para la exclusión de una prueba: la afectación de la integridad del proceso y la afectación de la fiabilidad de una prueba en función de los medios empleados para su obtención:

“Rule 95

Exclusion of Certain Evidence

No evidence shall be admissible if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings.”

⁷ La referencia a estos tres requisitos ha sido efectuada en la decisión en *Delalić* (19 enero 1998-A), §16 en donde se estableció lo siguiente: “[t]he question of admissibility of evidence before the International Tribunal is governed by Section 3 of the Rules which is entitled ‘Rules of evidence’. The approach adopted by the Rules is clearly one in favour of admissibility as long as the evidence is relevant and is deemed to have probative value (Sub-rule 89(C)), and its probative value is not substantially outweighed by the need to ensure a fair trial (Sub-rule 89(D)). Evidence may further be excluded on the grounds given in Rules 95 and 96. Sub-Rule 89(E) relates to the authentication of evidence out of Court. Finally, Sub-rule 89(B) contains a provision of a residual nature which, in cases not otherwise provided for in the Rules, permits the application of such rules of evidence as will best favour a fair determination of the matter in question and which are consistent with the Statute and general principles of law”.

Aplicando la doctrina del ‘efecto útil’ como elemento de interpretación de los tratados, se observa que las reglas deberían ser también concebidas como complementarias y no como opuestas. Pues si el legislador decidió dividir en dos disposiciones la exclusión y la admisión de una prueba, habría de entenderse que la división no es inútil sino que pretende contemplar escenarios distintos, más aún si los términos de ambas disposiciones no son similares.

De lo anterior se deduciría que la admisión de una prueba estaría conformada por las *reglas de la admisión propiamente dicha* (regla 89) más el no-cumplimiento de las reglas de la exclusión (~regla 95); y, que la exclusión de una prueba estaría conformada por las *reglas de la exclusión propiamente dicha* (regla 95) más el no cumplimiento de las reglas de la admisión (~regla 89).

2.1.2. Reglas de la admisión y de la exclusión *propiamente dicha* y no *propiamente dicha*

Como había sido señalado, la regla 89 exige para la admisión el cumplimiento de tres requisitos (relevancia, valor probatorio y ponderación entre valor probatorio y la justicia del proceso). Los requisitos de la relevancia y del valor probatorio están íntimamente ligados, pues parafraseando al Tribunal, una prueba no puede ser relevante si no tiene un verdadero valor probatorio⁸. Una prueba es relevante cuando está relacionada con los hechos en disputa de tal modo que hace avanzar de alguna forma las posiciones de las partes y que ilumina al juez en cuanto a los hechos que tiene que decidir⁹. Que una prueba tenga valor probatorio quiere decir que tiene un cierto grado de fiabilidad (*prima facie*

⁸ TPIY, *Blagojević and Jokić* (18 diciembre 2003), §17; TPIY, *Tadić* (5 agosto 1996), §§8, 9. Ver también TPIY, *Delalić et al.* (2 septiembre 1997), §41 en donde el Tribunal conecta la fiabilidad con la relevancia. TPIY, *Milošević* (30 septiembre 2003), §9: “[r]ule 92bis is the *lex specialis* which takes the admissibility of such written statements of prospective witnesses and transcripts of evidence out of the scope of the *lex generalis* of Rule 89 (C), although the general propositions which are implicit in Rule 89 (C) – that evidence is admissible only if it is relevant and that it is relevant only if it has probative value – remain applicable to Rule 92bis” [énfasis en el original].

⁹ W. Twining (1985), 42, 68; R. May (1999), 8.

fiable¹⁰). La regla 89 exige también que el valor probatorio supere la necesidad de asegurar un juicio justo, lo cual significa que en casos de pruebas fiables pero obtenidas por métodos irregulares, debe procederse a la ponderación para finalmente determinar cuál tiene mayor importancia.

Siendo que los elementos de la regla de la admisión *propiamente dicha* son copulativos (deben cumplirse de forma conjunta)¹¹, la admisión operará en todos aquellos casos en los que se cumpla simultáneamente con los tres elementos antes indicados y operará la exclusión en todos los casos en los que no se cumpla con al menos uno de ellos. En lenguaje lógico, lo anterior se lo podría representar de la siguiente forma: siendo ‘p’ la relevancia; ‘q’ el valor probatorio; y ‘r’ la noción de que la justicia del proceso no supere el valor probatorio; la admisión opera únicamente en $(p \wedge q \wedge r)$ y la exclusión opera en todos aquellos casos en los que falta al menos un elemento: $(\sim p \wedge q \wedge r)$; $(p \wedge \sim q \wedge r)$; $(p \wedge q \wedge \sim r)$; $(\sim p \wedge \sim q \wedge r)$; $(\sim p \wedge q \wedge \sim r)$; $(p \wedge \sim q \wedge \sim r)$; y, $(\sim p \wedge \sim q \wedge \sim r)$.

En los términos de la Regla 95 existen dos condiciones que pueden conducir a la exclusión de una prueba del proceso. Se trata de criterios alternativos (no es necesario que se cumplan conjuntamente)¹², de modo que al momento en que se cumple con alguno de ellos corresponde la exclusión de la prueba, sin que sea necesario analizar el cumplimiento o no del otro criterio o condición. *A contrario sensu*, la prueba será admitida sólo cuando no se cumplan los dos escenarios conjuntamente. En lenguaje lógico, lo anterior se lo puede representar de la siguiente forma: siendo ‘s’ la afectación de la fiabilidad de la prueba en razón de los medios empleados para su obtención; y, siendo ‘t’ la afectación de la justicia

¹⁰ La no-fiabilidad de una prueba es incompatible con la admisión; de ahí que toda prueba que adolezca de fiabilidad deba ser excluida del proceso. *Cfr.* TPIY, *Tadić* (5 agosto 1996) §15: “if evidence offered is unreliable, it certainly would not have probative value and would be excluded under Sub-rule 89 (C)”. Ver también TPIY, *Orić* (21 octubre 2004) Guidelines (xi); TPIY, *Blagojević and Jokić* (18 diciembre 2003) §15. La prueba no-fiable será excluida en virtud de la Sub-regla 89 (C), ver *infra* sección 2.2.3 de este capítulo.

¹¹ TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-A), §16.

¹² Regla 95: “[n]o evidence shall be admissible if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability **or** if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings.” [énfasis del autor].

del proceso; la exclusión opera en $(s \vee t)$; $(s \vee \sim t)$; y $(\sim s \vee t)$, de tal modo que la admisión únicamente operaría en $(\sim s \vee \sim t)$, es decir, cuando no se cumple ninguno de los escenarios que contemplan la *regla de la exclusión propiamente dicha*.

De lo anterior podría concluirse que existen *reglas de la admisión propiamente dicha* (Regla 89) y *no propiamente dicha* (\sim Regla 95); así como también, *reglas de la exclusión propiamente dicha* (Regla 95) y *no propiamente dicha* (\sim Regla 89). Además se deduce también que la prueba se admite sólo en dos casos: $(p \wedge q \wedge r)$; y $(\sim s \vee \sim t)$ y que la prueba se excluye en todos los casos siguientes: $(\sim p \wedge q \wedge r)$; $(p \wedge \sim q \wedge r)$; $(p \wedge q \wedge \sim r)$; $(\sim p \wedge \sim q \wedge r)$; $(\sim p \wedge q \wedge \sim r)$; $(p \wedge \sim q \wedge \sim r)$; $(\sim p \wedge \sim q \wedge \sim r)$; $(s \vee t)$; $(s \vee \sim t)$; y $(\sim s \vee t)$. La formulación lógica muestra que hay más posibilidades de que la prueba sea excluida antes que admitida. Sin embargo, esta conclusión podría tornarse diferente tras analizar *in extenso* la interpretación dada por el Tribunal al contenido de las reglas. Que exista un mayor número de supuestos en que la prueba ha de ser excluida no significa que, en efecto, el Tribunal opte más por la exclusión de una prueba que por su admisión. Para ello, será necesario observar qué presupuestos son más fácilmente verificables: los de la admisión o los de la exclusión (ver más adelante sección 2.2.4 de este capítulo).

2.2. La (no) fiabilidad de una prueba como elemento para su (no) admisión

Ahora se pasará a examinar la *fiabilidad como requisito para la admisión* y la *no-fiabilidad como requisito para la exclusión* de una prueba. Particularmente se estudiará cuál es el umbral de fiabilidad requerido para la admisión (Regla 89); cuál ha sido la posición del Tribunal con respecto a pruebas de fiabilidad dudosa; cuál es el umbral de no-fiabilidad requerido para la exclusión (\sim Regla 89); y cuál es el umbral de no-fiabilidad requerido para la exclusión cuando aquél se deriva del método empleado para la obtención de una prueba (Regla 95). Esto nos ayudará a determinar qué presupuestos son más fácilmente verificables: aquéllos que favorecen la admisión o los de la exclusión.

2.2.1. Umbral de fiabilidad requerido para la admisión (Regla 89)

En varias decisiones del Tribunal ha quedado establecido que la fiabilidad es un requisito de la admisión, esto quiere decir que —previo a la admisión— debe verificarse el carácter fiable de toda prueba¹³. La decisión de admitir una prueba no es más que una decisión preliminar, lo cual implica que el juez debe pronunciarse, aun sin conocer en su totalidad todas las pruebas y, por tanto, sin poder determinar más que aisladamente si la prueba en cuestión es fiable. Esto ha conllevado a que las decisiones sobre la admisión de una prueba no puedan fundamentarse más que en exámenes *prima facie*, lo cual quiere decir: (a) que el Tribunal se pronuncia con base en la apariencia o los indicios de que se cumple el requisito de la fiabilidad¹⁴; (b) que la admisión de una prueba no equivale a decir que un hecho esté probado¹⁵ y, (c) que las decisiones se hallan sujetas a cambios posteriores¹⁶ que pueden ser incluso reactivados por el Tribunal *ex officio*¹⁷.

La exigencia de la fiabilidad de la prueba como requisito para la admisión no se presentó siempre de modo uniforme en la jurisprudencia del Tribunal, pues no se halla expresamente como tal en las reglas sino que se deriva de la noción de

¹³ TPIY, *Tadić* (5 agosto 1996) §15. La regla 89 (C) exige además de relevancia, que la prueba tenga probative value y esto se lo entiende como la exigencia de que tenga un mínimo de fiabilidad: “the focus in determining whether evidence is probative within the meaning of Sub-rule 89 (C) should be at minimum that the evidence is reliable” [se omitieron los pies de página].

¹⁴ La Sala en TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002) §18 citando TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-A), §20 decidió que el estándar es: “indicia of reliability to make out a prima facie case”. Sin embargo, en TPIY, *Orić* (21 octubre 2004), Guidelines (ii) la Sala sostuvo que el estándar para admitir una prueba varía en función de si es el Fiscal o la Defensa quien pretende que se admita una prueba al proceso. Mientras que el Fiscal debe probar más allá de toda duda razonable que la prueba es relevante, que tiene valor probatorio y que es fiable; la Defensa debe probarlo *on a balance of probabilities*, sin embargo luego se contradice con la guía (iii) en la que se afirma que el estándar para la admisión de la prueba no debe ser excesivamente alto, pues particularmente los documentos buscan proveer un contexto y completar otras pruebas.

¹⁵ TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-A), §20: “(...) the Trial Chamber wishes to make clear that the mere admission of a document into evidence does not in and of itself signify that the statements contained therein will necessarily be deemed to be an accurate portrayal of the facts. Factors such as authenticity and proof of authorship will naturally assume the greatest importance in the Trial Chamber’s assessment of the weight to be attached to individual pieces of evidence. (...)”. Ver también TPIY, *Orić* (21 octubre 2004) Guidelines (xi).

¹⁶ TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §2; TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §17.

¹⁷ TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §10.

valor probatorio contenida en la Sub-regla 89 (C). En *Kordić and Čerkez*¹⁸ se manifestó una divergencia de opinión entre dos Salas del Tribunal sobre este tema. La Sala de Juzgamiento presidida por el Juez May sostuvo que la declaración sin juramento, prestada fuera del juicio por un testigo ya fallecido, el cual no sería evidentemente sometido a conainterrogatorio, sería sin embargo admitida al proceso, siempre —y en este sentido la Sala siguió la jurisprudencia del TEDH— que la posible condena no se fundamentase únicamente en dicha prueba¹⁹. En este sentido, la Sala de Juzgamiento omitió apreciar durante el examen de la admisión el grado de fiabilidad de la prueba, presumiblemente para evaluarlo antes de dictar sentencia. Esta decisión fue luego revertida por la Sala de Apelaciones con el argumento de que la Sala de Juzgamiento no había tenido en cuenta que la prueba carecía de fiabilidad y con esto dejó sentado como precedente que el examen de la fiabilidad de una prueba era necesario para su admisión. En opinión de la Sala de Apelaciones, se presentaban varios factores que ponían en duda la fiabilidad de dicha prueba y que, por tanto, afectaban su valor probatorio: (a) que fuese practicada fuera de juicio y sin juramento; (b) la imposibilidad de conainterrogar al testigo, dado que había fallecido; (c) que dicho testimonio probaría un hecho que no había sido probado por otras pruebas; (d) que se trataba de una prueba de oídas, no de primera mano, sino de una fuente remota y, (e) que quien tomó el testimonio no hablaba el idioma del testigo y, por tanto, confió plenamente en lo que entendía el intérprete. Todo esto condujo a la Sala de Apelaciones a concluir que el testimonio de la persona fallecida adolecía de fiabilidad *prima facie* y, por tanto, de valor probatorio, de modo que no debía ser admitida al proceso²⁰. En lo sucesivo, fue reiterativa la exigencia de que se evaluase la fiabilidad *prima facie* de una prueba, antes de su admisión²¹.

¹⁸ No obstante, ya en TPIY, *Tadić* (5 agosto 1996) §§8, 9 se había afirmado que la fiabilidad era un requisito para determinar el valor probatorio y por tanto debía ser tenido en cuenta para la admisión de la prueba al proceso.

¹⁹ TPIY, *Kordić and Čerkez* (21 febrero 2000), 14700-14702.

²⁰ TPIY, *Kordić and Čerkez* (21 julio 2000), §§27, 28.

²¹ TPIY, *Orić* (21 octubre 2004), Guideline (xi): “[i]t seems that the Rules implicitly require that reliability be a component of admissibility and indeed, following previous case-law of this Tribunal on the matter, this Trial Chamber agrees that reliability is an inherent and implicit

Existen opiniones muy fundadas que se oponen a que la fiabilidad de una prueba sea un requisito para su admisión al proceso. La razón radica en la dificultad de determinar el carácter fiable de una prueba *sin tener una visión completa de todas las pruebas aportadas*²². Esta crítica resulta especialmente pertinente en aquellos casos en que la fiabilidad de una prueba en particular no es clara, y se presume que al ver todas las pruebas en su conjunto pueda dilucidarse su fiabilidad. La corroboración de una prueba con otras podría ser un elemento importante para determinar su fiabilidad²³. De ahí que carecer de un panorama completo de las demás pruebas dificulte la operación de decidir preliminarmente sobre la admisión o exclusión de una prueba en particular. Sin perjuicio de la validez de esta crítica podría decirse que en ningún caso podrá verificarse con certeza la fiabilidad o no de una prueba ni aun viendo las pruebas en su conjunto (examen de la fiabilidad *a posteriori*). Esto se debe a que el juez *se vale de otros para conocer hechos pasados*: el juez no observa los hechos directamente, sino que toma noticia de ellos a través del relato de las partes o de los terceros. Estas pruebas, aun teniendo conexión con el hecho en disputa podrían adolecer fácilmente de fiabilidad si el testigo estuviese mintiendo o simplemente exagerando²⁴, o si un documento en particular hubiere sido falsificado. De ahí que no se pueda hablar de la fiabilidad como un concepto objetivo, sino solo perceptivo. No obstante que el Tribunal deba operar siempre con grados de incertidumbre, hay que reconocer que éstos se verán agravados si se adopta una decisión sin observar las pruebas en su conjunto.

component of each element of admissibility (...)" [se omitieron los pies de página]. Ver también TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §18.

²² R. May, M. Wierda (2002), 109 y ss.

²³ U.S. Lundqvist (2002), 648 y ss.; TPIY, *Kupreškić et al.* (23 octubre 2001), §202: "[i]t is a fundamental principle, affirmed in the jurisprudence of this Tribunal, that the credit of a witness can never be finally determined until all of the evidence has been given" [se omitieron los pies de página]. Ver también *id.*, §334: "[a] tribunal of fact must never look at the evidence of each witness separately, as if it existed in a hermetically sealed compartment; it is the accumulation of *all* the evidence in the case which must be considered. The evidence of one witness, when considered by itself, may appear at first to be of poor quality, but it may gain strength from other evidence in the case"

²⁴ Para referencias sobre estudios realizados que comprueban la incertidumbre de la prueba de testigos para la averiguación de la verdad, véase M. Gascón Abellán (2004), 84-85; N.A. Combs (2005).

El Tribunal, reconociendo esta dificultad, ha establecido —como antes se había indicado— que la decisión de admitir una prueba es revocable²⁵ y que por ello no debe confundirse la admisión con la asignación de peso probatorio a una prueba. Que una prueba sea admitida al proceso quiere decir únicamente que ha cumplido con los requisitos para su admisión y que no ha habido razones graves para excluirla. Por tanto, aquello que se admite no prueba directamente un hecho²⁶. De ahí la importancia de distinguir entre admisión y determinación del peso probatorio²⁷. Un ejemplo claro de esta distinción puede ser visto en *Tadić*, en el que el Tribunal admitió —no obstante la oposición de la defensa— una prueba testimonial al proceso. Esta prueba apoyaba la acusación formulada por el Fiscal a Tadić de haber causado la muerte a Karabašić. Sin embargo, en la decisión final, el Tribunal se negó a otorgar valor probatorio alguno a dicha prueba y, en tal virtud, el acusado fue absuelto de dicho cargo aunque condenado por otros²⁸.

Según la interpretación dada a la regla 89 se exige un estándar de fiabilidad *prima facie* para la admisión de una prueba, con las implicaciones que esto conlleva. Ahora se pasará a determinar cuándo una prueba cumple con dicho estándar de fiabilidad *prima facie*.

2.2.2. Determinación del estándar de fiabilidad *prima facie* en los distintos tipos de prueba: casos de fiabilidad dudosa

El estándar de fiabilidad *prima facie* sólo nos puede dar luces, a primera vista, respecto de dos situaciones: (1) que con una fiabilidad mínima se admite

²⁵ TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002) §§17, 25; TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §10; TPIY, *Orić* (21 octubre 2004) Guidelines (xii). La decisión sobre la admisión o no de una prueba es reversible no sólo por iniciativa de parte sino también *ex officio*, en virtud de la implícita tarea del Tribunal de buscar la verdad.

²⁶ TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002) §18; TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §3.

²⁷ TPIY, *Blagojević and Jokić* (18 diciembre 2003), §14. En este sentido puede verse también TPIR, *Karemera, Ngirumpatse and Nzirorera* (25 enero 2008), §8.

²⁸ En este mismo sentido el comentario de B. Swart (1999), 202 y ss. Otro ejemplo, puede verse en la decisión TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-B), §§33-34 en el que el Tribunal clarifica que no por el hecho que se admita una carta al proceso, se está probando que el acusado Mucić escribió la carta.

una prueba al proceso; y, (2) que frente a un grado de no-fiabilidad notoria y grave, la prueba no puede ser admitida pues no cumpliría con el requisito de fiabilidad mínima y por tanto debería ser excluida del proceso. Queda, sin embargo, por analizar qué sucede en los casos de fiabilidad dudosa de una prueba: ¿se favorece su exclusión o su admisión? Para determinarlo se recurrirá a la jurisprudencia del Tribunal.

El Tribunal ha manifestado que las objeciones respecto de la autenticidad de una prueba no impiden que ella sea admitida, pues se cumple con el umbral de fiabilidad *prima facie* requerido²⁹. Esto no se apoya en un verdadero análisis del carácter fiable de la prueba objetada sino en una preferencia del Tribunal de favorecer la admisión de las pruebas. Esto queda evidenciado por la práctica del Tribunal de posponer el examen de la autenticidad de un documento o de un video hasta el momento de dictar sentencia³⁰. La práctica instaurada consiste en admitir las pruebas y tras ver en conjunto todas las pruebas practicadas, determinar si debe asignarse peso probatorio alguno y, en concreto, qué peso darle³¹ o excluir la prueba en caso de que el Tribunal esté convencido de que no es auténtica³². Esta

²⁹ Las pruebas siguientes son *prima facie* fiables y por tanto deben ser admitidas al proceso: el *hearsay evidence*, testimonios rendidos fuera de la corte, los testimonios respecto de los cuales la otra parte no tendrá la posibilidad de examinar al testigo, un documento no firmado o no estampado. Optando por su admisión, el Tribunal decidirá luego qué peso probatorio darle después de haber visto el conjunto de pruebas, *cfr.* TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §20. Para *hearsay* y testimonios rendidos fuera de corte: TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §§20, 21; TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-A), §22; TPIY, *Aleksovski* (16 febrero 1999), §15; TPIY, *Tadić* (5 agosto 1996), §§15-19. En cuanto a la imposibilidad de la otra parte de examinar al testigo: TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §6; TPIY, *Aleksovski* (16 febrero 1999), §15. Respecto del documento no firmado o estampado: TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §5; TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §20. En cuanto a los documentos cuyo autor no será llamado a testificar: TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §5; TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §20; TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-A), §22.

³⁰ En la decisión TPIY, *Blaskić* (30 enero 1998), §§12, 14, 15 el Tribunal definió lo que significa autenticidad de un documento. La autenticidad se refiere a que el documento es genuino, esto es, que el documento es aquello que pretende ser. La autenticidad puede ser comprobada por varios modos, uno de ellos, es revelando la autoría del documento, es decir, quién es el autor. Esto quiere decir que la autoría del documento es un elemento que define su autenticidad. Particularmente, el Tribunal se refirió a que ninguna parte puede ser obligada a revelar el método mediante el cual se obtuvo el documento, pues aquello constituye estrategia de investigación que cada parte puede mantener en reserva.

³¹ TPIY, *Blagojević and Jokić* (18 diciembre 2003), §18; TPIY, *Kordić and Čerkez* (21 julio 2000), §23; TPIY, *Blaskić* (30 enero 1998), §§10-12.

³² TPIY, *Kordić and Čerkez* (21 febrero 2000) 14701, líneas 1-4.

práctica ha sido especialmente implementada para los documentos y videos cuya autenticidad ha sido objetada³³.

En *Karadžić*, el Tribunal reconoció que las grabaciones constituían una categoría especial de prueba, pues su fiabilidad no podía ser establecida sino a la luz de otras pruebas³⁴. De ahí que para este tipo de pruebas se aplique un estándar de fiabilidad *prima facie* más relajado que para otro tipo de pruebas; se procederá pues, fácilmente con su admisión sin perjuicio de que pueda luego, al momento de dictar sentencia, aplicarse el verdadero examen de fiabilidad teniendo en consideración las demás pruebas aportadas. En *Brđanin*, el Tribunal consideró que el estándar de fiabilidad *prima facie* se encontraba cumplido en virtud de que había explicaciones *prima facie* adecuadas que satisfacían la discrepancia de fechas en algunas de las grabaciones y que aclaraban por qué ciertas partes habían sido omitidas³⁵. El Tribunal, en *Orić*³⁶, sostuvo que las objeciones respecto de las grabaciones telefónicas dicen relación con la autenticidad de la prueba y, por tanto, han de ser admitidas para que, al momento de dictar sentencia, se les otorgue un peso probatorio en el contexto de las demás pruebas tomadas en conjunto.

En el caso de testimonios, la existencia de un cierto indicio de fiabilidad se determina de dos maneras³⁷. La primera, observando el medio mediante el cual el testimonio fue obtenido y las circunstancias que rodearon dicha obtención. Con esto se evalúa la voluntariedad y la fiabilidad (*trustworthiness*) del testimonio. Y la segunda, observando el contenido del testimonio, para determinar su veracidad

³³ TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §4: “[w]hen objections are raised on grounds of authenticity, this Trial Chamber will follow the practice this Tribunal has previously adopted, namely, to admit documents and video recordings and then decide what weight to give them in the context of the trial record as a whole”. En el mismo sentido ver TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §19.

³⁴ TPIY, *Karadžić* (30 septiembre 2010), §2. Ver también TPIY, *Brđanin* (3 octubre 2003), §68: “(...) In this context the Trial Chamber is satisfied that on a prima facie basis there is enough to warrant their admission at this stage subject to the overall examination of the evidence in due course (...)”

³⁵ TPIY, *Brđanin* (3 octubre 2003), §68.

³⁶ TPIY, *Orić* (21 octubre 2004) Guidelines (v).

³⁷ TPIY, *Blagojević and Jokić* (18 diciembre 2003), §15; TPIY, *Tadić* (5 agosto 1996) §19; TPIY, *Aleksovski* (16 febrero 1999), §15.

(*truthfulness*). Sin embargo, el cumplimiento de este segundo requisito es, en nuestra opinión, de difícil determinación si no se observan en conjunto todas las demás pruebas aportadas. Pues para evaluar la veracidad del testimonio es necesario contrastarlo con otras pruebas. Esto quiere decir que el verdadero examen de fiabilidad habrá de esperar hasta que las demás pruebas hayan sido ingresadas al proceso.

En *Blagojević and Jokić*, el Tribunal empleó estos dos criterios en la determinación de la admisión de unas grabaciones. Así, tomó en consideración la experiencia técnica de quienes efectuaron las grabaciones y la forma en que fueron realizadas las transcripciones; particularmente, el Tribunal resaltó que los transcritores no realizaron especulaciones respecto de los pasajes en los que no se lograba entender, a causa del ruido, lo que se decía sino que fueron dejados en blanco. En lo que se refiere al contenido de las grabaciones, el Tribunal tomó en consideración que la Fiscalía tenía a su cargo un proyecto cuyo objetivo consistía en contrastar el contenido de las grabaciones con otras pruebas, para así determinar su consistencia y credibilidad.³⁸ Esto confirma que las demás pruebas son necesarias para determinar la veracidad del contenido de un testimonio.

Son admisibles el *hearsay evidence* (el testimonio de oídas) —que comúnmente es menos fiable que una prueba testimonial de primera mano— y testimonios prestados fuera del juicio, mientras sean relevantes y tengan un valor probatorio *prima facie*³⁹. Para determinar su fiabilidad el Tribunal tiene en cuenta el contenido (el cual presenta los mismos problemas antes referidos) y las circunstancias en que fueron prestados, así como también si se trata de un *hearsay* de primera mano y si la otra parte tendrá la posibilidad de examinar al testigo⁴⁰.

Sin perjuicio de las inconsistencias que pueda contener una prueba, aquello no impedirá que sea admitida, debiendo el Tribunal, antes de dictar sentencia,

³⁸ TPIY, *Blagojević and Jokić* (18 diciembre 2003), §§21-24, 26.

³⁹ TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §§20, 21; TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-A), §22; TPIY, *Aleksovski* (16 febrero 1999), §15; TPIY, *Tadić* (5 agosto 1996), §15.

⁴⁰ TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §6; TPIY, *Aleksovski* (16 febrero 1999), §15.

tener este particular en cuenta para asignar o no un determinado peso probatorio⁴¹. Esta práctica también demuestra cómo se favorece la admisión de una prueba.

De los casos analizados se puede inferir que el estándar de fiabilidad *prima facie* no exige un umbral muy elevado de fiabilidad de una prueba. Una prueba es *prima facie* fiable cuando hay indicios de que lo es, no cuando su fiabilidad sea intachable, sino incluso cuando su fiabilidad es dudosa por haber sido cuestionada. De los casos antes expuestos, se puede inferir que la admisión procede también cuando se tienen dudas acerca de la fiabilidad de una prueba. Se puede afirmar asimismo que el estándar de fiabilidad *prima facie* requerido para la admisión es naturalmente compatible con la admisión de pruebas de fiabilidad dudosa⁴². Esto quiere decir que admitir una prueba resulta ser más fácil que excluirla.

⁴¹ TPIY, *Kupreškić et al.* (23 octubre 2001), §31: “(...) The presence of inconsistencies in the evidence does not, *per se*, require a reasonable Trial Chamber to reject it as being unreliable. Similarly, factors such as the passage of time between the events and the testimony of the witness, the possible influence of third persons, discrepancies, or the existence of stressful conditions at the time the events took place do not automatically exclude the Trial Chamber from relying on the evidence. However, the Trial Chamber should consider such factors as it assesses and weighs the evidence” [se omitieron las notas al pie de página y lo resaltado pertenece al original].

⁴² Para determinar qué es y qué no es compatible con un enunciado se aplica el cuadrado de oposiciones lógicas. Asumiendo la verdad de un enunciado se pueden obtener los enunciados que son compatibles con él (o también llamados subalternos) e incompatibles (que incluye tanto a los contradictorios y a los contrarios). Aplicando el denominado cuadrado de oposiciones lógicas, si ‘todo S es P’ es verdadero, entonces, serán falsos ‘algún S no es P’ por contradictorio y ‘ningún S es P’ por contrario. De ahí se deriva que: al aceptarse que toda prueba *prima facie* fiable sea admitida ‘todo S es P’ se estaría rechazando que: alguna prueba *prima facie* fiable no se admita ‘algún S no es P’ y que ninguna prueba *prima facie* fiable se admita ‘ningún S es P’. Esto quiere decir, que lo que se prohíbe es que *se deje de admitir aquello que cumple con los requisitos para la admisión*. Por otro lado, si se acepta que todo lo que se excluya tenga no fiabilidad comprobada ‘todo no-P es no-S’ se estaría rechazando que: algo de lo que se excluya no tenga no-fiabilidad comprobada ‘algún no-P no es no-S’ y que nada de lo que se excluya tenga no-fiabilidad comprobada. Esto quiere decir que lo que se prohíbe es que *se excluya aquello que no cumple con los requisitos para la exclusión*. Mientras que la admisión cuida que se admita todo aquello que sea *prima facie* fiable, la exclusión cuida que se excluya únicamente aquello cuya no-fiabilidad esté comprobada. De ahí que las dudas en cuanto a la fiabilidad o no de una prueba sean compatibles con la admisión (a primera vista fiable) y no con la exclusión (no fiabilidad comprobada). Para el cuadrado de oposiciones *Cfr.* I.M. Copi, C. Cohen (1998), 226-230.

2.2.3. Umbral de no-fiabilidad requerido para la exclusión (~Regla 89)

Una prueba es *prima facie* fiable cuando posee un mínimo de fiabilidad a pesar de la presencia de ciertos indicios acerca de su no-fiabilidad. Con este estándar no sería compatible la exclusión de la prueba por ser *prima facie* no-fiable; por el contrario, se requeriría que la prueba carezca de fiabilidad⁴³. Para la exclusión de una prueba no basta que se ponga en duda su fiabilidad, pues aquello sigue siendo amparado por el umbral de la admisión, sino que se vuelve necesario que se trate de una ausencia o disminución de fiabilidad notoria o grave. Para la exclusión no se aplica el estándar de no-fiabilidad *prima facie*, pues si fuera así, la admisión de una prueba se habría visto desplazada por cualquier duda que se levantara sobre ella; de ahí que para derrotar preliminarmente la fiabilidad de una prueba se requiera una grave y notoria ausencia de fiabilidad.

⁴³ Para la admisión se requiere que la prueba sea *prima facie* fiable, esto se lo puede representar de la siguiente manera ‘todo S es P’. Siendo que S equivale a ‘prueba *prima facie* fiable’ y P a ‘admisible’, entonces toda prueba *prima facie* fiable es admisible. A través de la lógica aristotélica es posible obtener el juicio opuesto a ‘todo S es P’. El método para hacerlo se denomina ‘contraposición’ y resulta de aplicar dos operaciones lógicas tres veces: la obversión, la conversión y nuevamente la obversión. La obversión es un tipo de inferencia inmediata, lo cual quiere decir que puede ser automáticamente inferida de una proposición cualquiera y resulta de modificar el elemento cuantitativo de una proposición y de reemplazar el sujeto de la oración por su complemento, *i.e.* el complemento de residentes es no-residentes, de héroes es no-héroes. La cantidad de una proposición se la modifica, por ejemplo, de la siguiente manera: Todos (...) por No-Todos (...). La conversión es también un tipo de inferencia inmediata que resulta de intercambiar el sujeto con el predicado de una proposición y en muchas ocasiones se modifica el elemento cuantificador de la proposición cambiando la proposición universal (todos) por una particular (algunos). La contraposición de ‘Todo S es P’ es ‘Todo no-P es no-S’ y se la obtiene de la siguiente manera: “begining with ‘All S is P,’ we obvert it to obtain ‘No S is non-P,’ which converts validly to ‘No non-P is S,’ whose obverse is ‘All non-P is non-S.’ Thus the contrapositive of any A proposition is the obverse of the converse of the obverse of that proposition” [énfasis en el original]. *Cfr.* I.M. Copi, C. Cohen (1998), 234-237.

‘Todo no-P es no-S’ quiere decir: todo lo que no se admite es no (*prima facie* fiable), lo cual es equivalente a decir que todo lo que no se admite es no *prima facie* no fiable. En otras palabras, para la exclusión es necesario el estándar de no fiabilidad comprobada (no *prima facie*).

2.2.4. El umbral de fiabilidad requerido para la admisión (Regla 89) es más fácilmente verificable que el umbral de no fiabilidad requerido para la exclusión (~Regla 89)

De todo lo anterior se puede concluir que el Tribunal aplica tres reglas: (1) para la admisión es necesario un mínimo de fiabilidad, es decir que la prueba sea *prima facie* fiable; (2) para la exclusión es necesario que la carencia de fiabilidad esté comprobada; y, (3) en caso de dudas acerca de si la prueba es fiable o no, habrá de optarse por su admisión, aunque esta decisión pueda ser revocada al momento de dictar sentencia.

Dada la dificultad de que se establezca de forma suficiente en una decisión preliminar la fiabilidad o no de una prueba, es más posible que aquello que prevalezca sea la incertidumbre respecto de su carácter. Como las dudas son compatibles con la admisión y, dado que la exclusión sólo opera por motivos de grave no-fiabilidad, en la mayoría de los casos procederá la admisión de la prueba antes que su exclusión. Esto ha conducido a que la admisión —dada la amplitud de su campo de aplicación— sea la regla general⁴⁴ y sólo excepcionalmente, en casos de afectación notoria de la fiabilidad, se opte por la exclusión.

La inferencia preliminar con la que se inició este trabajo no puede ser confirmada. De acuerdo con ella eran más el número de supuestos lógicos de exclusión que los de admisión y, por tanto, parecía que la exclusión podría tener lugar con más frecuencia que la admisión. Es preciso concluir ahora, en sentido contrario, que la admisión ocurre con más frecuencia que la exclusión. Esto se ha mostrado con distintos ejemplos que denotan que la admisión exige un umbral muy bajo a través del cual ingresan pruebas de fiabilidad dudosa.

⁴⁴ TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §1.

2.2.5. Umbral de no-fiabilidad derivado del método empleado para la obtención de una prueba (Regla 95)

A partir de la Sub-regla 89 (C) quedó determinado el estándar de no-fiabilidad requerido para la exclusión de la prueba; es necesario ahora analizar si aquél es el mismo que exige la *regla de la exclusión propiamente dicha* (Regla 95).

La regla 95 sólo obliga a la exclusión de la prueba en el caso en que su fiabilidad se vea afectada en virtud del método empleado para su obtención. De ser así, parecería entonces que mientras la regla de admisión evoca la fiabilidad de la prueba en un sentido general, como requisito para su admisión, la regla de exclusión adjetiviza dicha falta de fiabilidad, en el sentido de que deba excluirse sólo cuando la fiabilidad se vea afectada por el método empleado en la obtención de la prueba. Esto, sin embargo, no significa que en todos los demás casos en los que, por cualquier otra razón —distinta de los medios empleados para su obtención—, la fiabilidad de la prueba se vea afectada, no deba ser excluida. Al contrario, como fue inicialmente señalado, las reglas que regulan la exclusión y admisión de pruebas son equivalentes, de modo que el no cumplimiento de los requisitos para la admisión conlleva la exclusión; además, el Tribunal ha establecido que la fiabilidad *prima facie* es un requisito de la admisión, por lo cual toda prueba que no cumpla con este estándar será excluida con base en la Sub-regla 89 (C)⁴⁵. ¿Por qué entonces la regla 95 se refiere de forma particular a la falta de fiabilidad ocasionada en virtud del método empleado para su obtención, si toda falta de fiabilidad sería causa de exclusión en virtud de la Sub-regla 89 (C)? La respuesta no puede ser categórica, pero de las decisiones que se analizarán se puede inferir que mientras la Sub-regla 89 (C) exige implícitamente para la exclusión una falta de fiabilidad comprobada, la Regla 95 exige también implícitamente una falta de fiabilidad *prima facie*. Es decir sólo cuando la

⁴⁵ TPIY, *Blagojević and Jokić* (18 diciembre 2003), §15.

fiabilidad de una prueba se vea afectada en razón del método empleado para su obtención se exige una falta de fiabilidad *prima facie*.

La falta de fiabilidad *prima facie* alude a que en todos los casos en los que la posible no-fiabilidad de la prueba provenga de los medios empleados para su obtención, se debe excluir automáticamente la prueba —aun cuando haya posibilidades de que la prueba fuese fiable—. El ejemplo que ilustra de mejor manera este caso son los testimonios obtenidos bajo presión o de forma no-voluntaria. Así, el Tribunal ha establecido que, en caso de que se llegase a comprobar *prima facie* que algún testimonio no fue realizado de forma voluntaria o que aparezca haber sido obtenido por medio de presión, debe optarse por su exclusión⁴⁶. Para su admisión, la Oficina de la Fiscalía deberá comprobar más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*) que el testimonio fue obtenido voluntariamente⁴⁷. No es necesario, por tanto, producir una prueba que revele que el testimonio no es fiable, su no-fiabilidad se presume por haber sido obtenido de forma no-voluntaria o bajo presión.

De todo lo anterior cabe concluir que las dudas respecto a la fiabilidad de una prueba pueden obedecer a dos grupos de razones: (1) a los medios empleados para su obtención y, (2) las demás razones. En todos los casos en los que las dudas sobre la no-fiabilidad de la prueba surgen de los medios en que la prueba fue obtenida se aplica el estándar de la regla 95 (*prima facie* no-fiable); mientras que, en todos los demás casos, en los que las dudas surgen por otras razones, se aplica el estándar de la Sub-regla 89 (C) (no-fiabilidad grave y comprobada).

⁴⁶ TPIY, *Stakić* (25 febrero 2002), §8; TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §23. El Tribunal ha afirmado que “[s]tatements which are not voluntary but obtained by oppressive conduct, cannot pass the test under Rule 95. If there is a *prima facie* indicia that there was such an oppressive conduct, the burden on the prosecuting party to prove beyond a reasonable doubt that the statement was voluntary and not obtained by oppressive conduct”

⁴⁷ TPIY, *Delalić et al.* (2 septiembre 1997), §§41-42. En este mismo sentido, puede verse TPIR, *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva* (14 octubre 2004), §§17-21; TPIR, *Karemera, Ngirumpatse and Nzirorera* (2 noviembre 2007), §§25-31. En ambos casos, el TPIR sostuvo que se puede renunciar válidamente al derecho a contar con la asistencia de un abogado, siempre que el acusado haya sido previamente informado de sus derechos; cuya prueba corresponde a la Fiscalía.

Lo anterior no obsta la afirmación hecha al concluir la sección 2.2.4 de este capítulo acerca de que la admisión de una prueba es favorecida por sobre la exclusión. Que el estándar de no-fiabilidad requerido para la aplicación de la regla 95 sea *prima facie* confirma esta aseveración, pues denota el limitado ámbito de aplicación de la regla de la exclusión: únicamente para casos en que la no-fiabilidad de una prueba resulte de los medios empleados para su obtención. En todos los demás casos, el umbral que ha de aplicarse es de no-fiabilidad grave. Además, no se ha encontrado que esta regla se extienda a otros casos que no sean testimonios obtenidos bajo presión o de forma no-voluntaria. Esto confirma el limitado ámbito de aplicación de esta regla.

2.3. La (no) afectación de la integridad del proceso como elemento para (no) excluir una prueba del proceso

A continuación se estudiará el requisito de la comprobación de la afectación de la integridad del proceso para que una prueba deba ser excluida. Se tendrá en cuenta que, por un lado, la regla 89 (D) otorga al Tribunal la potestad de excluir pruebas cuando su valor probatorio sea sustancialmente superado por la necesidad de asegurar un juicio justo. Mientras que, por otro lado, la regla 95 prohíbe la admisión de una prueba que afecte gravemente la integridad del proceso. Se analizará cómo se complementan y distinguen en carácter y contenido estas dos reglas. Se estudiarán los distintos casos en que la admisión de una prueba puede llegar a afectar la integridad del proceso (Regla 95). Finalmente, se pasará a examinar las estrategias utilizadas por el Tribunal para resolver el conflicto entre el criterio de la fiabilidad y la afectación de un derecho del acusado, partiendo del supuesto de que se tiene, por un lado, una prueba fiable pero, por otro, obtenida a través de métodos que afectan derechos del acusado (Sub-regla 89 (D)).

2.3.1. La relación entre la Regla 95 y la Sub-regla 89 (D)

La fiabilidad o no de una prueba no es el único elemento a tener en cuenta al momento de decidir sobre su admisión o exclusión del proceso. La afectación o no de un juicio justo juega también un rol importante en esta toma de decisión. Así, no basta que la prueba sea fiable, sino que es además necesario que de su admisión no resulte gravemente afectada la integridad del proceso. Tanto la regla 95 como la Sub-regla 89 (D) se refieren a este elemento. La parte pertinente de la Regla 95 menciona que ninguna prueba debe ser admitida si de su admisión resulta seriamente afectada la integridad del proceso:

“No evidence shall be admissible if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings”.

La Sub-regla 89 (D) indica que una prueba podría ser excluida si su valor probatorio es sustancialmente superado por la necesidad de asegurar un juicio justo:

“A Chamber may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial”.

Ambas reglas están redactadas en términos de hacer que opere la exclusión⁴⁸ y ambas hacen referencia sea ya a la integridad, ya a la justicia del proceso; sin embargo, como fue antes señalado, esto no obsta para que también operen como reglas de admisión *no propiamente dicha*. No obstante sus similitudes, estas reglas conservan importantes diferencias. La regla 89 (D) es potestativa: ‘una prueba *podría* ser excluida si (...)’ y además hace referencia a un juicio de ponderación: ‘(...) si su valor probatorio es sustancialmente superado por la necesidad de asegurar un juicio justo’. El juicio de ponderación debe efectuarse

⁴⁸ No obstante en la jurisprudencia del Tribunal se ha solido identificar la Sub-regla 89 (D) como una regla que regula la admisión de las pruebas, *cfr.* TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §6.

tomando en cuenta dos parámetros: el valor probatorio (que como fue visto en la sección 3.1 se refiere a la fiabilidad) y la necesidad de asegurar un juicio justo. La regla enuncia que el segundo vencerá si logra superar sustancialmente al primero. En concreto, la Sub-regla 89 (D) contempla la situación de una prueba fiable de cuya admisión podría resultar afectado de forma grave la justicia del proceso y por lo tanto, habría que resolver a qué darle preferencia. Al contrario, la regla 95 contiene un mandato simple y claro: si de la admisión de la prueba resultase gravemente afectada la integridad del proceso, entonces debe excluírsele.

El carácter potestativo de la Sub-regla 89 (D) podría ser interpretado de dos modos: (1) como si la decisión de admitir o no una prueba al proceso fuese potestativa; y (2) como si lo fuese también la determinación respecto de cuándo *el valor probatorio de una prueba es sustancialmente superado por la necesidad de asegurar un juicio justo*. Bajo la primera interpretación, el resultado nunca estaría garantizado, pues aun cuando se diese el supuesto previsto en la Sub-regla 89 (D), el Tribunal podría a su discreción admitir o no la prueba al proceso. Según la segunda interpretación sería potestativa únicamente la determinación del supuesto previsto en la Sub-regla 89 (D), que de cumplirse haría operar la exclusión de la prueba. Acogiendo esta segunda interpretación, el Tribunal ha afirmado que una prueba se admitirá en la medida en que su valor probatorio no sea sustancialmente superado por la necesidad de asegurar un juicio justo⁴⁹. De modo que la facultad de excluir una prueba no es potestativa, pues aquella opera siempre que se cumpla el presupuesto previsto por la Sub-regla 89 (D).

No obstante, a primera vista parecería que la Sub-regla 89 (D) se opone al mandato de la regla 95, que, como fue antes visto, impone la exclusión de una prueba si de su admisión resulta gravemente afectada la integridad del proceso. La Sub-regla 89 (D) condiciona la exclusión a que *la necesidad de asegurar un juicio justo supere la fiabilidad de la prueba*. Una interpretación armónica de ambas reglas conllevaría a interpretar la Sub-regla 89 (D) como una excepción al mandato de la regla 95 aplicable únicamente a los casos en que el valor probatorio

⁴⁹ TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-A), §16; TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002), §6.

(fiabilidad) conflictuase con la justicia del proceso (derechos del acusado), debiendo en todos los demás casos aplicarse el mandato de la regla 95.

2.3.2. La afectación de la integridad del proceso (Regla 95)

En lo que sigue se analizará cuándo el Tribunal ha entendido que de la admisión de una prueba resulta afectada la integridad del proceso.

2.3.2.1. La sola violación de normas procesales no conduce a la exclusión de la prueba sin la previa determinación de que la integridad del proceso se ha visto afectada

Tanto del texto mismo de la regla 95 como de su referente histórico se puede inferir que la sola violación de un derecho del acusado no conduce a la exclusión de la prueba: es necesario además que se compruebe que la integridad del proceso ha sido gravemente afectada⁵⁰. No obstante, el Tribunal no mantuvo esta posición siempre. En una decisión posterior a la reforma de la Regla 95, en *Delalić et. al.*, el Tribunal sostuvo que cuando se limitaba un derecho de forma distinta a la establecida en el Estatuto o en las Reglas se debía excluir la prueba del proceso. En el caso particular, el testimonio del acusado había sido tomado por autoridades austríacas siguiendo la ley austríaca, que no preveía la presencia del abogado durante el interrogatorio preliminar. El Tribunal consideró que aquella ley era incompatible con el art. 18(3) del Estatuto y con la Regla 42 (A)(i) de las Reglas

⁵⁰ TPIY, *Brđjanin* (3 octubre 2003), §§61-62. Citando al TEDH, el Tribunal concluyó que el uso de pruebas obtenidas con violación del derecho a la privacidad no afectan la integridad del proceso. De esta decisión se denota que pueden haber violaciones a los derechos humanos y sin embargo, no afectación a la integridad del proceso. Una opinión contraria puede verse en S. Zappalà (2003), 152. Él interpreta que la disposición del artículo 69 del Estatuto de la CPI, cuyo texto es similar a la Regla 95 de las Reglas de Prueba y Procedimiento del Tribunal penal para la ex Yugoslavia, debería ser entendida como si toda violación de derechos humanos afecta naturalmente la integridad del procedimiento.

de Procedimiento y Prueba que protegían el derecho a contar con un abogado sin limitación alguna (*unfettered right*)⁵¹.

Esta decisión resulta problemática no sólo porque la regla 95 exige la verificación de la afectación de la integridad del proceso, previo a la exclusión de una prueba, sino porque también lo exige la regla 5, citada por el Tribunal en dicha decisión, previo a la declaración de nulidad de un acto⁵². Sin embargo, el Tribunal omitió analizar si la violación del derecho a contar con un abogado afectaba gravemente la integridad del proceso y más bien dispuso la exclusión de la prueba sin otra consideración. Ni siquiera se refirió a las circunstancias bajo las cuales el derecho a contar con un abogado podría ser limitado, como por ejemplo sí lo había hecho el TEDH en *Murray v El Reino Unido*, en el que se estableció que el derecho a contar con un abogado en la etapa preliminar podía ser limitado para conducir mejor la investigación. Al contrario, el Tribunal más bien mantuvo que los términos del art. 18(3) del Estatuto y de la Regla 42 (A)(i) eran claros y que no sometían dicho derecho a limitación alguna⁵³.

⁵¹ TPIY, *Delalić et al.* (2 septiembre 1997), §51: “[t]he Commission by majority cited and relied upon *Artico v Italy* (1980) 3 EHRR 1. It went on to state that ‘in the absence of an express provision it cannot be maintained that the rights guaranteed by Article 6(3)(C) of the European Convention are not susceptible to any restrictions’ (see the Court’s opinion at para. 61) what is important is that, in the proceedings taken as a whole, an accused person effectively had the benefit of ‘legal assistance’ as required by Article 6(3)(C) of the Convention. However, in *Campbell and Fell v. UK* (1984) 7 EHRR 163 the Commission held that the failure by the United Kingdom Prison Board of Visitors to afford legal advice and assistance to the accused/applicant, Mr. Campbell, before, or legal representation at the Board’s proceedings at the hearing before the Court was a failure to comply with the requirements of Article 6(3)(C). Even if it is conceded that the Austrian provision restricting the right to counsel is within Article 6(3)(C) as interpreted, there is no doubt it is inconsistent with the unfettered right to counsel in Article 18(3) and Sub-rule 42(A)(i).” Siguiendo este precedente, se tomaron similares decisiones en el TPIR, en los casos: TPIR, *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva* (14 octubre 2004), §21; TPIR, *Karemara, Ndirumpatse and Nzirorera* (2 noviembre 2007), §32.

⁵² El texto de la Regla 5 en vigencia al momento en que la decisión fue tomada era el siguiente: “[a]ny objection by a party to an act of another party on the ground of non-compliance with the Rules or Regulations shall be raised at the earliest opportunity; it shall be upheld, and the act declared null, only if the act was inconsistent with the fundamental principles of fairness and has occasioned a miscarriage of justice.”

⁵³ En una decisión posterior en el mismo caso TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-B), §46, el Tribunal se refirió a que la realización de inferencias del silencio del acusado era una limitación autorizada del derecho a permanecer en silencio según el TEDH. Sin embargo, el Tribunal rechazó que aquello pueda ser transportado al procedimiento bajo la jurisdicción del Tribunal pues aquella limitación no se encontraba así expresamente autorizada en el Estatuto.

Sin perjuicio de la decisión en *Delalić et al.* antes comentada, la exigencia de que se valore la afectación de la integridad del proceso antes de la exclusión de la prueba ha sido la opinión mayoritaria del Tribunal.

2.3.2.2. La no-fiabilidad de la prueba afecta la integridad del proceso

En ciertas decisiones se observa una vinculación entre las garantías del acusado y el correcto establecimiento de los hechos (función epistemológica de las garantías procesales). En *Milosević* el Tribunal sostuvo que eran admisibles unos testimonios de oídas respecto de los cuales el acusado no podría ejercer su derecho al conainterrogatorio. Para admitirlos el Tribunal se basó entre otras cosas en que la ausencia de la oportunidad del acusado de conainterrogar a los testigos no afectaba de manera alguna la fiabilidad de la prueba⁵⁴. Si el Tribunal

En el mismo caso (*id.*, §58) se sostuvo también que el Estatuto no circunscribía la protección del derecho a no autoincriminarse únicamente a declaraciones testimoniales y por tanto debía ser interpretado como si incluyese también la prohibición de que el acusado fuese obligado a proveer información o a ejecutar un acto potencialmente incriminatorio (*i.e.* un *handwriting sample*). Con esto el Tribunal se apartó de la posición del TEDH en *Saunders c. Reino Unido* (17 diciembre 1996), §69: “[t]he right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing”. Este caso sin embargo no fue siquiera referido por el Tribunal en su sentencia.

El Tribunal se ha apartado de la opinión del TEDH también en casos que conciernen el derecho a la privacidad en casos de búsquedas y secuestros, aunque lo ha hecho para dar menor protección. Así, en TPIY, *Stakić* (31 julio 2002) el Tribunal afirmó que en el derecho internacional no se podía identificar una regla que exija autorización del juez previo a la realización de una búsqueda o secuestro de bienes. Más adelante se afirmó que tampoco existía una obligación de hacer inventario luego de que se hubiese realizado el secuestro de bienes. Esto sin embargo, se opone a lo que el TEDH ha dicho en *Smirnov c. Rusia* (7 junio 2007), §45 al exigir la autorización del juez (*ex ante* o *ex post*) para conducir la búsqueda y secuestro de bienes. Véase también TEDH, *Imakayeva c. Rusia* (9 noviembre 2006), §§187, 188. Sin embargo, en otros casos el Tribunal ha adoptado una posición opuesta. Como fue visto en decisiones previas el Tribunal había venido trazando una línea divisoria entre aquello que constituía una limitación autorizada en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y aquello que no podía ser aceptado como limitación pues no estaba expresamente autorizado en el Estatuto o en las Reglas. Siguiendo al TEDH, en TPIY, *Brđanin* (3 octubre 2003), §30 se decidió que el derecho a la privacidad no era un derecho absoluto, sino que pudiendo ser objeto de limitaciones podía ser derogado en casos de emergencia.

⁵⁴ TPIY, *Milosević* (30 septiembre 2002), §22: “(...) The Trial Chamber must consider whether the summary is ‘first-hand’ hearsay (that is, whether the persons who made the statements summarised personally saw or heard the events recorded in their statements), and whether the absence of the

hubiese seguido un parámetro más garantista y menos epistemológico, habría analizado si la ausencia de oportunidad de contrainterrogar a los testigos ponía en desventaja al acusado de tal modo que la integridad del proceso se viese afectada.

No obstante, hay también decisiones en las que el Tribunal reconoce que no sólo la fiabilidad de la prueba (*criterio epistémico*) debe tenerse en cuenta previo a su admisión sino también la no afectación a la integridad del proceso (*criterio garantista*). Así, en *Brđanin* el Tribunal observó que para admitir o excluir una prueba debía tenerse en cuenta tanto la integridad del proceso como la fiabilidad de la prueba⁵⁵.

En *Blagojević and Jokić*, el Tribunal vinculó la ausencia de fiabilidad de una prueba con la violación de los derechos del acusado; así, una prueba obtenida con violación de derechos puede tener una fiabilidad reducida. En el caso concreto, el Tribunal debía decidir si el testimonio rendido por el acusado fuera de juicio, antes de ser incluso acusado, podía ser admitido al proceso. El Tribunal resolvió a favor de su exclusión bajo el argumento de que la prueba no era lo suficientemente fiable. Para determinar la no-fiabilidad de la prueba el Tribunal tomó en cuenta lo siguiente: (a) que las circunstancias bajo las cuales el acusado, en aquel momento sospechoso, rindió su testimonio revelaban el posible riesgo de que él hubiese buscado liberarse de su responsabilidad disminuyendo su rol y resaltando o exagerando el rol de otras personas⁵⁶; (b) que se trataba de una prueba única sobre determinado tema, no corroborada por otras pruebas⁵⁷; y (c) que los derechos del acusado no habían sido bien observados por terceras personas, particularmente, el acusado no había recibido una buena asistencia de su

opportunity to cross-examine those persons affects the reliability of their statements (...)"'. Esta decisión se fundamentó en TPIY, *Aleksovski* (16 febrero 1999), §15.

⁵⁵ TPIY, *Brđanin* (3 octubre 2003), §§54-55. La existencia de estas dos vías para excluir una prueba del proceso fue igualmente reconocida en TPIY, *Karadžić* (30 septiembre 2010), sin embargo, en este caso el Tribunal pareció luego referirse a una sola de ellas: la afectación de la integridad del proceso como la causa única para la exclusión de la prueba del proceso, como si tanto la fiabilidad como la integridad del proceso se refiriesen a una misma idea. *Id.*, §8: "[a]ccordingly, in applying Rule 95, the Chamber must consider all relevant circumstances and only exclude evidence if the integrity of the proceedings would otherwise be seriously damaged".

⁵⁶ TPIY, *Blagojević and Jokić* (18 septiembre 2003), §24.

⁵⁷ *Id.*, §26.

abogado⁵⁸. Todo esto llevó al Tribunal a considerar que la prueba no era fiable, no obstante que aquello no era imputable a la Oficina de la Fiscalía pues la declaración había sido tomada por autoridades estatales.

Las decisiones citadas denotan que hay una conexión entre violación de las garantías procesales y ausencia de fiabilidad de una prueba. Esta relación constituye en efecto una concepción correcta, siempre que su ámbito de aplicación sea restringido. Por un lado, es correcto vincular las garantías procesales al establecimiento de los hechos pues la admisión de una prueba no-fiable afecta inevitablemente la integridad del proceso. Además, en muchas ocasiones la violación de un derecho del acusado pone en duda la fiabilidad de una prueba. Por otro lado, sería una concepción limitada asumir que las garantías procesales cumplen tan sólo una función epistemológica o lo sería igualmente sostener que la única razón para que se afecte la integridad del proceso fuese la admisión de una prueba no-fiable. En ocasiones, la sujeción a ciertas garantías da un aspecto de fiabilidad, y su no observancia, una sensación de no fiabilidad. Sin embargo, por otro lado, esta vinculación entre garantías procesales y fiabilidad no ocurre siempre, pues las garantías se confieren no sólo para dar fiabilidad a una prueba, ni para contribuir en la búsqueda de la verdad sino para proteger ciertos valores y procedimientos. De tal modo que la violación de ciertas garantías tiene relevancia para la exclusión no sólo cuando logra afectar la fiabilidad de la prueba, sino también cuando se afectan ciertos valores.

2.3.3. La fiabilidad de una prueba y la afectación de los derechos del acusado

Un caso de conflicto entre los derechos del acusado y la fiabilidad de la prueba puede ser visto en *Kordić and Čerkez* donde el Tribunal tuvo que decidir si una investigación preliminar efectuada por una autoridad judicial en Serbia podía ser admitida al proceso, no obstante que el acusado no tendría derecho a

⁵⁸ *Id.*, §§25, 27.

contrainterrogar al autor de dicha investigación ni a las personas que habían sido interrogadas por él. El Tribunal decidió sin mayor argumentación admitir dicha prueba al proceso, teniendo particularmente en cuenta que se trataba de una prueba fiable⁵⁹ y desatendiendo el dato de que no sería contrainterrogado por el acusado. En este caso se puede ver una pugna entre los derechos del acusado y el carácter fiable de la prueba; de ahí que este conflicto deba ser resuelto a través de un ejercicio ponderativo en los términos de la regla 89(D). Sin embargo, el Tribunal no lo hizo y más bien omitió dar razón alguna para preferir la fiabilidad de una prueba por encima de los derechos del acusado. No obstante, si esta decisión fuese conjuntamente leída con los argumentos de las partes, se podría inferir que los siguientes criterios pudieron haber jugado cierto rol en la decisión adoptada por la Sala: (a) la poca gravedad de la violación al derecho del acusado; (b) la poca relevancia que tenía dicha prueba sobre el establecimiento de la culpabilidad del acusado⁶⁰; (c) la admisión únicamente de hechos objetivos y no de opiniones subjetivas de quien elaboró el informe⁶¹. Todo esto pudo haber conllevado —aunque no fue mencionado así expresamente por la Sala— a la misma decisión adoptada, esto es, a una preferencia de la fiabilidad sobre la afectación de los derechos del acusado. Debe observarse que la fiabilidad de la prueba no debe ser un criterio que pase por encima del derecho vulnerado, sino que constituya más bien la contrapartida del derecho vulnerado, que permita al Tribunal determinar cuál debe primar.

⁵⁹ TPIY, *Kordić and Čerkez* (29 julio 1999), §§30, 32. Situación similar pudo ser vista en TPIR, *Karemera, Ngirumpatse and Nzirorera* (25 enero 2008), §§13-18, en donde el Tribunal se negó a excluir pruebas obtenidas con allanamiento irregular de domicilio, bajo el argumento de que eran pruebas fiables, omitiendo analizar si dichas irregularidades constituían violación de derechos humanos y si afectaban la integridad del proceso.

⁶⁰ Comparar con TPIY, *Kordić and Čerkez* (29 julio 1999), §23, en donde el Tribunal decidió excluir ciertos testimonios escritos de testigos, bajo el argumento de que no serían contrainterrogados por la defensa y de que se trataba de prueba importante, que no era corroborada por otras pruebas. En esta misma decisión, §§27, 28 el Tribunal decidió admitir ciertas transcripciones del testimonio de unos testigos bajo el argumento de que otro acusado con un interés común al de los acusados en este caso, había podido contrainterrogar a los testigos. Además, el Tribunal sostuvo que los acusados ejercerían su derecho a contrainterrogar a los testigos sobre aspectos importantes no cubiertos por el primer contrainterrogatorio.

⁶¹ *Id.*, §32.

Ahora se analizarán las estrategias empleadas por el Tribunal en casos análogos para resolver este tipo de conflicto.

2.3.3.1. Estrategia de ponderación entre los derechos del acusado y el interés de la comunidad internacional

Una de las estrategias empleadas para determinar la afectación de la integridad del proceso consiste en la ponderación de los derechos del acusado con el interés de la comunidad internacional en perseguir y castigar ciertos delitos graves. Así, el debido proceso se verá afectado sólo si la protección de los derechos del acusado en determinado caso pesa más que el interés de la comunidad internacional en sancionar un determinado delito, teniendo particularmente en cuenta la gravedad del mismo.

En las decisiones dictadas en *Brđanin and Talić* y en *Delalić et al.* el Tribunal ha dejado claro que la ponderación entre el valor probatorio y la necesidad de asegurar un juicio justo forman parte del examen de admisibilidad de una prueba⁶².

Para determinar si una prueba debía ser excluida, el Tribunal afirmó en *Brđanin* que era necesario ponderar los derechos fundamentales del acusado con el interés de la comunidad internacional en perseguir a las personas acusadas de violaciones graves al derecho internacional humanitario⁶³. En este mismo caso, el Tribunal estableció como regla que las pruebas que resulten de grabaciones obtenidas en momentos previos a un conflicto armado deben ser admitidas al proceso, bajo el argumento de que la gravedad de los cargos que pesan sobre el

⁶² TPIY, *Brđanin and Talić* (15 febrero 2002) §6; TPIY, *Delalić et al.* (19 enero 1998-A), §16.

⁶³ TPIY, *Brđanin* (3 octubre 2003), §61, en donde se cita la decisión de la Sala de Apelaciones en TPIY, *Nikolić* (5 junio 2003), §30. En este mismo sentido, puede verse TPIR, *Karemera, Nzirumpatse and Nzirorera* (2 noviembre 2007), §4; TPIR, *Karemera, Nzirumpatse and Nzirorera* (25 enero 2008), §11.

acusado así como la tarea del Tribunal de resolver violaciones graves del Derecho internacional conlleva a que este tipo de pruebas no sean excluidas⁶⁴.

Con fundamento en la Sub-regla 89 (D) el Tribunal sostuvo en *Aleksovski* que el perjuicio ocasionado a la defensa al impedirle conainterrogar al testigo era menor que el perjuicio que se ocasionaría a la Fiscalía al excluirse dicha prueba del proceso, pues la Oficina de la Fiscalía representaba a las víctimas y a la comunidad internacional en general⁶⁵. A efectos de resaltar cierta inconsistencia en la misma jurisprudencia del Tribunal, puede verse una decisión distinta, aunque en el mismo caso *Aleksovski*, en la que el Tribunal afirmó que los derechos del acusado tenían preferencia sobre los derechos de los testigos⁶⁶, no obstante que los testigos podrían estar representando también un interés en castigar. Adicionalmente en *Kordić and Čerkez* el Tribunal afirmó que la celeridad del proceso debía estar limitada por la necesidad de proteger los derechos del acusado⁶⁷.

Según la estrategia de la ponderación, la integridad del proceso se ve afectada cuando se violan gravemente derechos fundamentales del acusado, siempre que la protección de estos derechos sea más importante que el interés de la comunidad internacional en perseguir determinados crímenes. Y para determinar la importancia de este interés, la gravedad del delito objeto del juzgamiento juega un papel importante.

⁶⁴ TPIY, *Brđanin* (3 octubre 2003), §63(8).

⁶⁵ TPIY, *Aleksovski* (16 febrero 1999) §27. Adicionalmente, en §25 el Tribunal sostuvo que las garantías del debido proceso debían ser concebidas en beneficio de ambas partes: no sólo de la defensa, sino de la Fiscalía también pues ésta representaba el interés de la comunidad y particularmente aquél de las víctimas.

⁶⁶ TPIY, *Aleksovski* (5 marzo 1999). En esta decisión se discutía si debía comunicarse al acusado la existencia de un documento potencialmente exculpatario que había sido mencionado en el juicio contra Blaškić. El problema radicaba en que Blaškić no había consentido en que se diese a conocer este documento a Aleksovski. El Tribunal resolvió el caso a favor de que se hiciese esta comunicación afirmando que los derechos del acusado tenían preferencia sobre los derechos de los testigos. Esto sin perjuicio de que deban mantenerse las mismas medidas protectoras a favor de los testigos.

⁶⁷ TPIY, *Kordić and Čerkez* (18 septiembre 2000), §25.

La ponderación entre los derechos del acusado y el interés de la comunidad internacional es una estrategia problemática por varios motivos: (a) aun cuando se pretenda ser garantista, como por ejemplo tomando en cuenta la importancia del derecho del acusado en lugar de la gravedad del delito, el derecho quedará siempre supeditado a un interés más fuerte sostenido por un número mayor de personas: la imposición de sanciones a determinadas conductas; (b) se establece además una categoría distinta de criminales: aquellos acusados por delitos más graves reciben una protección menor, lo cual sería rechazable en virtud de que el tribunal fue instaurado para juzgar este tipo de delitos ‘naturalmente graves’, con la obligación de tener que respetar y asegurar que se respeten ciertos procedimientos y garantías del acusado; y, (c) se ve afectado el principio de la presunción de inocencia en perjuicio de quienes han sido acusados por delitos graves, no obstante que su responsabilidad no haya sido aún determinada mediante sentencia.

El Tribunal ha establecido también que en virtud de su mandato de perseguir a los responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario, no puede excluir pruebas sólo en virtud de consideraciones procesales, siempre que la justicia del proceso (*fairness of the trial*) esté garantizada⁶⁸. No obstante que se pueda estar de acuerdo con estos argumentos, no se ve necesario tener que recurrir a criterios de gravedad del delito o al interés de la comunidad internacional para decidir si una prueba debe o no ser excluida del proceso. Se pueden mantener los postulados anteriores disponiéndose que no todas las violaciones, sino sólo las más graves, puedan llegar a afectar la justicia del proceso. El desafío estaría en castigar a quienes merecen ser castigados, pero con argumentos justos.

⁶⁸ TPIY, *Karadžić* (30 septiembre 2010), §10.

2.3.3.2. Estrategia de restauración de los derechos del acusado que han sido afectados a través del aseguramiento de garantías procesales alternativas

En casos similares a los arriba descritos el Tribunal ha recurrido a criterios distintos de la gravedad del delito y del interés público para limitar derechos del acusado; particularmente, el derecho a conainterrogar al testigo. Esta estrategia ha sido aplicada a casos que no tienen que ver directamente con la colisión entre fiabilidad y derechos del acusado. No obstante, su razonamiento podría ser ilustrativo⁶⁹.

El Tribunal ha admitido pruebas a pesar de la afectación de un derecho del acusado, *i.e.* pruebas sobre las cuales el acusado no ejercería su derecho a conainterrogar al testigo, sea porque sus testimonios eran trasladados de un juicio a otro, o porque el testimonio constaba por escrito a efectos de agilizar el proceso. Las condiciones para poder limitar el derecho del acusado a conainterrogar al testigo, sin que se considerase que ello afecta el debido proceso han sido las siguientes: (a) que la prueba no verse sobre un hecho muy importante para establecer la culpabilidad del acusado, de tal forma que el no-ejercicio del derecho a conainterrogar al testigo pueda traer poca influencia sobre su eventual condena⁷⁰; (b) que el no-ejercicio del derecho a conainterrogar

⁶⁹ De modo análogo, el TPIR, en la decisión en el caso *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva* (4 septiembre 2006), §§3, 7, hizo mención a la importancia de las garantías alternativas para subsanar ausencias de notificación al acusado; en tal sentido sostuvo que la falta de claridad en la exposición de los cargos comunicados el acusado podría ser subsanada a través de otras comunicaciones que se den en el curso del juicio y que cumplan con la respectiva claridad.

⁷⁰ TPIY, *Galić* (7 junio 2002): “[w]here the evidence is so pivotal to the prosecution case, and where the person whose acts and conduct the written statements describe is so proximate to the accused, the Trial Chamber may decide that it would not be fair to the accused to permit the evidence to be given in written form”.

En TPIY, *Galić* (2 agosto 2002), rechazando que la prueba sea importante para establecer la responsabilidad del acusado, el Tribunal admitió la prueba y afirmó: “[t]hat thus the evidence contained in both the Statement and the Report does not appear to be so pivotal to the prosecution case as to render it unfair to permit it to be given in written form.”

Ver también TPIY, *Kordić and Čerkez* (29 julio 1999), §23. En este caso, la prueba de que había habido un ataque a los civiles en Tulica era fundamental para establecer el caso del fiscal. El Tribunal se refirió a ello para rechazar la admisión de determinada prueba y además tomó en

al testigo sea compensado por el aseguramiento de otras garantías, como por ejemplo, que la prueba esté corroborada por otras pruebas sobre las cuales el acusado ejerció previamente su derecho a la defensa⁷¹. En el caso de traslado de pruebas de un juicio a otro (c) es necesario que el acusado del primer juicio haya podido ejercer su derecho de conainterrogar al testigo y que la estrategia de defensa de este primer acusado siga la misma línea de defensa del segundo acusado⁷²; y (d) que el acusado del segundo juicio tenga la posibilidad de conainterrogar al testigo sobre hechos importantes no cubiertos en el conainterrogatorio ejercido por el primer acusado⁷³. Hay otros criterios que han tenido una aplicación limitada. Por ejemplo, según la regla 92bis, un testimonio podía ser admitido por escrito, sin que el acusado pueda conainterrogar, siempre que no versare sobre hechos o actos del acusado⁷⁴. No obstante, es siempre

cuenta que no era prueba corroborada por otras pruebas y que el acusado no tendría derecho a conainterrogar al testigo.

⁷¹ TPIY, *Galić* (2 agosto 2002), el Tribunal admitió el testimonio por escrito de un testigo que había fallecido no obstante que el acusado no tendría derecho a conainterrogarlo. El argumento empleado por el Tribunal fue que el acusado había tenido la oportunidad de conainterrogar a otros testigos, cuya prueba era similar en contenido a aquella del testimonio del testigo fallecido. Así, el Tribunal afirmó: “[t]hat the Defence has had the opportunity to cross-examine this witness and thus verify the reliability of the findings of Hamdija Cavcic’s Report” y más adelante volvió a afirmar “[t]hat the Defence thus has already had the opportunity to challenge the information contained in both the Statement and the Report by cross-examining those witnesses”

El caso TPIY, *Kordić and Čerkez* (18 septiembre 2000) constituye el primer caso en el que la Sala de Apelaciones conoce una disputa respecto de la interpretación que debe darse a la Regla 94ter. Esta regla fue añadida mediante la reforma introducida el 4 diciembre 1998, luego reformada el 17 noviembre 1999 y eliminada el 1 diciembre 2000 y el 13 diciembre 2000 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. La Regla 94ter regula la forma en la que pueden ser admitidos testimonios juramentados sin la necesidad de que el testigo comparezca a declarar. Particularmente, el Tribunal resalta la importancia de que se respete el texto de la regla 94ter y la secuencia de los eventos (*id.*, §§30-34). La regla 94ter dispone que se pueden admitir declaraciones juramentadas sólo si aquellas corroboran declaraciones de testigos que se oirán personalmente. Para ello establece además que las declaraciones juramentadas deben admitirse antes de que el testigo rinda personalmente su declaración pues sólo así el acusado podrá ejercer efectivamente su derecho al conainterrogatorio.

⁷² El juez Robinson se refiere particularmente en la decisión disidente a la estrategia de defensa en los dos juicios: aquél de Blaškić y aquél de Aleksovski. TPIY, *Aleksovski* (16 febrero 1999), Opinión Disidente del Juez Robinson, §28(vi)(h). En tal sentido recuerda que inicialmente se seguía un mismo juicio contra ambos acusados, pero que el Tribunal resolvió dividirlos en dos juicios para efectos de evitar un conflicto de intereses en la defensa, *cfr.* TPIY, *Aleksovski* (25 septiembre 1997). De ahí que no se pueda asumir que la estrategia de defensa sea la misma y que el hecho de que el primer acusado haya podido ejercer su derecho al contra interrogatorio no suple la ausencia del ejercicio de este derecho por el segundo acusado.

⁷³ TPIY, *Kordić and Čerkez* (29 julio 1999), §§27, 28.

⁷⁴ Esto permitió que en muchos casos se admitiesen testimonios por escrito sin conainterrogatorio que versaban sobre hechos o actos de los subordinados del acusado. Esto es

discrecional del Tribunal llamar a los testigos para que sean conainterrogados⁷⁵. Es importante resaltar que estos criterios han desplazado y en efecto pueden desplazar ciertos criterios que son arbitrarios, como por ejemplo, la gravedad del delito cometido o el interés de la comunidad internacional.

El criterio de la corroboración en particular ha presentado ciertas dificultades en su aplicación. La Sala de Apelaciones en *Kordić and Čerkez* sostuvo que la exigencia de la corroboración de una prueba no podía ser interpretada de forma muy amplia como lo había hecho la Sala de Juicio en este mismo caso. Esta última había afirmado que lo único que se requería era que la nueva prueba apoyase o confirmase en un sentido muy general la prueba anterior⁷⁶. La Sala de Apelaciones sostuvo más bien que era necesario que la segunda prueba fuese repetitiva en cuanto referida a ciertos hechos específicos de la primera prueba, es decir, que no debía referirse a cualquier tipo de hechos del caso⁷⁷. En la decisión de *Galić*, el Tribunal aclaró que el requisito de la regla 92bis de que la prueba sea cumulativa no consiste únicamente en que sea repetitiva, sino que además ha de tratarse de prueba que aporte ciertos detalles o información que contribuya a una mejor comprensión o evaluación de los hechos⁷⁸. Adicionalmente, en *Brđanin and Talić* el Tribunal afirmó que la corroboración no era una exigencia para poder admitir un testimonio por escrito al proceso. Al contrario, afirmó que la

claramente perjudicial para el acusado, cuya responsabilidad se fundamenta en los delitos cometidos por las tropas a su cargo. TPIY, *Milošević* (21 marzo 2002), §§10, 18, 19; TPIY, *Milošević* (30 junio 2003) §§26, 39; TPIY, *Galić* (7 junio 2002), §§9, 10, 11, 16. Es importante aclarar que el Tribunal no está de acuerdo en que las pruebas por escrito según la Regla 92bis sean empleadas para probar directamente el *state of mind* del acusado, pero sí estaría de acuerdo en que de las pruebas obtenidas por escrito acerca de los actos de los subordinados se pueda inferir el *state of mind* del acusado. El texto de esta misma regla fue adoptado también por el TPIR; para verificar su aplicabilidad en un caso concreto puede verse TPIR, *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, (9 marzo 2004).

⁷⁵ TPIY, *Galić* (7 junio 2002), §§13-15; TPIY, *Galić* (26 julio 2002), §§19-20 y las referencias a otros casos ahí contenidas. La Sala de Apelaciones sostuvo que esta discreción sería adecuadamente ejercida en casos en los que la prueba sería muy importante para que la Oficina de la Fiscalía establezca el caso contra el acusado. En cuyo evento, lo adecuado sería que el Tribunal admita la prueba pero que llame al testigo para que comparezca al conainterrogatorio.

⁷⁶ TPIY, *Kordić and Čerkez* (10 marzo 2000), 16489, las palabras exactas del Tribunal fueron las siguientes: “that all that is required is that there should be some confirmation or support of evidence in a very general sense and that the term ‘facts in dispute’ should be given a very broad interpretation”

⁷⁷ TPIY, *Kordić and Čerkez* (18 septiembre 2000), §§39-40.

⁷⁸ TPIY, *Galić* (26 julio 2002), §16.

corroboración es uno de los tantos criterios que utiliza el Tribunal para ejercer su discreción⁷⁹.

No obstante las dificultades que pueden resultar de la interpretación de ciertos criterios, la estrategia que procura la restauración de los derechos del acusado afectados es preferible a la ponderación de los derechos del acusado con el interés público o teniendo en cuenta la gravedad del delito objeto de la acusación. Pues como se vio esta última es una ponderación desbalanceada que termina siempre favoreciendo aquello que se etiquete bajo ‘interés público’. El otro método procura, al contrario, la salvaguardia de los derechos del acusado sin dejar de considerar que —por distintas razones— su limitación puede resultar necesaria. Sus criterios se podrán ir definiendo jurisprudencialmente teniendo como punto de referencia que los derechos procesales deben ser restaurados en el mismo proceso con ayuda de otras garantías.

2.4. Recapitulación parcial

Hasta ahora se ha podido ver que para el TPIY hay dos reglas generales que tienen relevancia para la admisión y la exclusión de una prueba del proceso. Para que proceda la admisión es importante la fiabilidad *prima facie* de una prueba y el resultado ponderativo entre esta última y la posible afectación de la integridad del proceso. Para la exclusión resulta importante que la prueba sea no-fiable o que de su admisión resulte gravemente afectada la integridad del proceso.

La admisión tiene más cabida que la exclusión a pesar de que la interpretación dada a las reglas contemple menos presupuestos lógicos para la admisión. Esto se debe a que las pruebas de fiabilidad dudosa son compatibles con la admisión; y, que existan dudas sobre su fiabilidad es lo más común que suceda,

⁷⁹ TPIY, *Brđanin and Talić* (3 septiembre de 2002), §17: “(...) Furthermore, the Trial Chamber emphasises that the fact that a written statement is cumulative to the evidence that other witnesses will or have given in oral testimony is not a requirement for its admission into evidence pursuant to Rule 92 *bis* (A), but merely a factor in favor of admitting it, and, moreover, that the list of factors in paragraph (A) (i) of the Rule is non-exhaustive.” [énfasis en el original].

pues la fiabilidad de una prueba se determina mayormente a la luz de otras pruebas y la admisión es decidida sin tenerlas en consideración. De ahí que haya más pruebas de fiabilidad dudosa.

La resolución del conflicto entre derechos humanos y valor probatorio se ejemplificó a través del empleo de dos métodos por el Tribunal. El primero de ellos consiste en ponderar la garantía de un juicio justo con el interés de la comunidad internacional de sancionar delitos graves. El segundo método procura verificar si los derechos del acusado han podido ser restaurados por medio de la inobservancia de otras garantías alternativas. La diferencia sustancial entre ellos, es que el primero produce una inequidad insuperable, pues el interés público tiene un peso inherente mayor a aquél de los derechos individuales; el segundo por el contrario, tiene la virtud de mirar exclusivamente hacia la restauración de la equidad de las partes en el proceso, sin tomar en cuenta la gravedad del delito ni el interés de la comunidad internacional. Esta es una estrategia prometedora que será analizada nuevamente en los apartados siguientes.

3. Un análisis de los criterios para admitir y excluir pruebas en el contexto de la Corte Penal Internacional

Este acápite y los que siguen se enfocarán en los requisitos para la admisión y la exclusión de pruebas, según el art. 69 numeral 4 y numeral 7 del Estatuto de la CPI, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 69

Práctica de las pruebas

(...)

4. La Corte podrá decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del

testimonio de un testigo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

(...)

7. No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando:

- a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o
- b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.

(...)"

Durante las negociaciones del texto actualmente vigente para la admisión de pruebas (art. 69 numeral 4 del Estatuto de la CPI) se insistió en la importancia de no tomar en cuenta únicamente la relevancia de la prueba en cuestión, sino también factores como el perjuicio al debido proceso, la necesidad de proteger testigos, las obligaciones de confidencialidad, etc.⁸⁰ Según el texto adoptado, al decidir sobre la admisión de una prueba, la Corte debe tomar en cuenta “entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo”⁸¹. Se discutió también la necesidad de permitir a la Corte la flexibilidad suficiente para dar a cada valor su justa medida y, en tal sentido, se rechazó un texto similar al de los tribunales ad-hoc que otorga a los jueces la potestad de excluir pruebas cuando su valor probatorio sea *sustancialmente superado* por la necesidad de asegurar un juicio justo⁸². Todo esto muestra el especial interés de los Estados en que el

⁸⁰ D.K. Piragoff (2008), 1305.

⁸¹ Se debe resaltar que en la regla equivalente de los tribunales ad-hoc (regla 89 (D)), la enumeración de aquello que debe tomarse en cuenta al momento de la admisión es exhaustiva y no ejemplificativa, como se ha querido que sea el numeral 4 del art. 69 del Estatuto de la CPI.

⁸² D.K. Piragoff (2008), 1305.

Estatuto de la CPI reconozca que el proceso judicial protege distintos valores y que ninguno de ellos es *a priori* superior a los demás.

Fue también materia de discusión si toda prueba obtenida con violación de derechos humanos debía ser automáticamente excluida del proceso o si su exclusión debía ser objeto de exámenes adicionales. Uno de los textos considerados hacía referencia a la intensidad de la violación, a efectos excluir sólo violaciones graves de derechos humanos⁸³. Finalmente, en el texto adoptado se eliminó dicha referencia, pero se condicionó la exclusión de tales pruebas a un segundo examen, donde además de comprobarse la violación de los derechos humanos o de las normas del Estatuto en el curso de la obtención de una prueba, se evalúe si la violación ocasiona serias dudas sobre la fiabilidad de la prueba, o si su admisión sería incompatible o dañaría gravemente la integridad del proceso (art. 69 numeral 7)⁸⁴.

En cuanto a la exclusión de pruebas, una de las diferencias sustanciales entre el texto del Estatuto de la CPI y el de los tribunales ad-hoc es la expresa referencia que hace el primero a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La omisión de esta referencia en la regla 95 de los tribunales ad-hoc ha llevado a que las pruebas obtenidas con violación de derechos sean en ocasiones tratadas empleando tanto el examen propuesto en la regla 89 (D) como el de la regla 95, mientras que para la Corte Penal Internacional ha quedado claro que deben ser tratadas a la luz del numeral 7 y no del numeral 4 del art. 69 (ambos equivalentes a las reglas 95 y 89 (D) respectivamente). Como se podrá ver a continuación, en esto radica la diferencia sustancial entre la Corte y los tribunales ad-hoc en cuanto a la exclusión de pruebas se refiere.

⁸³ *Id.*, 1309. Adicionalmente, H.-J. Behrens (1999), 246 refiere que en el curso de la negociación del texto del numeral 7 del art. 69 se propuso la exclusión automática de toda prueba obtenida en violación de derechos humanos, pero fue rechazado porque se lo consideró de contenido muy amplio. S. Zappalà (2003), 152 opina que toda violación de derechos humanos afecta automáticamente la integridad del proceso.

⁸⁴ Resulta importante subrayar que el segundo examen contiene dos condicionantes disyuntivos, de tal modo que cualquiera de ellos puede dar lugar a la exclusión de la prueba. Su disyunción o conjunción fue objeto de discusiones en el seno de las negociaciones. D.K. Piragoff (2008), 1310.

3.1. El examen para determinar la exclusión de una prueba (artículo 69 numeral 7)

La diferencia entre el examen requerido para la admisión de una prueba y el requerido para su exclusión puede ilustrarse mejor a través del estudio de dos decisiones dictadas por Salas distintas en el caso *Lubanga*⁸⁵. El tema que en ambas decisiones se discutía era si las pruebas obtenidas con violación del derecho a la privacidad podían ser admitidas o no al proceso. Ambas Salas llegaron por caminos distintos a la conclusión de que tales pruebas no afectaban gravemente la integridad del proceso y que, por tanto, podían ser admitidas. Para llegar a esta conclusión, la Sala Preliminar I tuvo en consideración que, según la jurisprudencia del TEDH, sólo las violaciones graves de derechos humanos conducen a la exclusión de una prueba; y que, según la jurisprudencia del TPIY, no debe excluirse prueba relevante y fiable por infracciones menores a las normas de procedimiento⁸⁶. La Sala sostuvo también que era discreción de los jueces, establecer un balance apropiado entre los distintos valores protegidos por el Estatuto, entre los cuales no sólo se encuentran los derechos del acusado, sino la necesidad de responder a las expectativas de las víctimas y de la comunidad internacional en general⁸⁷. La Sala mantuvo, finalmente, que, “a la luz de las normas aplicables de los tribunales penales internacionales y de su jurisprudencia, la solución generalmente aceptada ‘es que los jueces excluyan pruebas sólo en los casos en que hayan ocurrido violaciones graves, que afecten sustancialmente la fiabilidad de la prueba presentada’”⁸⁸.

La Sala de Juzgamiento I llegó a conocer de este mismo asunto cuando la Fiscalía incluyó tales documentos en su listado de pruebas para que fuesen considerados en el juicio y el acusado se opuso nuevamente a su admisión. Los argumentos de la Sala de Juzgamiento al respecto difirieron en gran medida de los expuestos previamente por la Sala Preliminar. En particular, la Sala de

⁸⁵ CPI, *Lubanga* (29 enero 2007); CPI, *Lubanga* (24 junio 2009).

⁸⁶ CPI, *Lubanga* (29 enero 2007), §§86, 88.

⁸⁷ *Id.*, §§84, 86.

⁸⁸ *Id.*, §87.

Juzgamiento afirmó que el Estatuto de la CPI no hace mención alguna a la intensidad de la violación y que, en consecuencia, toda violación de derechos humanos internacionalmente reconocidos o de las normas del Estatuto puede dar lugar a la exclusión de pruebas, siempre que se cumpla cualquiera de los dos presupuestos adicionales previstos en el numeral 7 del art. 69⁸⁹. Uno de dichos requisitos se refiere a la afectación grave de la integridad del proceso, para cuya determinación la Sala de Juzgamiento reconoció que es necesario que los jueces tomen en cuenta los distintos valores esenciales que el Estatuto protege. Sin embargo, la gravedad del delito objeto de la acusación, el interés público en castigarlo y el valor probatorio de la prueba en cuestión no deben tener relevancia alguna al momento de decidir sobre la exclusión o no de pruebas obtenidas con violación de derechos humanos o del Estatuto⁹⁰.

El contraste entre estas dos decisiones es obvio y puede ser entendido mejor a la luz de una diferencia sustancial que identifica la Sala de Juzgamiento, pero no la Sala Preliminar, entre la norma para la admisión general de pruebas (numeral 4 del art. 69) y la norma para la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos humanos o del Estatuto (numeral 7 del art. 69). Mientras que según la norma general, el perjuicio al debido proceso debe ser tomado en cuenta conjuntamente con el valor probatorio de la prueba en cuestión; para la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos humanos o del Estatuto, el valor probatorio no juega ningún rol⁹¹. Si bien las pruebas así obtenidas pueden ser excluidas si de su admisión resulta sustancialmente afectada la fiabilidad de la prueba, sin embargo, su alto carácter fiable carece de relevancia para decidir sobre su admisión. Aunque la Sala de Juzgamiento no lo menciona, la razón de ser de esta diferencia es que la fiabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos humanos no hace que el proceso sea más justo cuando se han violado derechos. La Sala Preliminar no identificó la diferencia anotada posiblemente porque estaba siguiendo los precedentes del TEDH y de los tribunales ad-hoc. Y

⁸⁹ CPI, *Lubanga* (24 junio 2009), §35.

⁹⁰ *Id.*, §§43-44.

⁹¹ *Id.*, §43.

como ya se ha señalado, los tribunales ad-hoc carecen de una norma específica para las pruebas obtenidas con violación de derechos humanos, razón por la cual, a veces la han tratado bajo la norma general de la admisión y otras veces bajo la norma específica de la exclusión, dándose lugar a que en más de una ocasión, el valor probatorio subsane la forma en que la prueba fue obtenida.

Si bien la Sala de Juzgamiento fue enfática al enumerar todo aquello que *no* debe ser tomado en cuenta cuando la prueba ha sido obtenida con violación de derechos humanos, no mantiene igual firmeza al precisar cómo ha de determinarse la afectación grave que la admisión de tales pruebas pueda causar a la integridad del proceso. Sin proveer mayor argumentación y casi de forma contradictoria con lo dicho inicialmente, la Sala de Juzgamiento concluyó que la admisión de la prueba obtenida con violación del derecho a la privacidad no había afectado el debido proceso porque la violación no fue muy grave, el titular del derecho a la privacidad afectado era un tercero y la prueba fue recolectada por autoridades nacionales⁹².

La Sala de Juzgamiento II, en el caso *Katanga and Ngudjolo*, ha definido de mejor manera cómo determinar la afectación o no de la integridad del proceso. En primer lugar, es necesario identificar los valores que el derecho violado protege y, en segundo lugar, determinar formas alternativas de asegurar esos mismos valores⁹³. La afectación de la integridad del proceso depende, en definitiva, de la inexistencia de garantías alternativas que logren restaurar la violación de los valores protegidos por el derecho en cuestión. Todo esto se puede ilustrar mejor observando lo que se discutía en dicha decisión: la Sala debía determinar si la admisión del testimonio del acusado obtenido con violación del derecho a contar con un abogado, afectaba o no gravemente la integridad del proceso. Según la Sala, el propósito del derecho a contar con un abogado es garantizar que el

⁹² *Id.*, §47. Parecería que la Corte se contradice, pues mencionó en los considerandos de esta misma decisión que la gravedad de la violación no debía ser tomada en cuenta al decidir sobre la violación o no de un derecho humano y, en cambio, sostiene finalmente que la ausencia de gravedad particular de la violación es un factor para concluir que la integridad del proceso no se haya afectado gravemente.

⁹³ CPI, *Katanga and Ngudjolo* (17 diciembre 2010).

acusado será presumido inocente, que se respetará su derecho a guardar silencio, que no será forzado a autoincriminarse y que tendrá la oportunidad de recibir una asesoría legal adecuada⁹⁴. Dichos propósitos podían ser logrados no sólo con la presencia del abogado durante el interrogatorio, sino también asegurándosele al acusado la oportunidad de recibir asistencia jurídica adecuada antes del interrogatorio⁹⁵; dado que esto no ocurrió, la Sala concluyó que la admisión de dicho testimonio afectaba gravemente la integridad del proceso.

De la decisión citada es preciso resaltar la importancia de una interpretación teleológica y axiológica para definir el contenido de los derechos, de modo que el propósito de su protección se determine a la luz de los valores que éste engloba⁹⁶. Una interpretación teleológica que sólo atendiese a las consecuencias o a los buenos resultados, no cumpliría con ser axiológica. Debe resaltarse también que al identificar los valores que el derecho o la garantía en particular protegen y al buscarse formas alternativas de asegurarlos, se está flexibilizando la forma de garantizar su protección, pero no su contenido⁹⁷. Como ha reconocido la Sala de Juzgamiento I en el caso *Lubanga*, es preciso que se tomen en cuenta las circunstancias en las que se desenvuelve la búsqueda y recolección de pruebas: circunstancias complejas de guerra, donde quedan pocos sobrevivientes, algunas veces difíciles de localizar y otras, carentes de voluntad o imposibilitados de colaborar con el trabajo de la Corte⁹⁸. Todo esto puede presionar hacia la flexibilización en la forma de garantizar los valores que las garantías protegen,

⁹⁴ *Id.*, §62.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ A.-L. Martínez-Pujalte (1997), 41, 72, 73. También P. Serna (1994), que es de donde toma la idea Martínez-Pujalte.

⁹⁷ En un sentido similar R. Dworkin (1978), 134 escribe: “[s]uppose I tell my children simply that I expect them not to treat others unfairly. I no doubt have in mind examples of the conduct I mean to discourage, but I would not accept that my ‘meaning’ was limited to these examples, for two reasons. First I would expect my children to apply my instructions to situations I had not and could not have thought about. Second, I stand ready to admit that some particular act I had thought was fair when I spoke was in fact unfair, or vice versa, if one of my children is able to convince me of that later; in that case I should want to say that my instructions covered the case he cited, not that I had changed my instructions. I might say that I meant the family to be guided by the *concept* of fairness, not by any specific *conception* of fairness I might have had in mind”. A este respecto, puede verse también A.-L. Martínez-Pujalte (1997), 70-71.

⁹⁸ CPI, *Lubanga* (13 junio 2008), §24.

pero no debería conducir al vaciamiento de su contenido. Esto es lo que acertadamente ha efectuado la Sala en cuestión, en la última decisión referida del caso *Katanga and Ngudjolo*.

En definitiva, se puede concluir entonces que la forma apropiada de establecer si la admisión de una prueba obtenida con violación de derechos humanos o de las normas del Estatuto afecta gravemente la integridad del proceso es determinando los valores y propósitos que dicha garantía protege, para luego verificar si han podido o podrían asegurarse a través de medios alternativos.

3.2. El examen para determinar la admisión de una prueba (artículo 69 numeral 4)

Hasta ahora se ha analizado la interpretación dada por la Corte al numeral 7 del art. 69 del Estatuto de la CPI, que reviste una importancia particular porque se refiere específicamente al tratamiento que debe darse a las pruebas obtenidas con violación de derechos humanos. El numeral 4 del mismo artículo, cuyo texto guarda cierta similitud con la regla 89 (D) de las Reglas de Prueba y Procedimiento de los tribunales penales ad-hoc, reviste una importancia indirecta para el tema que nos ocupa.

El numeral 4 se refiere a los requisitos generales para la admisión de las pruebas al proceso. Si bien dicho numeral no hace referencia específica a las pruebas obtenidas con violación de derechos humanos, se ocupa sin embargo, de la afectación al debido proceso que pueda surgir del uso dado a determinada prueba en el proceso. En definitiva, el numeral 7 se ocupa de las violaciones de los derechos humanos producto de la obtención de una prueba; mientras que el numeral 4 se ocupa de las violaciones que puedan resultar del uso de una determinada prueba en el proceso.

Siguiendo el numeral 4, además de la pertinencia o relevancia de la prueba, la Corte debe tomar en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier

perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo. Este texto no sólo resalta la importancia de varios elementos para determinar la admisibilidad de una prueba, entre ellos la garantía del juicio justo, sino que además no predetermina la forma en que deben resolverse los casos en que la garantía del juicio justo se oponga a la admisión de una prueba con valor probatorio, por ejemplo. Sin embargo, en algunas ocasiones, varias de las Salas se han referido a la ponderación entre el valor probatorio y el debido proceso, como si en ello consistiera la estrategia contemplada en el numeral 4⁹⁹. Con todo, en algunas de tales decisiones, la referencia a la ponderación pretende no ser más que sinónimo de ‘tomar en cuenta’; en otras, sin embargo, la ponderación equivale a proteger el valor que resulte más importante del caso concreto, como se pasará a ver.

3.3. La ponderación: ¿estrategia de pesos o mero “tomar en cuenta”?

En algunos casos, la Corte ha interpretado que la referencia del numeral 4 a ‘tomar en cuenta’, quiere decir ‘ponderar’ (*weigh*) en el sentido de medir y comparar un valor con otro¹⁰⁰. Sin embargo, considerando que el Estatuto protege varios valores y que en las negociaciones éste fue un aspecto que se resaltó especialmente, la ponderación no parece, la forma más apropiada para lograr su armonización¹⁰¹. Mientras que ‘tomar en cuenta’ hace referencia a una pluralidad

⁹⁹ *Id.*, §31; CPI, *Katanga and Ngudjolo* (17 diciembre 2010), §15; CPI, *Bemba* (9 febrero 2012), §16.

¹⁰⁰ CPI, *Lubanga* (8 marzo 2011), §47; CPI, *Bemba* (9 febrero 2012), §12; CPI, *Lubanga* (6 abril 2011), §37: “(...) the Chamber has previously decided that, even in circumstances where the criteria of Rule 68(a) are not met, recorded testimony may be admitted into evidence pursuant to Article 69(4), which gives the Chamber the discretion to rule on the relevance or admissibility of evidence taking into account, *inter alia*, any prejudice that the evidence may cause to a fair trial or a fair evaluation of the testimony of a witness” [se omitieron los pies de página; énfasis en el original]. Sin embargo más adelante, contradictoriamente se afirma que la estrategia que debe aplicarse es la ponderación y que es importante examinar si existe la posibilidad de que el acusado pueda introducir material adicional en el caso. CPI, *Lubanga* (6 abril 2011), §41: “[f]inally, the Chamber has to weigh the probative value of the evidence against its prejudicial effect. Under the jurisprudence of this Chamber, when considering this important issue, it is of relevance that the prosecution will have an opportunity to apply to introduce further material on this area of the case”. Un texto igualmente contradictorio, puede verse en CPI, *Lubanga* (9 marzo 2011), §22.

¹⁰¹ D.K. Piragoff (2008), 1305, 1325.

de valores, todos igualmente importantes; la ponderación, en cambio, consiste en determinar la prevalencia en el caso concreto, de alguno de dichos valores sobre otros¹⁰².

Además de que la ponderación no ayuda a la armonización de los distintos valores, éstos resultan difícilmente medibles o comparables en términos absolutos, a menos que se emplee algún parámetro. En más de una ocasión, la Corte ha definido el parámetro en términos consecuencialistas, es decir, mirando sobre todo a la fiabilidad de la prueba obtenida. Varias decisiones sobre admisión de documentos dictadas en el caso *Bemba* son ilustrativas al respecto; en ellas se discutía si era justo admitir al proceso documentos que no le permitirían al acusado indagar sobre su autenticidad. Según la opinión mayoritaria, la ausencia de oportunidad por parte del acusado de indagar sobre la veracidad de los documentos en cuestión no obstaba su admisión porque eran suficientemente fiables y porque además serían usados por la Sala de forma limitada, esto es, sólo para corroborar otras pruebas¹⁰³.

Respecto de esta fundamentación es necesario hacer dos observaciones. De un lado, el perjuicio al debido proceso no se elimina por el hecho de que la prueba tenga un valor probatorio alto. Si bien el derecho del acusado a investigar puede ayudar a establecer correctamente los hechos, su razón de ser no es únicamente ésta, pues de serlo, el acusado no tendría derecho a investigar cuando las pruebas de cargo fuesen lo suficientemente fiables. Además, si los documentos sólo iban a tener un uso limitado, para corroborar pruebas principales ¿cuál habría de ser entonces la necesidad de admitirlos? De otro lado, muchos de los documentos cuya admisión se buscaba hacían casi imposible la investigación que sobre ellos el acusado quisiese llevar a cabo, pues se trataba de artículos de prensa basados en fuentes anónimas o en dichos de terceros, cuyos autores no comparecerían a testificar. Esta dificultad de indagar sobre la veracidad de los documentos es lo

¹⁰² R. Alexy (1993), 90 y 93.

¹⁰³ CPI, *Bemba* (8 octubre 2012), §§35-36, 41, 137, 149, 154; CPI, *Bemba* (27 junio 2013-A), §§13, 22

que posiblemente condujo a la Sala a concentrarse únicamente en la suficiencia de su fiabilidad, como si esta última debiera hacer cada vez menos indispensable la investigación que el acusado deseara llevar a cabo. En este sentido, debe resaltarse que otorgar al acusado la oportunidad de investigar los hechos fundados en pruebas aparentemente muy fiables, constituye un derecho basado en su igualdad procesal, en su dignidad y en la justicia que ha de presidir en el proceso, y no puede ser remplazado con simples garantías de fiabilidad. En relación con estas decisiones, la jueza Ozaki emitió varias opiniones parcialmente disidentes, en las que se oponía a la admisión de tales documentos. Sin embargo, las razones en ellas expuestas no lograron superar su preocupación por, lo que ella consideraba, la falta de fiabilidad suficiente de tales documentos¹⁰⁴.

No obstante lo anterior, hay decisiones, que revelan una posición más mesurada de la Corte, pues en ellas se evidencia una preocupación por asegurar a la otra parte un espacio para argumentar y oponerse al contenido de las pruebas, aunque sean lo suficientemente fiables como para alcanzar el umbral de la admisión. En este sentido, varias decisiones dictadas en el caso de *Lubanga* son ilustrativas. Así, por ejemplo, al evaluarse si la admisión de testimonios por escrito afectaría el debido proceso, la Sala ha considerado sobre todo si la otra parte ha tenido o va a tener la oportunidad de interrogar a los testigos y, especialmente, que dicho interrogatorio haya podido ser lo suficientemente comprensivo acerca del asunto sobre el cual versa el testimonio por escrito¹⁰⁵. Incluso en los casos en que dicho interrogatorio no ha tenido lugar, ni podrá tampoco tener lugar, la Sala ha afirmado que lo importante es asegurar al acusado la oportunidad de introducir material adicional sobre el mismo asunto, en la fase de presentación de sus pruebas¹⁰⁶.

Hasta aquí puede verse que la ponderación no es necesaria para determinar la violación del debido proceso; todo lo contrario, lo que sí es necesario, es

¹⁰⁴ CPI, *Bemba* (6 septiembre 2012), §§11-12, 14-17; CPI, *Bemba* (27 junio 2013-B), 3, 5.

¹⁰⁵ CPI, *Lubanga* (8 marzo 2011), §§51, 57-58; CPI, *Lubanga* (6 abril 2011), §22.

¹⁰⁶ CPI, *Lubanga* (9 marzo 2011), §22; CPI, *Lubanga* (6 abril 2011), §41.

identificar y tomar en cuenta los distintos valores que el derecho en juego protege, para luego buscar formas alternativas de asegurarlos. Siguiendo esta misma línea, se podría afirmar entonces que la existencia de pruebas de contenido similar (pruebas corroboradas) podría constituir una forma alternativa de asegurar el valor que se encuentra en juego en el derecho de defensa, pero por una razón diferente a la sostenida por la Corte. La prueba corroborada es importante no porque agregue fiabilidad a la prueba disputada, sino porque al ser de contenido similar, asegura que el acusado podrá o ha podido oponerse a y defenderse de una prueba del mismo contenido que la prueba impugnada.

Todo lo anterior provee los parámetros para que pueda prescindirse de la ponderación y en su lugar se tomen en consideración y se aseguren los distintos valores que el proceso judicial protege.

4. Recapitulación

Como se ha podido ver, en las dos jurisdicciones estudiadas en este capítulo, la ponderación juega un rol importante. Ella se realiza comparando los efectos de admitir o no una prueba obtenida en violación de derechos humanos, tomándose principalmente en consideración el interés de la comunidad internacional en perseguir y sancionar delitos graves. Esto pasa por alto la consideración de que los derechos también tienen importancia para la comunidad internacional y abre la puerta para su limitación si el juzgamiento de delitos graves esté en juego, lo cual sucede siempre, pues son este tipo de delitos el objeto principal de los juicios penales internacionales. Los tribunales han empleado también el criterio de la fiabilidad de la prueba resultante de la violación para decidir acerca de la conveniencia o no de su admisión, haciendo que la fiabilidad apoye su admisión, y su carencia conduzca a la exclusión. Este criterio no sólo desatiende por completo el contenido del derecho en cuestión, sino que a la larga conduce a incentivar violaciones de derechos cuando la prueba resultante sea potencialmente fiable.

Alternativamente, la Corte Penal Internacional ha empleado como estrategia la determinación del contenido teleológico y axiológico del derecho en juego, con el propósito de tutelar los valores que los derechos protegen. Esta estrategia se complementa además con la evaluación de las posibilidades de asegurar su protección por medios alternativos. Esto en su conjunto vuelve a la estrategia lo adecuadamente flexible para adaptarse a las complejas circunstancias en las que se desenvuelve la búsqueda y recolección de pruebas en estos tribunales. Esta estrategia tiene además la potencialidad de superar los problemas de las estrategias antes vistas, siempre que no caiga en el círculo consecuencialista, como sucedería: (a) si las garantías alternativas se redujesen a asegurar el contenido fiable de la prueba obtenida, de modo que la corroboración de la prueba sería suficiente para restaurar cualquier derecho violado; o, (b) si —siguiéndose al Tribunal Europeo de Derechos Humanos— la búsqueda de garantías alternativas fuese un criterio más a ponderar junto con la gravedad del delito y la fiabilidad de la prueba.

Debe reconocerse, sin embargo, que el uso de garantías alternativas podría en cualquier caso dar a entender que se está autorizando implícitamente la recurrencia a los métodos violatorios de derechos siempre que haya garantías alternativas disponibles. De ahí la necesidad de verificar primero si la violación causada implica desatender el compromiso con los derechos en juego antes de verificar la disponibilidad de garantías alternativas de reparación. Esto se abordará en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO V

UNA PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN ENTRE EL RESPETO DE LOS DERECHOS Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

1. Planteamiento

En el Capítulo I se proveyó una redefinición del valor verdad y de aquello que éste involucra en el contexto del proceso; y en el Capítulo II se precisó el contenido interno de los derechos y se resaltó especialmente su valor independiente de la verdad. Este capítulo final se ocupará de la tercera implicación de la tesis holística, esto es, de la necesidad de que exista un compromiso de respetar los derechos y el debido proceso.

Mantener un compromiso de respetar los derechos y el debido proceso quiere decir que no se debe recurrir a su violación para alcanzar ningún fin. En este sentido, la doctrina del doble efecto y la teoría aristotélica de la acción y de la razón práctica servirán de apoyo para determinar la existencia o no del compromiso. Como fue visto en el capítulo II, la violación o no de un derecho se determina definiendo el valor que éste protege y en los capítulos III y IV se resaltó la práctica de los tribunales de determinar la violación del debido proceso atendiendo a la existencia o no de garantías alternativas que pudiesen restaurar la violación del derecho protegido. Sin embargo, aquí se añadirá que no toda violación puede ser restaurada a través de la búsqueda de garantías alternativas, sino sólo aquellas en que el valor protegido se ha violado sin afectar el compromiso con los derechos y el debido proceso. El desarrollo de esta propuesta no podría ser aceptable sin demostrar antes por qué la estrategia aplicada por los tribunales y las sugeridas por la doctrina son insuficientes. A tal efecto, se mostrará que están enfrentando las violaciones de derechos con herramientas

paliativas, y no reparatoras. La evaluación del compromiso con los derechos pretende enfrentar el problema de una forma distinta a lo que se ha venido haciendo y aspira a generar un compromiso de respeto con los derechos.

2. La propuesta de los Tribunales

2.1. La idea de que el proceso es un todo

Los tribunales han expuesto reiteradamente que la violación del debido proceso se mide observando el proceso como un todo¹. De este modo, ciertas violaciones a garantías concretas no producen de forma automática la violación del debido proceso. En efecto, la justicia y la equidad procesales no pueden traducirse en normas invariables y rígidas, sino que deben ajustarse a las circunstancias y necesidades particulares de cada caso. Al concebirse el proceso como un todo se acepta que ciertos derechos puedan reemplazarse por garantías de refuerzo que eviten que el equilibrio y la justicia que debe primar en todo proceso desaparezcan. Así, por ejemplo, la ausencia del abogado durante el interrogatorio preliminar puede verse compensada si el acusado tuvo acceso a una asistencia legal efectiva antes del interrogatorio². La concepción del proceso como un todo constituye, por tanto, el fundamento para permitir que la búsqueda de garantías pueda restaurar la violación causada. Esta forma de decidir conduce finalmente a aceptar que la disponibilidad de garantías alternativas se convierta en la carta blanca para permitir violaciones de derechos humanos³. Las únicas restricciones para ello son que el derecho afectado sea de una importancia mayor que impida su restauración con la ayuda de garantías alternativas, o que la prueba así obtenida haya perdido fiabilidad, todo lo cual se justifica mediante la ponderación.

¹ Ver *supra* capítulos III y IV.

² CPI, *Katanga and Ndgudjolo* (17 diciembre 2010), §62.

³ En el contexto de la CIADH, el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado en el caso *Fermín Ramírez c. Guatemala* (20 junio 2005), §15 ha advertido que el análisis del impacto de la violación de derechos procesales sobre la decisión final, podría conducir a relativizar el contenido de los derechos procesales y a destruir la garantía del debido proceso.

2.2. Los criterios empleados para la ponderación

La ponderación consiste en asignar —según los hechos del caso concreto— un peso a los principios en conflicto (sean éstos derechos o intereses) debiendo primar aquél que tenga el peso mayor, todo lo cual se determina a través del examen de la proporcionalidad. Dicho examen comprende tres sub-evaluaciones: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida que busca limitar el derecho en juego⁴. La idoneidad es un requisito de contenido negativo, que tiene la función de excluir medidas no adecuadas. El criterio de necesidad exige que se escoja la medida que restrinja lo menos posible el derecho en juego. La proporcionalidad en sentido estricto exige que se evalúe el beneficio-perjuicio resultante del favorecimiento de un derecho frente al perjuicio de otro. Mientras más intrusiva sea la medida, mayor debe ser la importancia del derecho o interés que se trata de proteger a través de ella.

Al momento de decidir sobre la violación del debido proceso, los tribunales se han referido indirectamente a estos criterios y directamente a la ponderación para decidir qué interés en conflicto pesa más, si la protección del derecho en cuestión o su limitación. En particular, los criterios aplicados han sido los siguientes: el grado de fiabilidad de la prueba, la gravedad del delito que se juzga, el interés público en perseguirlo y la existencia de garantías alternativas. El peso que se da a estos criterios depende del derecho en juego: así, pesan menos si el derecho en cuestión es la prohibición de la tortura, y pesan más si se trata del derecho a la intimidad. Al hacerse esta distinción, difícilmente se mantiene el compromiso de respetar todos los derechos en juego, pues quien recolecta las pruebas y averigua los hechos puede violar el derecho con menor valor siempre que se asegure de la presencia de alguno de los criterios antes referidos.

Si bien la fiabilidad de la prueba es un elemento importante para decidir sobre su admisión, debe empleárselo con mucho más cuidado a la hora de determinar la

⁴ R. Alexy (2002), 25 y ss.; C. Bernal Pulido (2003), 687 y ss.

afectación del debido proceso. Por un lado, la producción de una prueba fiable conduciría a revalidar violaciones de derechos, pasándose por alto el valor protegido por el derecho en juego; y, por otro lado, conduciría a tomar decisiones con base en las consecuencias: así, si de la violación resultara una prueba fiable o una prueba que podría ser luego corroborada, entonces se daría luz verde para la violación del derecho en cuestión. Todo esto es muy cuestionable en un sistema inspirado en los derechos humanos, pues no revela un verdadero compromiso con ellos, sino sólo cuando respetarlos permita alumbrar verdades⁵.

La gravedad del delito que se investiga suele ocasionar alarma social, lo cual permite en ocasiones argumentar en pro de la conveniencia de proteger los derechos humanos en una medida menor. El análisis de si dicha alarma social es genuina o no supera el propósito de este estudio⁶; sin embargo, resulta a primera vista cuestionable que los derechos deban enfrentarse con el interés público definido en términos de dicha alarma social.

Si bien es verdad que la comisión de delitos afecta el interés público, los derechos del acusado fueron concebidos en un marco en el que no colisionaban con dicho interés, de ahí que no resulte claro por qué la protección del acusado habría de concebirse en oposición al interés público. Frente a esto, hay quienes podrían argumentar que los derechos fueron concebidos en un marco de delincuencia menor que la actual y que la gravedad de los delitos del presente es lo que conduce a limitar su protección. Esta visión, sin embargo, deja de lado la otra cara del interés público, que consiste en el respeto de los derechos. Respetar los derechos no sólo beneficia individualmente a su titular, sino también a la convivencia social⁷; asimismo, no poder ejercer un derecho afecta al directamente

⁵ L. Ferrajoli (1995), 260, 261. Refiriéndose al utilitarismo afirma que “este tipo de doctrinas, al estar informadas por la máxima de que ‘el fin justifica los medios’, resultan por principio antitéticas del modelo del estado de derecho como sistema de poder disciplinado y limitado por las reglas del juego que constituyen el ‘medio’ derecho; y son idóneas para justificar sistemas de derecho penal ilimitado, de carácter sustancialista e inquisitivo (...)”.

⁶ En opinión de A.J. Ashworth (2002), 100 la idea del crimen organizado se exagera para tener más control sobre la gente.

⁷ J. Finnis (2011), 214, 216.

perjudicado, pero también a la sociedad⁸. Hay, por tanto, una relación de dependencia entre los derechos y el bien común.

En opinión de Finnis, hacer referencia al bien común para fundamentar la limitación de derechos es una idea confusa y un mecanismo ilusorio⁹. Es una *idea confusa* porque se hace referencia a un concepto general (el bien común) para limitar los elementos de dicho concepto (los derechos). Dado que el bien común es dependiente de la existencia de derechos no se puede decir propiamente que el bien común se satisface limitando aquello que forma parte de él. Es también un *mecanismo ilusorio* porque está asumiendo que el bien común puede ser calculable y olvida que la vida humana en comunidad es compleja y no limitada a un espectro técnico¹⁰. Siguiendo la teoría de la armonización de los derechos, éstos no colisionan entre sí ni tampoco entran en conflicto con el interés público. Los derechos tienen límites internos¹¹, es decir que se hallan en la definición misma del contenido de un derecho en particular. Así, al establecerse a qué se tiene derecho se excluye de la protección a aquello que sería un ejercicio abusivo del derecho o del interés público —según sea el caso—¹². Los llamados límites externos (orden público, seguridad nacional, derechos de terceros, entre otros) son arbitrarios, pues supondrían una prevalencia sobre los derechos que acaba potencialmente por anularlos¹³. Si se concibe el interés público como un elemento externo del derecho, sería muy fácil identificar casos en que la protección de los derechos de los delincuentes no resulte adecuada por alguna razón y, en tal virtud, sólo convenga darles una protección muy escasa¹⁴. Por lo tanto, el problema no

⁸ *Id.*, 217-8.

⁹ *Id.*, 213-215.

¹⁰ *Id.*, 113. Carece de sentido porque pretende que se sumen valores expresados en medidas distintas; así por ejemplo, “it is senseless to try to sum up the quantity of the size of this page, the quantity of the number six, and the quantity of the mass of this book”. Para Finnis, el utilitarismo es, por lo anterior, irracional, carente de sentido, arbitrario e indeterminado. *Cfr. id.* 113-117.

¹¹ P. Serna y F. Toller (2000), 70 y ss.

¹² *Id.*, 82: “[p]or otra parte, si uno de los intereses o derechos en juego es efectivamente más necesario, o incluso indispensable, para el bien común, en realidad no se sacrifica el derecho de la contraparte, sino que su pretensión es *aparente*, no tendría *razón*, no tendría *derecho*, sino que estaría intentando consumir un *abuso*.” [se omitieron los pies de página; énfasis en el original].

¹³ *Id.*, 100.

¹⁴ Esto ocasionaría un enfrentamiento inequitativo, pues dicho interés público no sería sino el interés de la mayoría o de lo que convenga en ese momento.

está en definir el derecho a la luz del interés público, sino en aquello que se identifica como el interés público.

El empleo de todos estos criterios ha conducido a una desprotección de los derechos, pues quienes recolectan las pruebas y averiguan los hechos están implícitamente autorizados a violar los derechos cuando resulte conveniente para investigar un delito grave, cuando pueda esperarse que la prueba que se obtendrá será fiable o cuando hayan garantías alternativas disponibles. Esto no es compatible con un compromiso de respetar los derechos, sino que más bien revela un compromiso únicamente con la necesidad de buscar la verdad y de establecer los hechos correctamente. Además, se estaría implícitamente instaurando la política de permitir violaciones de derechos en cualquiera de los casos antes mencionados, como si en dichos casos los derechos dejasen de tener valor propio. No se trata sin embargo, de ignorar los retos y problemas que se presentan en las situaciones difíciles, sino de encontrar una estrategia que no sólo genere sino que además evalúe la existencia o no de un compromiso con los derechos y no sólo con relación a la búsqueda de la verdad.

2.3. Los umbrales

El TEDH y los tribunales penales internacionales, al tratar las pruebas obtenidas con violación de derechos humanos, han distinguido entre la determinación de la violación de un derecho humano como primer umbral y la determinación de la violación al debido proceso como segundo umbral. Así, no todas las violaciones de derechos humanos logran configurarse a la vez como violaciones del debido proceso.

Tal y como ha venido siendo tratado el sistema de los umbrales, ocasiona dos problemas. Por un lado, se transmite un mensaje incorrecto, pues al determinarse la violación de un derecho se está comunicando un rechazo hacia la obtención de pruebas por métodos violatorios de derechos humanos; pero al admitirse dicha prueba al proceso, se está incentivando tal violación. En todos los casos en que se

encontró violado un derecho pero ello no llegó a afectar el debido proceso, se está permitiendo en definitiva el empleo de dicho método¹⁵. Por otro lado, la determinación de la violación o no de un derecho comúnmente se somete a un examen muy laxo, mientras que la determinación de la violación del debido proceso se somete a un examen muy estricto. Particularmente en el contexto del TEDH, se pueden ver varios casos en que se han entendido violados los derechos en virtud de la ausencia de una ley que indique la forma en que debían ser restringidos¹⁶; o se han entendido también violados porque el contenido del derecho en juego ha sido definido de modo excesivamente amplio; por ejemplo, se afecta el derecho a la privacidad cuando hay una interferencia física, sin importar las razones que la originaron¹⁷. La determinación de la violación del debido proceso ha sido, en cambio, de difícil acceso, pues casi siempre hay alguna razón externa que permita no declarar dicha violación¹⁸. Así, acaba siendo muy común encontrar que los tribunales sostengan que el derecho en particular ha sido violado, pero que su violación no ha afectado el debido proceso¹⁹ y esto nos remonta nuevamente a la crítica precedente: el mensaje transmitido respecto de lo permitido es confuso. Resulta entonces necesario reflexionar sobre la necesidad de transmitir un mensaje unívoco manteniendo el sistema de los umbrales.

¹⁵ Siguiendo el precedente del TEDH, el TPIY, *Brđjanin* (3 octubre 2003), §62 concluyó que las pruebas obtenidas con violación del derecho a la privacidad no afectan automáticamente la integridad del proceso. En este mismo sentido, puede verse también CPI, *Lubanga* (24 junio 2009), §26.

¹⁶ TEDH, *Khan c. Reino Unido* (12 mayo 2000), §28; TEDH, *Allan c. Reino Unido* (5 noviembre 2002), §36.

¹⁷ En TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006) debió haberse tomado en cuenta que el policía fue colocado en la necesidad de violar el derecho de Jalloh, pues éste ingirió las cápsulas de droga que comercializaba ilegalmente, a efectos de hacer desaparecer la prueba y de resguardarse en su derecho a la intimidad. La violación sin embargo, pudo haber sido declarada por otros motivos, *i.e.* que el policía no demostró tener un compromiso con el respeto del derecho a la intimidad, al haber podido esperar que las cápsulas fueran expulsadas por medios naturales y no haberlo hecho.

¹⁸ Véase *supra* capítulo III.

¹⁹ Tal ha sido el caso que no se han ordenado siquiera reparaciones procesales ni materiales cuando estos derechos han sido violados, habiendo bastado una mera declaración de su afectación. Véase *supra*, secciones 2.2 y 3.4 del capítulo III.

3. Posturas doctrinales acerca de cómo compatibilizar la verdad con los derechos fundamentales²⁰

Existen diferentes posturas respecto de cómo tratar la prueba obtenida con violación de derechos humanos. Como se resaltaré, las estrategias propuestas son insuficientes para transmitir claramente el mensaje que debe ser comunicado, esto es, que no debe recurrirse a la violación de los derechos humanos como un medio para buscar la verdad o impedir la impunidad.

3.1. Exclusión de pruebas no-fiables

Una prueba obtenida con violación de derechos humanos debe excluirse sólo cuando existen dudas sobre la veracidad de su contenido²¹. La violación de derechos repercute en la justicia del proceso si se producen pruebas inverosímiles, dudosas o inexactas, lo cual se mide por los siguientes criterios: (a) el método utilizado para su obtención, que puede o no afectar la veracidad de la prueba; y, (b) la existencia o no de otras pruebas que corroboren la veracidad de su contenido. En resumen, una prueba deja de ser fiable cuando el método utilizado para su obtención pone en tela de juicio su veracidad o cuando no hay forma de corroborarla a través de otras pruebas. Sólo en estos casos la prueba obtenida con violación de derechos debe excluirse.

En esta misma línea, hay quienes proponen como estrategia armonizadora que en lugar de reglas rígidas se opte por conferir al juez la discreción para decidir cuándo la admisión de la prueba obtenida ilícitamente puede afectar la integridad

²⁰ Dado que el interés de esta sección se concentra en las estrategias armonizadoras, no se tratarán aquellas que proponen la exclusión de la prueba en todo momento. Para el tratamiento de estas últimas, el lector puede remitirse a A.J. Ashworth (1977) 723; A.A.S. Zuckerman (1989), 343.

²¹ Para quienes siguen esta línea argumentativa, la exclusión de pruebas por otras razones que no sea su falta de fiabilidad no es oportuna, pues el fin principal del proceso penal es la determinación de la veracidad de los cargos que pesan contra el acusado. Para referencias en este sentido, puede verse A.J. Ashworth (1977) 724; A.A.S. Zuckerman (1989), 343, 346.

del proceso²². Se alega que una de las consideraciones que puede tenerse en cuenta es la potencialidad de la prueba obtenida para comprobar la culpabilidad del acusado²³.

Todo esto hace que se convierta a la verdad en el catalizador de las violaciones, lo cual a la vez presenta varios problemas, como ha sido previamente resaltado en otros lugares de este estudio²⁴. Por un lado, no se asegura el respeto del imperio de la ley, sino que se impulsa su inobservancia con el fin de hacer eficiente la investigación criminal; ello conduce también a que se incentive la violación de los derechos humanos, pues primero se los viola y luego se ve si la violación estuvo justificada. La verdad puede ser uno de los fines del proceso, pero de ningún modo el legitimante de las violaciones de los derechos humanos, pues si lo fuese estos últimos quedarían reducidos y subordinados a la búsqueda de la verdad.

3.2. Orden de reparaciones no-procesales

Como alternativa a la estrategia anterior, se propone que la exclusión se reserve para casos excepcionales, en que la admisión de la prueba coloque al acusado en desventaja o cuando de su admisión pueda afectarse la igualdad procesal, debiendo buscarse para todos los demás casos formas alternativas de reparación, *i.e.* la reducción de la pena²⁵. A pesar de que esta propuesta no aclara en ningún sentido qué podría constituir una desventaja o cuándo se podría ver afectada la igualdad procesal, sí deja sin embargo claro que aquello no debería reducirse a la fiabilidad de la prueba²⁶.

²² Ésta es particularmente la propuesta de A.A.S. Zuckerman (1989), 350. Zuckerman reconoce incluso que la ponderación sería el mecanismo adecuado para el ejercicio de la discreción judicial, pues con ella el juez podría mostrar al público en general la dificultad de escoger entre una opción y otra, lo cual aseguraría además un apoyo generalizado a la decisión, cualquiera que ésta fuera.

²³ *Id.*, 348.

²⁴ Ver *supra* capítulos I y II.

²⁵ A.J. Ashworth (1977), 725-726, 729.

²⁶ *Id.*, 733, critica la estrategia empleada en un caso inglés en el que se tomó en cuenta la fiabilidad de la prueba para concluir que el debido proceso no se había afectado.

Dejando de lado las complicaciones de determinar la igualdad procesal, la orden de reparaciones no-procesales parecería ser la solución más salomónica, pues de un lado no se estaría excluyendo la prueba relevante y fiable y, de otro, se estarían buscando medidas para reparar la violación causada. Sin embargo, el inconveniente de esta estrategia podría radicar en no estarse asegurando un compromiso de respeto de los derechos. Como esta estrategia parte de la premisa que se pueden violar derechos y que la reparación que se ordene dependerá de otros criterios, si estos últimos no toman en cuenta la razón por la cual se violó el derecho en cuestión, puede correrse el riesgo de vaciarse el contenido de dicho derecho. Así, está autorizada la violación de ciertos derechos bajo determinadas circunstancias, mientras se asegure una cierta reparación no-procesal. Un riesgo más grave aún es que el mecanismo de reparaciones podría ser utilizado para cumplir formalmente con los derechos, sin que se logre verdaderamente restaurar la violación ocasionada, ni asegurar un verdadero compromiso con el respeto de los derechos²⁷.

3.3. Imposición de sanciones contra quien recolectó las pruebas obtenidas con violación de derechos humanos

Otra forma de mantener el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos consiste en ordenar sanciones contra quien recolectó la prueba, sin excluir la prueba del proceso²⁸. Esta estrategia no sólo sería armonizadora, sino que además parecería ejemplificar la necesidad de respetar los derechos, aunque de una forma confusa y por tanto insuficiente. Si el criterio para admitir una prueba obtenida con violación de derechos humanos sería su fiabilidad y potencialmente la gravedad del delito que se investiga, no quedaría claro por qué estos mismos argumentos no podrían justificar el acto de quien

²⁷ Además, como lo reconoce en otro contexto A.A.S. Zuckerman (1989), 358-359, las reparaciones no-procesales deben apoyarse en una teoría que distinga entre conductas aceptables e inaceptables.

²⁸ En este sentido puede verse de forma general el capítulo IV de S.R. Schlesinger (1977) y S.R. Schlesinger (1979), 409.

recolectó las pruebas y evitar su sanción. El mensaje que se transmitiría sería, en definitiva, contradictorio, pues por un lado daría a entender que es de interés del sistema jurídico admitir pruebas con violación de derechos humanos cuando el delito que se investiga es grave y las pruebas fiables; y, por otro, que no es de interés del sistema jurídico, que se recurra a la violación de los derechos en estas circunstancias.

Adicionalmente, esta estrategia de las sanciones no encaja con el esquema actual de los tribunales penales internacionales, pues se encuentran físicamente muy lejos de quienes recolectan las pruebas, haciéndose imposible imponer sanciones y, con ello, prevenir violaciones²⁹. Esto trae importantes consecuencias, pues la Fiscalía de los tribunales penales internacionales se vale de terceros, principalmente de las autoridades nacionales, para recolectar las pruebas³⁰. La imposición de sanciones a la misma Fiscalía por haberse beneficiado de dicha prueba, sólo correspondería, siguiendo la línea desarrollada en la jurisprudencia de los mismos tribunales, cuando ha participado del acto violatorio de los derechos humanos³¹. Esto conduce, así, a que en todos aquellos casos en que la Fiscalía no ha participado, aunque sí se ha beneficiado de la prueba obtenida con violación de derechos humanos para probar su caso, nadie resulte sancionado, ni se busque tampoco prevenir futuras violaciones.

²⁹ Los tribunales penales internacionales han resaltado que no pueden cumplir eficientemente su función y a la vez ser exitosos reduciendo las violaciones de derechos humanos; además han reiterado que su función consiste en determinar si se ha afectado o no la integridad del proceso y no en disciplinar a las autoridades nacionales que recolectan las pruebas. *Cfr.* TPIY, *Brđanin* (3 octubre 2003), §63-64; CPI, *Lubanga*, (24 junio 2009), §§30, 45.

³⁰ A. Cassese (1998), 13 evoca un ejemplo muy figurativo para ilustrar que el TPIY tiene la necesidad de solicitar la colaboración de los estados para cumplir su labor, pues es un gigante sin piernas ni brazos.

³¹ Los tribunales no se han referido específicamente a la imposición de sanciones, sino a lo que se denomina en el sistema anglosajón, la terminación del proceso a causa de su abuso por parte de la Fiscalía. Así, para los tribunales, esto sólo procede en los casos en que la Fiscalía haya participado directamente de aquello que ha causado la violación grave del proceso. Si por ejemplo, el acusado ha sido torturado en alguna jurisdicción nacional, su testimonio podría ser excluido, pero la Fiscalía no habría de ser “sancionada” con la terminación del proceso, ya que no participó en dicha violación. *Cfr.* TPIY, *Karadžić* (8 julio 2009), §85.

En definitiva, ninguna de las estrategias hasta ahora descritas satisface la necesidad de un compromiso de proteger los derechos; de ahí que sus intentos de armonizar los derechos con la verdad no dejen de ser superficiales.

4. La determinación del compromiso de respetar los derechos

Partiendo de que tanto la búsqueda de la verdad como la protección de los derechos son igualmente importantes, debe procurarse una estrategia que impulse su armonización y sirva de complemento a las tesis defendidas en los capítulos I y II. No se trata de una armonización que supedite los derechos a la verdad, ni viceversa; tampoco de una que acabe por proteger el bien que tenga mayor peso en el caso concreto. Se trata más bien de una estrategia que se apoye en fundamentos armonizadores que respeten el contenido interno de cada valor y que, además, resalte la importancia de mantener un compromiso de respetar y proteger dicho contenido interno.

Al efecto de determinar tal compromiso hay que considerar dos elementos importantes. El primero tiene relación con el absoluto moral de no hacer el mal por el bien³². Éste constituye en gran medida, el fundamento de la doctrina del doble efecto, según la cual no debería sacrificarse uno de los valores que el proceso judicial resguarda para proteger otro de dichos valores; sin embargo, lo que sí podría ocurrir es que la afectación de alguno de los valores constituya un efecto colateral derivado de la realización del otro. Todo esto se relaciona con la evaluación del compromiso, pues quien posee un compromiso de respetar los derechos no recurriría a su violación como un medio para buscar la verdad, ni para asegurar la condena del culpable.

El segundo de los elementos que permite determinar dicho compromiso radica en la evaluación de las circunstancias que condujeron al sujeto a emplear los derechos como medio para lograr la verdad. Si se ha tratado de circunstancias

³² J. Finnis (1991-A), 54-55; J. Finnis, G. Grisez y J. Boyle (1987), 287 y ss. El principio es que no se debe hacer el mal para conseguir el bien.

que no dependían del sujeto ni de la labor que realizaba, entonces, se podría decir que el compromiso con los derechos no ha sido afectado.

Antes de analizar en concreto la propuesta, se examinará los fundamentos principales de la doctrina del doble efecto y su importancia en la determinación del compromiso hacia el respeto de los derechos.

4.1. La doctrina del doble efecto

La doctrina del doble efecto ha sido elaborada a lo largo de los siglos en el seno de la filosofía moral de la tradición aristotélica y tomista para determinar la moralidad de aquellas acciones humanas que producen un resultado bueno y otro malo, es decir aquellas acciones en las cuales no es posible realizar el bien sin también producir a la vez efectos que no pueden considerarse buenos o deseables. Esto plantea un problema moral porque si el sujeto realiza la acción con pleno conocimiento y libertad, sabiendo y queriendo, tanto el resultado bueno como el malo le son en principio imputables. Como el principio moral vigente en esta tradición ética es *bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu*, la acción que produce un efecto malo sería en principio moralmente reprobable a pesar del efecto bueno que también produce. Sin embargo, ya Aristóteles había observado que la persona que realiza una acción no siempre persigue todas las consecuencias que se derivan de la acción realizada³³. En este sentido, hay consecuencias que sólo son voluntarias de forma indirecta. Así, quien deja de participar de una importante celebración familiar porque decide cumplir con un compromiso

³³ Sobre este tema, Aristóteles (1999), 1135b es más explícito cuando trata la virtud de la justicia; así afirma: “[c]uando se obra a sabiendas pero no de un modo deliberado, se comete una acción injusta, por ejemplo, a impulsos de la ira o de las demás pasiones que son inevitables o naturales en el hombre. Cuando los hombres cometen esta clase de daños y de equivocaciones, obran injustamente y aquéllos son injusticias, pero los autores no son por ello injustos ni malos, porque el daño no tiene por causa la maldad; pero si los hacen proponiéndoselos, son injustos y malos.” Para Aristóteles, “[e]l principio de la acción —aquello de donde parte el movimiento, no el fin que persigue— es la elección, y el de la elección el deseo y la elección orientada a un fin” (*id.*, 1139a). A modo de reafirmar el principio anterior por medio de un razonamiento “a contrario”, Aristóteles afirma: “[s]i no elige o persigue esto por causa de aquello, persigue y elige propiamente lo segundo, y por accidente lo primero” (*id.*, 1151a-1151b). De modo que para Aristóteles aquello que acompaña al fin no es querido, pues no es el fin.

relacionado con su trabajo, al que se había obligado en virtud de un pacto o contrato, está voluntariamente realizando una acción de cumplimiento de los pactos y logrando por tanto un objetivo bueno; a la vez, no puede negarse que su inasistencia también es consecuencia del mismo acto voluntario. Hay en ella, por tanto, una dimensión de voluntariedad y, en la medida que esto pueda ser considerado malo, dicha voluntariedad sería la base de su imputabilidad moral. Sin embargo, no se trata propiamente de dos acciones ni de dos decisiones, sino de dos efectos de una misma acción. Uno de ellos es directamente querido por el sujeto: cumplir debidamente lo acordado o lo debido, y el otro sólo es una consecuencia de lo positivamente deseado, consecuencia que si es previsible y aceptada es también voluntaria aunque sólo indirectamente. Este es en grandes líneas, el ámbito de problemas en el que surge la doctrina del doble efecto.

Para esta doctrina, un acto puede producir dos efectos: uno intencional y otro no intencional. El primero es el fin buscado y el segundo, un efecto colateral derivado del acto ejecutado. Para considerar la justificación moral de dicho acto, el fin buscado debe ser un fin bueno, es decir, de aquellos que protegen un bien o un valor³⁴. Sin embargo, no basta que un acto busque un fin bueno a secas, es necesario también que no se cause un mal a un valor como medio para alcanzar dicho fin. El acto así ejecutado estará justificado porque la intención del sujeto se dirigió únicamente a lograr el fin bueno y no el efecto colateral³⁵, cuya ocurrencia el sujeto simplemente se limitó a tolerar o aceptar, sin quererlo directamente.

Dado que se está siempre expuesto a una constante interacción entre los distintos valores y relaciones causales, resulta imposible evitar que se produzca un

³⁴ Para J. Finnis, G. Grisez y J. Boyle (1987), 277 y ss. la bondad de un fin se define por su referencia a los bienes básicos, es decir a aquello que contribuye a la realización humana integral. Debe notarse que no se trata de una realización individualista, sino que debe contribuir a que el individuo se realice en sociedad. *Cfr.* J. Finnis (1998), 112. Al efecto de aplicar esta doctrina al problema objeto de este estudio, se consideran como bienes a los derechos fundamentales y a la verdad. *Cfr. supra*, capítulo I de este trabajo.

³⁵ Algunos creen que el acto está justificado cuando la razón para ejecutarlo era una razón conmensurada, es decir, que hacía corresponder el fin con la razón. *Cfr.*, P. Knauer (1967), 144. Existe tal correspondencia cuando el acto maximiza el fin buscado, no sólo a corto plazo, sino en su totalidad existencial (*id.*, 148), es decir, cuando el acto es la mejor solución considerando todos los hechos dados (*id.*, 151).

determinado mal o perjuicio como efecto colateral³⁶; lo que en cambio sí es posible y es, además, imperativo, es no causar un perjuicio a un valor como medio para lograr un fin bueno³⁷. La ocurrencia de un mal derivado del fin no logra transformar la intención, pues al tratarse de algo que sucede, su ocurrencia es aceptada, pero no deseada. Hacer el mal como medio constituye siempre una alternativa que el sujeto debe escoger realizar, mientras que, que el mal ocurra como efecto colateral, es algo que se acepta y que no se escoge³⁸.

De todo lo anterior se deduce que la violación de los derechos humanos no puede ser utilizada para asegurar la búsqueda de la verdad en un proceso judicial ni mucho menos para revalidar su hallazgo, aun cuando la verdad sea también un valor. Sin embargo, para determinar cuándo se está frente a un medio o a un

³⁶ Como J. Finnis (1991-A), 71 afirma: “[o]ne can always refrain from the *choice to harm* an instance of a good. But one can never avoid *harming* some instances of human goods.” [énfasis en el original]. En este mismo sentido, A. Miranda Montecinos (2008), 498, refiriéndose a las acciones cotidianas de la vida, como respirar, comer o beber ilustra lo imposible que resulta concebir que el ser humano tiene intenciones de realizar todo aquello que es previsible, así afirma: “[q]ue muchos efectos malos que sería inmoral intentar acompañan inevitablemente a la generalidad de nuestras acciones, puede verse claramente si se pone atención en acciones tan básicas y necesarias como respirar, comer o beber. Todas ellas conllevan efectos colaterales que amenazan la vida y la salud, como la ingestión de toxinas, bacterias, virus, alérgenos o parásitos. No puede, pues, haber una obligación absoluta de evitarlos. De lo contrario, deberíamos también privarnos del uso de medicamentos o de someternos a intervenciones quirúrgicas, actividades que siempre provocan efectos malos que podemos prever incluso con certeza. Pero, en realidad, ni siquiera el recurso a la inacción sería una solución al problema, pues la decisión deliberada de no actuar para evitar los malos efectos colaterales provocaría otros peores. En síntesis, la materialidad del mundo, la complejidad de los vínculos causales y las limitaciones propias de nuestro obrar nos fuerzan a aceptar la importancia de la distinción”. [se omitieron los pies de página]. Véase también J. Finnis, G. Grisez y J. Boyle (1987), 292. Estos autores proveen un argumento adicional que respalda la inevitabilidad de los efectos colaterales; ellos afirman que incluso cuando se escoge realizar un fin bueno, se invierte tiempo y recursos que al final constituyen una merma a otros bienes básicos. De ahí que la regla de no hacer el mal por el bien se aplique únicamente para los medios y no para los efectos colaterales.

³⁷ Resulta igualmente imposible no valerse de los demás como medios para cumplir nuestros propios objetivos. Por ejemplo, cuando le pedimos a quien está sentado muy estratégicamente en una mesa grande que nos alcance el salero, no lo estamos tratando como un medio en el sentido ético, a pesar de que en efecto representa el medio para que nosotros tengamos acceso al salero. El imperativo categórico de Kant se refiere a tratar a los otros como *meros* medios y no como medios simplemente. En el ejemplo antes visto, quien nos alcanza el salero no se ve por ello reducido a la condición de un mero medio para nuestros planes. G.E.M. Anscombe (2001), 60 argumenta que si todo lo que involucrase el riesgo de muerte estuviera prohibido entonces no sería ni siquiera posible realizar ciertos deportes, navegar por el mar, tomar medicinas que al aliviar el dolor reducen las expectativas de vida, ni realizar cirugías de alto riesgo.

³⁸ Para este estudio, ‘hacer el mal’ incluye tanto la acción como la omisión. Igualmente, ‘no hacer el mal’ se refiere tanto a acciones (la no-ejecución de un acto) como a omisiones (la no-pasividad ante un hecho).

efecto colateral, aquí se propondrá que es necesario conocer algo más que la intención del sujeto en el acto: qué valora, qué está dispuesto a hacer por lo que valora, en otras palabras, su carácter moral. El carácter, en definitiva, es lo que permite saber si el daño ocasionado a un bien constituyó el fin buscado, el medio empleado o el efecto colateral causado³⁹.

Ahora se pasará a exponer porqué la intención no constituye el fundamento de la doctrina del doble efecto, sino el carácter.

4.1.1. La intención

La intención puede ser entendida en un sentido restringido y amplio⁴⁰. En un sentido restringido, intencional es aquello hacia lo cual el sujeto dirige su acción, es decir, el fin que quiere alcanzar y los medios que debe emplear para lograrlo. Los efectos previsibles de la ejecución del plan de acción no se consideran intencionales, pues su ocurrencia no es necesaria para lograr el fin propuesto, tal es el caso que si desaparecieran, no impedirían su consecución⁴¹ (éste constituye el concepto de intención que defiende Anscombe, como se verá). En un sentido amplio, intencional es todo aquello que el sujeto pudo prever como consecuencia de su acto, a pesar de que no era parte de su plan de acción, es decir a pesar de que no era el fin que buscaba alcanzar ni el medio para lograrlo⁴². En esta línea, lo que

³⁹ Quienes defienden la doctrina del doble efecto suelen hablar de la intención, pero como se verá más adelante, la intención a la que se están refiriendo es mucho más profunda y completa, pues no sólo comprende lo que el sujeto buscaba, sino sus compromisos, sus valores. Por otro lado, se debe resaltar también que si sólo se observaran las consecuencias de un acto para definir su admisibilidad moral, no habría diferencia entre dos actos que producen el mismo resultado, pero con intenciones distintas. En este sentido, J. Finnis (1991-A), 71-72 refiere el ejemplo de quien hace extraer su útero porque no desea procrear y quien hace extraerlo para prevenir la expansión de un cáncer, no obstante el comportamiento es el mismo, el acto es diferente.

⁴⁰ T. Scanlon (2008), 10.

⁴¹ Esta es la posición de la doctrina del doble efecto y es, además, la que sostiene G.E.M. Anscombe en su *Intention* (1957). La versión española que se cita en este trabajo es *Intención* (1991).

⁴² Esta es la posición de H. Sidgwick (1981), 201-202 y posiblemente también la posición de varios doctrinarios del Derecho que se preguntan por ejemplo, porqué el Derecho castiga actos culposos o negligentes.

hace que lo previsible sea intencional es que el sujeto consideró que su eventual ocurrencia no era razón suficiente para no ejecutar su plan de acción.

Siguiendo a Anscombe, para determinar la intención, es necesario interrogar al sujeto acerca del porqué de la ejecución de su acto. Las respuestas que han de proveerse a estas preguntas deben ser razones para actuar, lo cual quiere decir, premisas que conduzcan a la acción⁴³. Aunque esto no obsta que el sujeto mienta, al menos su respuesta debe resultar razonable para quien la recibe⁴⁴. Una vez que se sabe el porqué del acto, es decir el fin buscado por el sujeto, se puede determinar qué era necesario para lograr dicho fin, en otras palabras cuáles debieron haber sido sus medios. En este sentido, resulta útil reproducir el ejemplo que formula Anscombe⁴⁵: el portero del edificio donde habitan los altos funcionarios de un gobierno nazi bombea habitualmente agua a los condóminos. Un día resulta que debe bombear agua envenenada porque así ha sido instruido por quienes planean que estos funcionarios mueran, para que se acabe con el régimen nazi y se pueda instaurar un régimen bueno. A pesar de que el portero conoce la intención de estas personas y conociéndolas bombea el agua envenenada, a él lo único que le interesa es recibir su paga habitual por bombear agua. Cuando se le pregunta al portero, ¿por qué bombeaste agua envenenada? Él responde: yo sólo hacía mi trabajo habitual, que era bombear. Y si para asegurar que no miente se le repreguntara: ¿entonces, no te importaba si finalmente esta gente se envenenaba?, a lo cual responde: en absoluto, yo sólo quería mi paga y por eso realizaba mi trabajo habitual (suponiendo que no recibió paga adicional por envenenar)⁴⁶. Si el portero sólo buscaba obtener su paga habitual, entonces, el

⁴³ G.E.M. Anscombe (1991), para. 3: “(...) una expresión de intención es una descripción de algo futuro, en la cual el hablante es una especie de agente, cuya descripción se justifica (si llegar a ofrecer una justificación) mediante razones para actuar, es decir, razones de por qué sería útil o atractivo que la descripción se llevara a efecto, y no mediante pruebas de veracidad.” Véanse también las siguientes referencias donde Anscombe afirma que la respuesta que se da al porqué de una acción es una razón para actuar. Las razones para actuar son la expresión de intención; en este sentido puede verse *id.*, paras. 5, 9, 16, 18.

⁴⁴ Adicionalmente, Anscombe, *id.*, para. 25 añade que aun cuando pueda suceder que el sujeto esté mintiendo, éste no puede negar haber tenido la intención de ejecutar los medios conducentes al fin buscado.

⁴⁵ G.E.M. Anscombe (1991), para. 25.

⁴⁶ *Id.*, para. 27.

envenenamiento era innecesario para lograr el fin propuesto y por lo tanto era un efecto colateral, tanto así que la paga no estaba condicionada al envenenamiento⁴⁷. Anscombe utiliza este ejemplo para demostrar que todo lo que se entienda necesario para lograr el fin propuesto, es intencional y lo que no lo fuere, es preterintencional.

La teoría de la intención de Anscombe no pretende —como se desprende del ejemplo anterior— ser una teoría ética, sino que tan sólo busca explicar la intención desde la perspectiva de quien ejecuta el acto, lo cual tiene su importancia, como se verá enseguida. Lo intencional para Anscombe únicamente revela lo que el sujeto buscaba con su acto. A diferencia de Anscombe, Sidgwick entiende que todos los efectos derivados de la previsión de su acto son intencionales⁴⁸. Sidgwick apela al ejemplo del hombre que lanza una bomba en un tranvía con el plan de matar al emperador que viaja en uno de los vagones y no a las otras personas que también están con él. Sidgwick concluye que el hombre que lanzó la bomba debe ser castigado no sólo por la muerte del rey, sino también por la muerte de los demás pasajeros, porque constituía un efecto previsible e intencional.

Mientras que la teoría de la intención de Anscombe se enfoca en determinar qué intención *ha tenido* el sujeto, la teoría de Sidgwick, se orienta a la intención que *ha debido tener* el sujeto considerando los hechos dados⁴⁹. La teoría de Anscombe tiene la ventaja de proveer una visión realista del ser humano y de ayudar al sujeto a entender en parte la razón del reproche de su acto. A la luz de la intención de Anscombe, el sujeto puede ver una imagen de él, de lo que ha querido y buscado como fines y de lo que ha estado dispuesto a hacer para

⁴⁷ Sin embargo, Anscombe, *id.*, para. 25 concluye que el acto debe ser castigado, pero no porque haya intención, pues en efecto no la hay: “[s]urge la pregunta: ¿cuál puede ser el interés de la intención del hombre que acabamos de describir, el cual sólo realizaba su trabajo habitual, etc.? Decididamente, no es un interés ético o legal; si lo que dijo era cierto, *ello* no lo absolverá de su culpabilidad de asesinato. Nos interesa únicamente lo que es verdadero acerca de un hombre en este tipo de situación.” [énfasis en el original].

⁴⁸ H. Sidgwick (1981), 201-202, véase particularmente la nota 1 en la página 202.

⁴⁹ Del ejemplo del tren empleado por H. Sidgwick se desprende que aquello que lo lleva a concluir que la intención recae sobre lo previsible, radica en la necesidad de castigar dicho acto.

conseguirlos. Cuando se le atribuye al sujeto una intención que no tuvo y con base en ella se lo castiga, no se le hace un llamado a que evalúe sus fines o sus medios. Mientras que cuando el sujeto identifica su querer y lo contrasta con el querer debido, puede comprender mejor la razón de su castigo y educar su propio querer. En este sentido, debe resaltarse la importancia de fundamentar la intención en aquello que está dentro del plan del sujeto que ejecutó el acto. Esto no significa, sin embargo, que la previsibilidad no juegue ningún rol en la teoría de Anscombe; todo lo contrario, para determinar la veracidad de la intención es necesario asegurarse que lo previsible no era importante para el sujeto en el momento de lograr el fin buscado⁵⁰.

Regresando al ejemplo del portero, a pesar de que el envenenamiento no fue intencional, Anscombe concluye que el acto del portero es reprochable. En la misma línea, Finnis reconoce que el derecho penal no sólo sanciona actos u omisiones intencionales, sino también actos u omisiones que no son intencionales, pero respecto de las cuales el sujeto no provee una justificación o excusa legal⁵¹. Adicionalmente, Finnis admite también que en los casos en que la intención del sujeto (sus fines y medios) se dirige a un bien, puede sin embargo, ser éticamente reprochable. Así, refiriéndose al caso del médico que tiene la intención de realizar un experimento que va a salvar la vida de muchas personas, extrae para ello el corazón del paciente a quien opera, produciéndose su muerte como efecto colateral, es sin embargo un acto éticamente reprochable. Lo es no precisamente por sus fines y medios, sino por “su elección de tratar la sustancia corporal y la realidad de ese otro ser humano como un objeto subhumano simplemente”⁵².

Todo esto nos lleva a concluir que la intención a la que se refiere la doctrina del doble efecto es más amplia y profunda que una mera teoría de la acción, y que puede ser mejor entendida con la idea aristotélica del carácter.

⁵⁰ Para que la intención declarada sea creíble es necesario que el sujeto provea la explicación de por qué habría sólo querido lograr el fin sin importarle las consecuencias que habrían de derivarse de su ejecución. En este sentido, puede verse G.E.M. Anscombe (1991), para. 27.

⁵¹ J. Finnis (1991-B), 60.

⁵² *Id.*, 60-61.

4.1.2. El carácter

Para la ética aristotélica interesa cuál es la disposición del sujeto y no meramente cuál es su intención. El carácter es la disposición permanente del sujeto de actuar de conformidad con las virtudes e incluye no sólo lo que el sujeto hace con conocimiento sino también lo que hace sin conocimiento, cuando su falta le es imputable⁵³. Es virtuoso quien posee las virtudes como rasgos estables de su carácter que le permiten reconocer las razones por las que debe obrar y a la vez actuar de forma confiable⁵⁴. Atender al carácter permite entender al ser humano en concreto, sus razones para actuar, por qué realiza determinado acto, qué valora y qué es capaz de hacer por lo que valora⁵⁵.

Comprender las razones por las que el sujeto actúa permite evaluar su compromiso con el bien y, en concreto, verificar la posibilidad de garantizar un juicio justo, pues no se trata únicamente de dar una reparación a la víctima del caso concreto, sino de asegurarse que el proceso se lleva a cabo protegiendo todos los valores en juego. Quien tiene disposición a respetar los valores no sigue un modelo simplemente, sino que conoce el valor de todos los bienes en juego y actúa conforme a dicho entendimiento⁵⁶. Se protege el debido proceso no sólo cuando se encuentran formas alternativas de restaurar el derecho violado, sino cuando de un análisis de las razones por las cuales se lo violó, se puede inferir que

⁵³ Aristóteles (1999), 1110b-1111a distingue entre falta de conocimiento por errores imputables al sujeto y falta de conocimiento por errores no imputables. Obrar por falta de conocimiento del segundo tipo no afecta el carácter del sujeto, mientras que la falta de conocimiento del primer tipo sí.

⁵⁴ J. Annas (2011), 8-9; L.M. Monahan (2004), 1; R. Hursthouse (1999), 11 y, de forma general, ver también 121-160.

⁵⁵ G.E.M. Anscombe (1991), para. 25, ilustra la trascendencia de la intención, mediante unas citas de Wittgenstein: “¿Por qué quiero, además de manifestarle lo que hice, también comunicarle una intención?... Porque quiero comunicarle algo sobre *mí*, algo que va más allá de lo que entonces ocurrió.

Le abro mi intimidad cuando le digo lo que quería hacer. –Pero no según una autoobservación, sino mediante una reacción (también se podría llamar una intuición). (*Investigaciones filosóficas*, § 659.)” [énfasis en el original].

⁵⁶ En un sentido similar, J. Annas (2011), 17 al referirse a la educación en virtudes afirma: “what the learner needs to do is not only to learn from the teacher or role model how to understand what she has to do and the way to do it, but to become able to acquire *for herself* the skill that the teacher has, rather than acquiring it as a matter of routine, something which results in becoming a clone-like impersonator” [énfasis en el original].

no se afectó el compromiso con el derecho en juego. La existencia de un compromiso transmite que el derecho a la intimidad, por ejemplo, es importante, que no debe ceder a la verdad y que su violación disminuye la legitimidad del sistema y del proceso concreto donde ello ocurra.

Tener una disposición permanente quiere decir que el compromiso se encuentra en el sujeto, de modo que aunque las circunstancias cambien y no sean favorables, el sujeto debe ser capaz de actuar de conformidad con los derechos. Esto tiene dos implicaciones: por un lado, que se debe actuar de conformidad con los derechos aun en los casos difíciles⁵⁷; y, por otro, que podría actuarse de forma materialmente no-virtuosa en un caso específico, si aquello no obstara el compromiso que se encuentra en el sujeto⁵⁸. Estas dos implicaciones parecen contradictorias; sin embargo, no lo son si se pone el énfasis en distinguir entre circunstancias que pueden afectar el compromiso, de aquellas que no. Como se explicará más adelante, afectan el compromiso aquellas violaciones que se deben a circunstancias que dependen del sujeto o que son propias de la labor que realiza y no lo afectan en el caso contrario⁵⁹.

Es preciso aclarar que si bien el compromiso no se puede fijar a través de un solo acto, pues consiste en una disposición permanente que gobierna más de un único acto y que sobrepasa la intención individual en un caso concreto⁶⁰; sin embargo, hay actos que revelan mucho más del sujeto que una simple intención aislada, pues del mismo acto y de las circunstancias en que éste se lleva a cabo se

⁵⁷ Aristóteles (1999), 1101a afirma que se puede ser virtuoso a pesar de las circunstancias de la vida.

⁵⁸ Se afirma “materialmente” porque la persona verdaderamente virtuosa no actuaría en contra de la virtud. Obrar de conformidad con la virtud no es, por tanto, obrar materialmente de conformidad con ella, sino obrar con sabiduría práctica. *Cfr. Id.*, 1144a.

⁵⁹ En este sentido, la ética de las virtudes distingue entre las circunstancias que dependían del sujeto y aquellas cuya causa se encontraba fuera del sujeto. Las primeras hacen que el acto sea voluntario y las segundas, que sea forzoso. *Cfr. Id.*, 1110a-1110b. El sujeto puede seguir actuando de forma acorde con las virtudes, si se ve obligado a afectar una de ellas debido a circunstancias que estaban fuera de su control.

⁶⁰ Tener un buen carácter consiste en la disposición de actuar de conformidad con lo bueno. La disposición de actuar de conformidad con lo bueno es un hábito que no es totalmente consciente ni inconsciente, sino que se alimenta e informa constantemente de la manera en que la persona piensa; se trata de un rasgo profundo que habla del tipo de persona que lo ejecuta. J. Annas (2011), 14.

puede inferir qué valores tiene el sujeto. Para determinar el carácter del sujeto se debe apreciar su intención en un sentido profundo. Así, habría de entenderse que el sujeto ha ejecutado x porque es el tipo de persona que valora mucho x , tanto que las circunstancias enfrentadas no fueron suficientes para impedir que siguiera queriendo x . Por un lado, valorar x es bueno, pues x es un bien; sin embargo, por otro lado, valorar mucho x puede llevar a desatender otros bienes e incluso a transformarse en un vicio por exceso⁶¹. El compromiso hacia el respeto de los derechos puede ser inferido del fin que el sujeto persigue, del medio que escoge para lograrlo, del efecto que permite que se cause y, en general, de todo lo que es capaz de hacer para lograr sus objetivos⁶².

4.2. La intención como elemento para determinar el carácter

Violar los derechos como un medio para buscar la verdad afecta en principio el compromiso del sujeto con los derechos, a menos que haya debido hacerlo por circunstancias independientes de él.

4.2.1. La violación de los derechos como medio para buscar la verdad puede afectar la disposición

Para decidir cómo obrar en un caso particular, uno cuenta normalmente con diversas opciones, cada una de las cuales constituye una propuesta de acción⁶³. El sujeto *escoge* una determinada propuesta no sólo en virtud del fin que busca lograr, sino también considerando los medios que se han de emplear. Si sólo el fin y no los medios fuera relevante, entonces: (a) no habría mayor distinción entre

⁶¹ Para Aristóteles (1999), 1106b-1107a, los vicios se derivan de un exceso o defecto de virtud, de ahí que la virtud sea el término medio entre extremos.

⁶² En un sentido similar, Aristóteles, *id.*, 1112a afirma que “(...) por elegir lo que es bueno o malo tenemos cierto carácter (...)”. Adicionalmente, L.M. Monahan (2004), 18, 134 y ss. siguiendo a Michael Bratman desarrolla la idea de que los seres humanos contamos con la estructura psicológica para formar nuestro carácter, puesto que podemos formar nuestros propios planes, propósitos y fines.

⁶³ Por *propuesta* se entiende todo aquello que el sujeto tiene intención de hacer e incluso el riesgo creado como un medio para lograr un fin ulterior. *Cfr.* J. Finnis (1991-B), 36, nota 6, citando a George Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston and Toronto, 1978), 442.

una opción y otra, cuando ambas produjeran el mismo resultado a través de medios distintos⁶⁴; y (b) el sujeto no se esforzaría por ver más allá de las opciones disponibles o por crear condiciones para un medio menos perjudicial⁶⁵. Los medios son intencionales porque son necesarios para alcanzar el fin y, por tanto, constituyen la antesala de lo buscado⁶⁶. Así, existe una cadena causal entre los distintos medios hasta llegar al fin, todo lo cual hace que los medios se comprendan como parte de la propuesta de acción y, por tanto, sean intencionales⁶⁷.

El compromiso con los derechos puede informar acerca del fin que *debe* buscarse y de los medios que *deben* o que *no deben* emplearse para lograrlo, influenciando por tanto la forma como se actúa. Así, cuando se afectan los derechos como medio para lograr un fin subsecuente, se demuestra una ausencia

⁶⁴ J. Finnis (1991-A), 71-72.

⁶⁵ Como acertadamente afirma J. Finnis (2011), 100 la elección es lo que nos hace libres y responsables. De ahí que la responsabilidad por la elección de los medios sea relevante, pues motiva al ser humano a buscar medios mejores.

⁶⁶ J. Pislner (2006), 226-227, 234-238 afirma que Tomás de Aquino veía las acciones bajo dos ópticas. Bajo la primera, una acción se definía por su tipo, es decir, por el objeto del acto. Bajo la segunda, una acción se define por el fin buscado, es decir, por la intención. Estas dos visiones unidas generan que el agente sea responsable no sólo del acto ejecutado (como medio) sino también del fin buscado (como fin). T. de Aquino (1989) I-II, q.18, a.7, c. “quien roba para cometer adulterio, comete dos malicias en un solo acto”.

⁶⁷ T. de Aquino (1989), I-II, q.12, a.2, c.: “[c]omo se señaló (a.1 ad 4), la intención mira el fin como término del movimiento de la voluntad. Ahora bien, en un movimiento puede considerarse el término de dos modos: uno, como el término último mismo en el que se descansa, que es término de todo movimiento; el otro, como algo medio, que es principio de una parte del movimiento y fin o término de otra. Por ejemplo: en el movimiento que va de A a C pasando por B, C es el término último, mientras que B es término también, aunque no último. Y de ambos términos puede ser la intención. Por eso, aunque siempre sea del fin, no es necesario que sea siempre del fin último”. Debe destacarse que el fin último no debe ser considerado aisladamente, sino que debe ser analizado a la luz de los medios empleados de los cuales depende su realización, de ahí que T. de Aquino afirme en el último renglón antes visto que la intención es siempre del fin, pero no siempre del fin último, es decir, que la intención no puede versar sobre el fin último considerado aisladamente, sino sobre éste a la luz de los medios empleados. *Cfr. Id.*, q.18, a.4, c.: “[e]n efecto, hay cosas cuyo ser no depende de otra cosa, y en ellas basta considerar su mismo ser absolutamente. Pero hay cosas cuyo ser depende de otra, por lo que es necesario considerarlas en relación con la causa de la que dependen.” Anscombe se refiere al fin como la causa de los medios ejecutados. Si no fuera por el fin, los medios no se hubiesen llevado a cabo. La causa es lo que incita la realización del acto. El fin o la causa es el objetivo que el agente quiere lograr y hacia el cual dirige la ejecución del acto. *Cfr. G.E.M. Anscombe (1991)*, para. 15. Resaltando, además, la importancia de la causalidad, Anscombe afirma: “[p]ara que ‘hago P con el fin de Q’ tenga sentido, debemos ver cómo se supone que la situación futura Q se convierte en una posible etapa posterior en la concatenación de hechos de los cuales P constituye una etapa anterior”. *Cfr. Id.*, para. 22.

de compromiso con ellos, a pesar de que su violación pueda ser subsanada con garantías alternativas o con reparaciones monetarias. Si existiese verdaderamente un compromiso con los derechos, el sujeto no debería valerse de su violación para alcanzar como fin ningún otro valor, a menos que esté obrando por fuerza o por ignorancia no imputables a él.

En cuanto a la fuerza, se refiere Aristóteles en los siguientes términos: “es forzoso aquello cuyo principio viene de fuera y es de tal índole que en él no tiene parte alguna el agente o el paciente, por ejemplo, que a uno lo lleve a alguna parte el viento o bien los hombres que lo tienen en su poder”⁶⁸. Se obra por la fuerza cuando el principio de la acción no está en el sujeto, pues si en él estuviese, estaría en sus manos hacerlo o no hacerlo⁶⁹. El que obra por la fuerza así definida, actúa involuntariamente y por tanto su acción no afecta su disposición de proteger aquello que ha violado. Alguien podría creer que es el acusado, al cometer delitos graves, quien coloca a las autoridades que recolectan las pruebas y recopilan los hechos, en la situación de tener que violar los derechos para evitar resultados peores. Éste no es un caso de fuerza, no sólo porque el sujeto siempre tiene la posibilidad de no violar los derechos, sino también porque las referidas son circunstancias ordinarias, propias de la labor de quien investiga y recopila las pruebas⁷⁰. Quien investiga sabe de antemano que su labor es investigar delitos graves; por lo tanto, el tipo de delito o su gravedad no justifican que se dejen de observar los derechos o que se disminuya su protección. No constituye tampoco una circunstancia de fuerza la necesidad de controlar la criminalidad, ni el interés público en sancionar determinado tipo de delitos, pues es precisamente aquello lo que origina, en sentido general, la labor de quien investiga. Lastimosamente, estos son los criterios que comúnmente han empleado los tribunales penales

⁶⁸ Aristóteles (1999), 1110a.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Adicionalmente, siguiendo a Aristóteles, *id.*, 1110a la voluntariedad o no de un acto es relativa al momento en que se lo ejecuta, muy a pesar de que en sentido abstracto, el acto nunca hubiese sido elegido. En caso de que la presión a la que el sujeto ha sido sometido rebasa las fuerzas humanas, el acto debe ser perdonado.

internacionales y en particular, el TEDH para determinar la violación del debido proceso.

Como se verá más adelante, no sería justificable ignorar que la privacidad o la integridad física son derechos o que el sospechoso o acusado son titulares de derechos: sería como ignorar que poseen dignidad. La ignorancia debe más bien versar sobre las circunstancias que hacen ignorar que el otro tiene la calidad de sospechoso o acusado, de cuya especial estatus nacen ciertos derechos, *i.e.* el derecho al silencio y a no autoincriminarse. Quien ignoraba legítimamente que el otro tenía dicha calidad no emplea la violación del derecho en juego como medio para lograr el fin buscado. Por eso será más pertinente considerar la ignorancia en el próximo apartado, donde se tratarán los casos de quien obra por desconocimiento.

Además de la fuerza, hay otras circunstancias que parecerían autorizar el empleo de la violación de los derechos como un medio para buscar la verdad. Sin embargo, como se pasará a ver, lo que se viola en esos casos no es propiamente un derecho. Tal es el caso en que el acusado o sospechoso distorsionan la protección del derecho para utilizarla como forma de evadir la justicia y dificultar la recolección de las pruebas. No sería éste el caso en que el acusado o sospechoso se niega a confesar, pues esta negativa está amparada por la protección de la intimidad, pero sí sería, en cambio, aquél en que esconde deliberadamente el objeto de prueba y luego se resguarda en la inviolabilidad de la intimidad. Situación análoga es la que se vio en el caso *Jalloh c. Alemania*, donde el demandante colocó al policía *en la necesidad de tener que violar su intimidad*, al haber ingerido las cápsulas de droga que comercializaba ilegalmente⁷¹. Si se entiende el derecho a la intimidad de una forma irrestricta y sin identificar los valores que éste protege y sus límites internos, éste es evidentemente un caso de violación necesaria; pero si, en cambio, todo ejercicio abusivo de un derecho no constituyese en realidad un derecho, éste sería simplemente un caso como

⁷¹ Aunque esta no fue una consideración que tuvo el Tribunal para decidir el caso, fue mencionada como parte de los hechos, TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §11.

aquellos en que se ha obrado *materialmente* en contra de una virtud, pero no de modo distinto a lo que el hombre virtuoso habría hecho⁷². Así como negarle la ayuda económica al despilfarrador no es obrar en contra de la virtud de la generosidad, sino más bien obrar como lo haría un hombre virtuoso; así también llevar a cabo un acto que pareciera estar afectando un derecho, cuando en realidad aquello no era parte del contenido del derecho, no constituye un caso de violación necesaria. En estos casos por tanto, no resulta ni siquiera necesario buscar garantías alternativas ni ordenar reparaciones⁷³. A diferencia de lo que sostuvo el TEDH, lo que afectó el debido proceso no debió ser el empleo de una medida desproporcionada al delito en juego, sino que el policía no demostró un compromiso con el respeto del derecho a la intimidad, a pesar de que lo pudo haber hecho, esperando a que las cápsulas fueran expulsadas por medios biológicos⁷⁴.

El caso *Gäfgen c. Alemania* es de los que presentan zonas grises⁷⁵. Si bien se podría decir que Gäfgen abusó de su derecho a guardar silencio a la luz de la imperiosa necesidad de salvar la vida del niño, aquí se defenderá la idea de que hay actos que, aunque ejecutados sin intención, son malos. Para la ética de las virtudes, hay actos que afectan de tal modo el compromiso con las virtudes, que difícilmente podría decirse que aquél que los ejecute, aunque sea por necesidad, continúa siendo una persona virtuosa⁷⁶. La dificultad está en identificar tales

⁷² Aristóteles (1999), 1144a.

⁷³ La búsqueda de garantías alternativas funcionaría sólo si el derecho es restaurable en el mismo proceso; un caso de derechos restaurables, aunque no siempre, sería el derecho a ser escuchado y a defenderse, pues se pueden ofrecer nuevas oportunidades en el curso del proceso, mientras que un caso de derechos irrestaurables sería la violación de la dignidad o la intimidad.

⁷⁴ La posibilidad de haber podido obtener las cápsulas por medios no violatorios constituyó para el Tribunal una razón para no exigir la exclusión de la prueba, dado que en cualquier caso la prueba que sirvió de fundamento para la condena habría podido ser obtenida. *Cfr.* TEDH, *Jalloh c. Alemania* (11 julio 2006), §128.

⁷⁵ TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010).

⁷⁶ Aristóteles (1999), 1110a afirma que: “[h]ay quizá cosas, sin embargo, a las que no puede uno ser forzado, sino que debe preferir la muerte tras los más atroces sufrimientos”. Adicionalmente, refiriéndose a la maldad intrínseca de ciertos actos, Aristóteles, *id.*, 1107a afirma: “(...) no toda acción ni toda pasión admite el término medio, pues hay algunas cuyo mero nombre implica la maldad, por ejemplo, la malignidad, la desvergüenza, la envidia; y entre las acciones el adulterio, el robo y el homicidio. Todas estas cosas y las semejantes a ellas se llaman así por ser malas en sí mismas, no sus excesos ni sus defectos. Por tanto, no es posible nunca acertar con ellas sino que

casos; en este sentido, la observación siguiente de Aristóteles podría ser ilustrativa: “[e]n ocasiones es difícil discernir qué se ha de preferir a qué, y qué se ha de soportar mejor que otra cosa; pero es más fácil aún ser consecuente con el propio juicio, porque casi siempre lo que esperamos es doloroso y aquello a que se nos quiere forzar vergonzoso, por lo que se alaba o se censura a los que se han sometido o no a la violencia”⁷⁷. En conclusión, si hay que escoger entre el dolor o la vergüenza, habrá de escogerse lo primero.

En el tema que nos ocupa, nadie que mantenga un compromiso con los derechos torturaría u ordenaría torturar, ni siquiera cuando el acusado haya abusado de sus derechos o intente con un comportamiento obstructor impedir la salvación de un tercero; de ahí que a pesar del comportamiento abusivo de Gäfgen, no estaría justificada la tortura⁷⁸.

En los dos epígrafes siguientes se intentará mostrar cómo hay casos en los que, aun a pesar de que la violación de los derechos no sea parte de un plan de acción, el sujeto demuestra, sin embargo, no tener un compromiso con los derechos. Un caso de acción positiva sería aquél en que el sujeto se beneficia del resultado de su acto (hallazgos fortuitos) sin ningún reparo; y un caso de acción negativa sería, por ejemplo, cuando el sujeto no participa en la recolección de las pruebas, pero tampoco hace nada para reprochar el acto ejecutado por terceros, beneficiándose, sin embargo, del producto de dicho acto.

siempre se yerra”. En cuanto a los actos intrínsecamente malos en la ética aristotélica, puede verse también G.E.M. Anscombe (1958), 15 y ss.; J. Finnis (1991-A), 33; R. Hursthouse (1999), 87.

⁷⁷ Aristóteles (1999), 1110a.

⁷⁸ Cabe resaltar sin embargo, que Gäfgen no fue torturado, sino amenazado de ser torturado en caso de que no revelara el lugar en donde tenía escondido al niño que había secuestrado, lo cual constituyó para el Tribunal violación contra la dignidad. Específicamente, el Tribunal reconoció que a pesar de que el motivo del acto violatorio de la dignidad de Gäfgen era únicamente salvar la vida del niño, toda violación contra la dignidad está absolutamente prohibida, sin importar el motivo con el cual se obra. TEDH, *Gäfgen c. Alemania* (1 junio 2010), §107.

4.2.2. La violación de los derechos no empleada como medio para buscar la verdad puede afectar la disposición

Como fue antes señalado, tener disposición no es únicamente no ser el causante de la violación; es también algo relativo a la actitud que se adopta antes, durante y después de su ocurrencia. Se demuestra una falta de compromiso con los derechos cuando el sujeto, a pesar de no haber participado en la violación de los mismos, utiliza las pruebas resultantes de su violación sin formular reparo alguno. Si bien la violación de los derechos no fue parte del plan de acción del sujeto, éste actúa como si no debiese existir limitación alguna en el momento de obtener beneficio del producto de dicha violación. De este tipo hay dos casos.

El primero de ellos ocurre cuando las pruebas han sido obtenidas como resultado de un hallazgo fortuito, donde la violación de los derechos no estaba dentro del plan de acción del sujeto, pues ignoraba justificadamente las circunstancias que hacían a la persona titular de protección. Una situación de este tipo se vio en el caso *Aleksandr Zaichenko c. Rusia*: claramente el policía no tenía intenciones de violar el derecho del recurrente a no autoincriminarse cuando le pidió que mostrara su comprobante de transacción⁷⁹. En este sentido, es importante distinguir entre quien obra *con ignorancia* y quien lo hace *por ignorancia*. Siguiendo a Aristóteles, “el embriagado o encolerizado no parecen obrar por ignorancia, sino por alguna de las causas mencionadas, no a sabiendas, sino con ignorancia. Pues todo malvado desconoce lo que debe hacer y aquello de que debe apartarse, y por tal falta son injustos y en general malos”⁸⁰. No estaría justificado ignorar por ejemplo, que la intimidad de la conciencia es un valor o que todo sospechoso es titular de tal protección, sino más bien ignorar las circunstancias que permitirían normalmente identificar a determinada persona como un sospechoso y por lo tanto como titular de cierta protección. Incluso en estos casos, en que se ha ignorado justificadamente un hecho, es necesario que el

⁷⁹ TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §§6-11.

⁸⁰ Aristóteles (1999), 1110b.

sujeto sienta pesar y arrepentimiento por su acción involuntaria⁸¹. Por lo tanto, la ausencia de intención no es suficiente para autorizar el uso de tales pruebas sin que se afecte el debido proceso: es necesario que se demuestre el compromiso del sujeto con los derechos, el cual podría verificarse reparándose el derecho violado *i.e.* con garantías alternativas o con cualquier otra forma de reparación que demuestre un compromiso con el derecho en juego⁸².

El segundo caso en que se puede afectar el compromiso con los derechos, ocurre cuando el sujeto no recolecta las pruebas, sino que se vale de terceros para hacerlo, quienes para lograrlo, violan los derechos. Para determinar la violación del debido proceso en estos casos, los tribunales penales internacionales han prestado particular atención a si la Fiscalía había participado directa o indirectamente en la recolección de pruebas obtenidas con violación de derechos humanos, en particular si habían tenido conocimiento del asunto en el momento de su ejecución⁸³. La jurisprudencia de los tribunales se muestra en este sentido dividida: por un lado, se ha sostenido que la participación de la Fiscalía es lo que determina, en definitiva, si el debido proceso se ha afectado, pues los tribunales no están para disciplinar a las autoridades nacionales⁸⁴. Por otro lado, se ha sostenido que la violación del debido proceso no sólo se ocasionaría si la Fiscalía hubiese participado de la recolección de las pruebas, sino también en los casos en que a pesar de no haberlo hecho, no habría forma de garantizar un debido proceso⁸⁵. Esta segunda interpretación es más concordante con la necesidad de que exista un compromiso con los derechos. Aunque la Fiscalía no debe valerse

⁸¹ *Id.*, 1111a.

⁸² El TEDH sostuvo que se había violado el debido proceso porque la sentencia condenatoria contra Zaichenko se fundamentaba exclusivamente en dicha prueba. TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia* (18 febrero 2010), §58.

⁸³ CPI, *Lubanga* (24 junio 2009), §§45, 46.

⁸⁴ TPIY, *Brđanin* (3 octubre 2003), §§63-64; CPI, *Lubanga* (24 junio 2009), §§30, 45. Adicionalmente, el TPIR ha sido más explícito al afirmar que cualquier reclamo del acusado relacionado con la forma de su detención o con la recolección de pruebas tiene que ser dirigido a las autoridades nacionales. *Cfr.* TPIR, *Nyiramasuhuko* (12 octubre 2000), §26, citando precedentes del mismo Tribunal, se afirmó que: “[i]t is a sovereign state that executes the request, controls the authorities executing the request and against whom the person arrested may seek a remedy against the arrest, custody, search, and seizure under the laws of the request state”

⁸⁵ CPI, *Lubanga* (24 junio 2009), §§47, 48.

de la violación de los derechos para llevar a cabo su plan de acción, sería insuficiente que sólo en este caso se entienda violado el debido proceso. Es importante subrayar aquí, que no por el hecho de no haber participado en la violación de los derechos, se puede hacer uso de las pruebas sin mayores consideraciones. En este sentido, es preciso aclarar que obrar con disposición consiste no sólo en tener la voluntad de hacer algo cuando es necesario, sino también en no evadir las situaciones que requieren una cierta acción de parte del sujeto⁸⁶. Una forma de demostrar que a pesar de la violación de los derechos, el sujeto mantiene el compromiso con ellos es, ante todo, demostrando que desconocía justificadamente la existencia de la violación, pues como antes se veía, ignorar lo que debe hacerse o de lo que debe apartarse es propio del malvado. Sin embargo, aun en estos casos, es necesario expresar el pesar o el arrepentimiento al que se refería Aristóteles al tratar las acciones involuntarias y una forma de hacerlo es recurriendo a garantías alternativas o a reparaciones para restaurar la violación del derecho en juego⁸⁷.

Se afecta también la disposición cuando a pesar de que la afectación de los derechos no sea parte del plan de acción del sujeto, se aprecia en la construcción del mismo plan la falta de compromiso con los derechos. Ello sucede cuando el sujeto construye su plan al margen de los derechos, sobrevalorando el logro de los fines por sobre los efectos que la persecución de los mismos pueda ocasionar en los derechos. Tal sería el caso de las políticas que buscan en abstracto incentivar la confesión del acusado, a través por ejemplo de la imposición de sanciones o de la realización de inferencias. Si bien el propósito de estas medidas es contar con mayores medios de prueba aportados por el acusado, se deja entrever que la

⁸⁶ L.M. Monahan (2004), 96. Quienes distinguen entre acto y omisión consideran que sólo las acciones tienen el poder de causar daños, mientras que las omisiones no. Esto no obsta, sin embargo, para que se pueda ser responsable por las omisiones, pero no debido a un principio causal. *Cfr.* T. Chappell (2002), 217 y ss. En la omisión, si bien el sujeto se enfrenta a una cadena de hechos que ha sido iniciada, al omitir actuar está permitiendo que dicha cadena siga su curso, produciéndose finalmente un mal, cuyo acaecimiento —al no ser impedido, pudiendo— se entiende escogido por el agente.

⁸⁷ Aristóteles (1999), 1110b, resalta la importancia del lamento en los casos en que se ignoraron justificadamente las circunstancias. Así afirma: “(...) el que hace una cosa cualquiera por ignorancia sin sentir el menor desagrado por su acción, no ha obra voluntariamente, puesto que no lo hacía a sabiendas, pero tampoco involuntariamente, ya que no sentía pesar”.

intimidad de su conciencia se valora poco y se interfiere con ella a través de métodos indirectamente coercitivos. Ha de notarse, sin embargo, que en los casos en que se ofrece la reducción de la pena a cambio de la confesión, se mantiene el compromiso con los derechos, pues en realidad el valor protegido ni siquiera se ha afectado. No hay violación si el sujeto renuncia voluntariamente a su derecho⁸⁸.

4.3. La evaluación del compromiso como parte de una estrategia armonizadora

Al inicio de este capítulo se afirmó que la estrategia que se propondría evaluaría e incentivaría el compromiso de respetar y proteger los derechos y que, además, sería una estrategia armonizadora. Sólo resta ahora mostrar cómo estos dos aspectos son parte de la estrategia sugerida.

En esta propuesta, la orden de reparaciones o las garantías alternativas no son empleadas como mecanismo que autoriza las violaciones causadas —como sí se evidencia en la estrategia aplicada por los tribunales—, sino todo lo contrario, para confirmar la involuntariedad de los actos que produjeron tales violaciones; de modo que, aunque se trate de aparentes violaciones materiales, de ningún modo mermarán el compromiso del sujeto con los derechos. Sin embargo, podría no ser evidente cómo las reparaciones o las garantías alternativas producto de la orden de un juez se encuentran conectadas con el compromiso con los derechos, pues la expresión del lamento (actitud *ex post facto*) de la que trata la ética aristotélica, debe nacer del sujeto que ejecuta el acto y las reparaciones o las garantías alternativas que aquí se han visto son producto de una orden del juez.

Si bien en ocasiones se ha hecho referencia a la importancia de evaluar el compromiso individual de quien recolecta las pruebas y averigua los hechos, el compromiso que aquí interesa no es únicamente éste, sino el compromiso del

⁸⁸ En esta misma línea, la CPI, *Katanga and Ngudjolo* (13 septiembre 2009), §§7, 8 sostuvo que una vez que el acusado ha renunciado a su derecho al silencio y pidió voluntariamente ser llamado a prestar declaración, tiene la obligación de decir la verdad.

sistema jurídico, que incluye no sólo a quien actúa sino a quien decide sobre dicha actuación, particularmente revelado en las consideraciones que toma en cuenta el juez al decidir sobre la violación o no del debido proceso y sobre la necesidad de excluir o no la prueba del proceso. En este sentido, el lamento aristotélico aplicado a nuestro tema, no es sólo un lamento individual, sino un lamento del sistema; y que la orden de reparaciones o la búsqueda de garantías alternativas, aunque provengan del juez, revelan un compromiso *del sistema* con el respeto de los derechos humanos, que es lo que aquí interesa.

En la estrategia propuesta ha quedado señalado que se debe recurrir a la exclusión de la prueba cuando se haya afectado el contenido interno del derecho a través de acciones voluntarias o cuando su afectación involuntaria revele una ausencia de compromiso de respetar y proteger tales derechos. Respecto de estas dos categorías se podría objetar que no son armonizadoras, pues en ellas caen la mayoría de los casos, lo cual ocasionaría que fácilmente se excluya la prueba del proceso, y además, no es una estrategia que evite los conflictos, sino que lleva a escoger entre el interés de establecer la verdad y el interés de respetar los derechos.

Respecto de estas objeciones se pueden proveer dos argumentos que revelan que la estrategia propuesta sí es armonizadora. De un lado, el contenido interno de los derechos no admite violaciones por cualquier motivo, sino sólo cuando se ha afectado el valor protegido; en tal sentido no es tan exacto que la exclusión está siendo privilegiada a través de un estándar bajo y de fácil acceso. Además, la estrategia propuesta ha incluido el caso de abusos de derechos, poco desarrollados en la jurisprudencia sobre el tema y que impedirían una fácil recurrencia a la exclusión de la prueba. De otra parte, debe observarse también que la compatibilización no se ve exclusivamente en los resultados, sino en el estatus que la estrategia otorga a los valores en juego. A este respecto, se puede ver una compatibilización de la verdad y los derechos, en la estrategia propuesta pues: (1) ni la verdad ni los derechos como valores se estarían imponiendo sobre el otro; (2) los derechos se estarían definiendo por su contenido interno, lo cual le estaría

restando rigidez a la forma en que deberían cumplirse; y, (3) al inculcarse un compromiso de respeto y protección de los derechos, se estaría descontando su violación como una posibilidad legítima cuando la verdad esté en juego, lo cual conduciría en definitiva a reducir los casos de conflicto con la verdad. La estrategia propuesta se apoya, por tanto, en fundamentos armonizadores.

5. Recapitulación

Como se ha mostrado, la estrategia empleada por los tribunales no es apropiada para generar un compromiso de respeto y protección hacia los derechos humanos. Si bien la gravedad de los delitos que se juzgan y el interés público en perseguirlos está fuera de duda, esto es algo con lo que se debe contar. El compromiso con los derechos debe mantenerse a pesar de que las circunstancias hagan más costosa la protección. Ello no quiere decir, sin embargo, que deban tolerarse abusos de derechos; pues el abuso pretende extender la titularidad más allá de su medida correcta.

Son indicios de una ausencia de disposición hacia el respeto y protección de todos los valores en juego, los siguientes: (a) Cuando el acto ejecutado revela que los acusados de delitos graves son titulares de una menor protección, pues esto pone al descubierto un sistema que prioriza el control de la criminalidad sobre el respeto de los derechos humanos. (b) Cuando el acto ejecutado revela un atentado a la unidad de los derechos, dejando que algunos de ellos —aquellos que se consideran menos importantes— sean desplazados por la necesidad de obtener pruebas. (c) Cuando el acto ejecutado revela que el sujeto que recolecta las pruebas, antes de restringir los derechos, pasa a ponderar factores a favor y en contra de su afectación, pues revela que lo determinante en tal caso es tomar la decisión que traiga las mejores consecuencias y no la inspirada en la protección de todos los derechos en juego. Si se producen algunas de las circunstancias mencionadas, cabe concluir que el sistema no mantiene un compromiso con los derechos, sino que subordina su protección a otros criterios.

El compromiso que se ha de exigir no es algo transitorio, sino profundo. Comprobar dicha profundidad requiere atender en general al carácter, lo cual incluye la intención de quien llevó a cabo el acto, las circunstancias enfrentadas y su comportamiento anterior y posterior al acto. De una parte, si el policía conoce que está interrogando al sospechoso y no meramente a un testigo, entonces el fin verosímilmente buscado por él será el establecimiento correcto de los hechos y la autoincriminación constituirá el medio para lograr dicho fin. Sin embargo, podría no haber tal intención si el sospechoso se valió de alguno de sus derechos para ocultar algún medio de prueba, en cuyo caso el sospechoso debe soportar que la investigación se dirija más directamente contra él. De otra parte, si el interrogatorio ha sido realizado a quien se considera simplemente testigo, pero una vez llevado a cabo surgen indicios suficientes de que el sujeto tuvo alguna participación en el delito, entonces el fin buscado era establecer correctamente los hechos y la “autoincriminación” no constituyó el medio para lograrlo. Sin embargo, aquello no autoriza su uso sin más, sino un uso que vaya de la mano de alguna reparación procesal viable, como por ejemplo la oportunidad ofrecida en el juicio de negar lo afirmado en la etapa preliminar. Con todo esto, lo que se pretende resaltar es la necesidad de que el sistema y sus operadores estén comprometidos con el respeto a los derechos humanos y que, de ser necesaria su afectación, ésta no sea aprovechada simplemente, sino que la circunstancia se convierta más bien en una oportunidad para reafirmar dicho compromiso.

CONCLUSIONES

1. Este trabajo ha tenido un doble objetivo. En primer lugar, analizar críticamente la motivación expuesta en las decisiones dictadas por los tribunales bajo estudio, respecto de cuándo el uso de la prueba obtenida con violación de derechos humanos afecta el debido proceso. En segundo lugar, sentar las bases para una estrategia que armonice adecuadamente la protección de los derechos y la búsqueda de la verdad en un proceso judicial dadas las insuficiencias detectables en las propuestas de la doctrina y la jurisprudencia.
2. Para determinar cuándo la prueba obtenida con violación de derechos humanos afecta el debido proceso, el TEDH toma en cuenta los siguientes criterios:
 - 2.1. El uso dado a la prueba en el proceso: cuanto mayor sea su influencia sobre la condena, mayor posibilidad existe de que afecte al debido proceso.
 - 2.2. La corroboración de la prueba: si la prueba está corroborada por otras, hay menos razones para suponer la afectación del debido proceso.
 - 2.3. La existencia de otras garantías en el proceso: si existieron, pueden haber convalidado cualquier inequidad derivada del uso de pruebas violatorias de derechos humanos.
 - 2.4. La gravedad del delito que se juzgó y el interés social de la sanción: cuanto más grave sea el delito, menor protección procesal existirá para el acusado si la prueba es considerada fiable.
3. El empleo de estos criterios ha conducido a una posición consecuencialista en definitiva, pues:

- 3.1. Si el uso de la prueba en el proceso es poco relevante, no debería haber mayor interés en insistir en su admisión al proceso, pero al insistirse en ella se deja al descubierto un interés no declarado en su admisión.
- 3.2. Si el soporte de más pruebas legitimase la violación ocasionada, la verdad estaría legitimando en último término lo ilegal, atendiendo sólo a los resultados.
- 3.3. La presencia de garantías alternativas para contrarrestar la violación causada equivale a la autorización implícita de tales violaciones.
- 3.4. Tomar en cuenta el interés público en sancionar conductas consideradas graves o peligrosas parece olvidar que existe también un interés público en respetar los derechos y, en definitiva, genera una toma de decisiones atendiendo al mayor número, como si fuese lo único que importara.

El uso de estos criterios hace difícil mantener un compromiso con los derechos en juego, pues quien recolecta las pruebas y averigua los hechos puede violarlos siempre que se asegure la presencia de alguno de los criterios antes referidos. A esto hay que añadir que la aplicación de estos criterios ha variado en función del tipo de derecho violado, lo cual ha conducido a una jerarquización de derechos y a no asegurar en definitiva un compromiso de respeto y protección de todos ellos.

4. Para determinar cuándo la prueba obtenida con violación de derechos humanos afecta el debido proceso, los tribunales penales internacionales han empleado criterios diferentes:
 - 4.1. La ponderación que es similar a la estrategia del TEDH y que consiste en decidir sobre la admisión o la exclusión de la prueba atendiendo a la gravedad del delito, al interés público, a la fiabilidad de la prueba y a la existencia de garantías alternativas.

CONCLUSIONES

- 4.2. La estrategia que consiste en la determinación del contenido del derecho en juego empleando una interpretación teleológica y axiológica. La afectación al debido proceso depende, en definitiva, de la existencia de garantías alternativas que protejan los mismos valores.

La segunda estrategia, a diferencia de la primera, tiende hacia una evaluación adecuada de la afectación del derecho en juego; sin embargo, no ocurre lo mismo con la determinación de la afectación del debido proceso, pues hace depender a ésta de algo que nada tiene que ver con las circunstancias y razones de tal afectación, sino de la existencia eventual e incontrolable de garantías alternativas.

5. La posición jurisprudencial dominante descansa implícitamente sobre la base de una *relación lineal* entre los derechos y la verdad. Esto quiere decir que los derechos se protegen en la medida que contribuyan al establecimiento correcto de los hechos. La verdad es, por tanto, el fin estructural del proceso y los derechos constituyen el medio —*prima facie* idóneo— para lograrlo. Definir a la verdad como fin estructural del proceso comporta los siguientes problemas:
 - 5.1. Da a entender que el establecimiento correcto de los hechos goza de un respaldo social del cual parecería carecer el respeto de los derechos. Incluso si éste fuese el caso, el fin de una institución no es necesariamente aquél que la gente espera que cumpla, sino aquél que su naturaleza le permite cumplir.
 - 5.2. El fin del proceso se estaría definiendo de un modo totalmente apartado de su contexto. El fin ha de ser definido teniendo en cuenta la especie del tipo al que pertenece. Siendo que el contexto en el que la verdad opera es el proceso, ésta debe ser lograda con las herramientas y limitaciones que el mismo proceso provee.
6. El respeto de los derechos y garantías es uno de los fines del proceso, conjuntamente con la verdad. La idea misma de justicia está relacionada con el

establecimiento correcto de los hechos, a través de los medios dispuestos por la ley para el efecto. Asumiendo que ambos son elementos de la justicia, su relación debe ser, por tanto, de coordinación y no de subordinación.

7. La justicia es compatible con la existencia de tensiones entre los distintos elementos que la conforman; por ello, sólo puede alcanzarse como fruto del ejercicio de la prudencia, que establece la medida de cada uno de ellos. En este sentido, la prudencia parece sugerir los siguientes pasos para lograr una compatibilización entre los distintos elementos:

7.1. La redefinición de aquello que el valor verdad exigiría en el contexto del proceso judicial.

7.2. El reconocimiento de que los derechos tienen un valor independiente de la verdad.

7.3. La necesidad de que exista un compromiso de respetar los derechos y el debido proceso.

8. El primer paso para la armonización consiste en la necesidad de redefinir la verdad como valor, pues tal y como está siendo concebida, como resultado, produce una incompatibilidad con el respeto de los derechos o, en su defecto, una frustración de la justicia. La redefinición de la verdad como valor tiene las siguientes implicaciones:

8.1. Su logro es una cuestión de disposición. Aunque no pueda llegarse materialmente siempre a la verdad, lo que no debe faltar es la disposición del sistema y del sujeto que recolecta las pruebas y averigua los hechos a buscar la verdad con las herramientas que el proceso judicial ofrece.

8.2. La verdad como valor no exige que los derechos sean dejados de lado cuando estuviesen obstruyendo su búsqueda.

CONCLUSIONES

- 8.3. No hay violación de la verdad como valor si el impedimento o dificultad para llegar a la verdad material se debe a la necesidad de proteger otros valores que el sistema también protege.
- 8.4. Si los derechos fuesen redefinidos a la luz de la verdad perderían su contenido, mientras que al redefinirse la verdad lo que se hace es definir su alcance a la luz del contexto en el que opera.

La finalidad del proceso y de la prueba radica, en definitiva, en proteger y respetar la verdad como valor conjuntamente con los otros valores que el proceso judicial protege.

9. El segundo paso para la armonización se fundamenta en el reconocimiento de que los derechos constituyen valores independientes de la verdad. El utilitarismo, en particular, es incompatible con este enunciado:

- 9.1. Tanto el utilitarismo de acto como el utilitarismo de regla ofrecen fundamentos insuficientes para proteger al inocente de condenas erróneas. Para ambos lo que importa en definitiva es la minimización del error en general. Para el utilitarismo de acto, su protección es necesaria sólo si con ella se puede maximizar la corrección de la decisión en el caso concreto. Para el utilitarismo de regla, su protección constituye el medio *prima facie* idóneo para maximizar la corrección de la decisión como política general. En cualquier caso, la protección del inocente está vinculada al impacto que ésta pueda tener en la corrección de la decisión, pues los errores —cualquiera que estos fueran— ocasionan costos.

- 9.2. La posición de Dworkin es también insuficiente, pero puede servir mejor de complemento a un fundamento más amplio y completo para el respeto de los derechos y garantías procesales. Para Dworkin, el error de condenar al inocente es más grave que el error de absolver al culpable, pues en el primer caso se produce un daño moral, no calculable en términos económicos y cuya ocurrencia tiene lugar aun sin ser conocida.

De aquí se deriva la necesidad de prevenir su ocurrencia no sólo en el caso concreto sino también en un sentido abstracto. El inocente tiene derecho a ser protegido de las condenas erróneas, con independencia del costo que aquello pueda generar.

- 9.3. El error de condenar al inocente es más grave que el error de dejar libre al culpable, pues para justificar dicha condena se necesita acudir a criterios de eficiencia como, por ejemplo, reducir la criminalidad o aumentar el efecto disuasorio, mientras que para dejar libre al culpable, se pueden emplear —aunque no siempre— criterios de protección de valores fundamentales, como el debido proceso, la seguridad jurídica, entre otros.

La protección del inocente no es suficiente como fundamento de las garantías o derechos procesales, pues si éste fuese el único fundamento la protección de los derechos carecería de sentido, tan pronto se desvaneciera de hecho la presunción de inocencia. Esto ocasionaría, en definitiva, la toma de decisiones consecuencialistas y un actuar motivado en contravención a los valores que las garantías protegen. Las normas procesales tienen como primera limitación la protección del inocente y, como segunda, la necesidad de proteger los bienes o valores que se derivan del hecho de ser persona, es decir, de la dignidad del mismo sujeto a quien se juzga. El principio de la dignidad supone reconocer al otro su calidad de persona y cumple dos objetivos: asegurar que el ser humano sea el centro del sistema y ayudar a definir el contenido de los derechos o garantías procesales, evitando así una definición abusiva y superflua.

10. El tercer paso para la armonización consiste en introducir un compromiso de respeto a los derechos y al debido proceso; es decir, de no recurrir a su violación como medio para buscar ni siquiera otro bien (no hacer el mal por el bien), si bien su violación puede llegar a ocurrir como efecto colateral, para cuya determinación es necesario definir la intención del sujeto a la luz de las circunstancias y de la voluntariedad de su acto.

CONCLUSIONES

11. El principio de no hacer el mal por mor del bien, tiene las siguientes implicaciones para evaluar el compromiso del sujeto con los derechos y el debido proceso:

11.1. El que quiere el fin, quiere también el medio, pero puede no querer siempre el resultado producido. Un acto puede producir dos efectos: uno querido y buscado y otro simplemente aceptado. Para conocer cuándo se está frente a uno u otro, es necesario comenzar por indagar sobre la razón de la ejecución del acto. En principio, todo lo que es necesario para llevar a cabo el fin propuesto es un medio para lograrlo. Sin embargo, para determinar en definitiva cuándo se está frente a un fin, un medio o un efecto colateral se debe evaluar la disposición del sujeto de respetar o proteger los bienes comprometidos.

11.2. La evaluación de esta disposición implica una apreciación de la *intención* en un sentido profundo, pues no sólo involucra la intención del sujeto en el acto, sino también aquello que el sujeto está dispuesto a hacer o dejar de hacer por lo que valora, para lo cual es necesario atender a las circunstancias y a la voluntariedad de los actos. Así,

11.2.1. Quien mantiene un compromiso con los derechos y el debido proceso no se valdría de su violación como un medio para alcanzar otro fin, a menos que esté obrando por fuerza o por ignorancia no imputables a él, lo cual ocurre cuando el principio de la acción se encuentra fuera del sujeto. Violar un derecho a causa de la necesidad percibida de investigar un delito grave, es una acción que tiene su principio en el sujeto, pues él sabe de antemano que su función es investigar delitos graves. La misma suerte corre la necesidad de controlar la criminalidad y el interés público en sancionar determinado tipo de delitos. Hay casos, sin embargo, en que parecería que el principio de la acción tiene su origen en el sujeto, pero lo que sucede en realidad es que éste ha

sido colocado en dicha situación por quien ha abusado de la protección que el Derecho le otorga. Éste no sería siquiera un caso de violación de derechos y, por tanto, tampoco de ausencia de compromiso con los derechos. Así como hay que diferenciar casos de abuso de derecho, es necesario también identificar prohibiciones absolutas, de modo que cualesquiera que fuesen las circunstancias de su ejecución, tales actuaciones estarían vedadas, pues la permisión de su ocurrencia afectaría necesariamente al compromiso con los derechos.

11.2.2. Adicionalmente, quien mantiene un compromiso con los derechos y el debido proceso no se beneficiaría de las pruebas obtenidas —a través de medios violatorios— por terceros, o resultantes de actos involuntarios suyos. La demostración del *lamento* es importante en estos casos para confirmar que el sujeto mantiene un compromiso con los derechos y que, si otro hubiese sido el caso, no se habría valido de su violación para conseguir fines ulteriores. El lamento no consiste aquí en la expresión de sentimientos, sino en la búsqueda de garantías alternativas en concreto, o a la orden de reparaciones para restaurar la violación del derecho en juego.

11.2.3. Quien mantiene un compromiso con los derechos y el debido proceso no construiría planes sobrevalorando el logro de los fines por sobre los efectos negativos que la persecución de los mismos pueda causar sobre los derechos.

12. Parecería que el futuro de esta propuesta se encuentra vinculado al impacto que puedan tener las decisiones de los tribunales analizados sobre las prácticas nacionales, pues son en definitiva estas últimas quienes recolectan las pruebas y averiguan los hechos. Cabe aquí desmentir ese condicionamiento, sobre todo si presupone como válido sólo un impacto directo. Es necesario insistir en que

CONCLUSIONES

hay cosas que se deben decir y hacer sin perjuicio de su efectividad, con la esperanza de que puedan eventualmente producir algún impacto; este último, sin embargo, no tiene por qué ser material y directo, pudiendo bastar el precedente jurisprudencial como fuente, a la cual puedan los tribunales nacionales recurrir eventualmente para mejorar sus prácticas.

El futuro de esta propuesta se enfrenta también con la visión de una sociedad materialista, inmediateista y excesivamente pragmática. Introducir la idea de que los derechos tienen un valor constitutivo y no productivo puede parecer algo muy místico a los ojos de mucha gente, tan acostumbrados a juzgarlo todo a la luz de las consecuencias. Aun en el pensamiento consecuencialista, se vuelve necesario seleccionar una cosa u otra como consecuencia relevante de un acto y esta selección sólo puede entenderse a raíz de valores implícitos. En este sentido, no se puede siquiera hablar de consecuencias sin presuponer una persona capaz de juzgar valores. Este trabajo resalta la necesidad de no perder de vista los valores a los que el Derecho procesal responde, sin que eso implique su indistinción respecto de la moral, sino tan sólo el cuidado de aquello que hace del Derecho una disciplina regulatoria de conductas y no únicamente de producción de resultados.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes Jurisprudenciales

1. TEDH

TEDH, *Schenk c. Suiza*, Aplicación No. 10862/84, 12 de julio de 1988.

TEDH, *Funke c. Francia*, Aplicación No. 10828/84, 25 de febrero de 1993.

TEDH, *John Murray c. Reino Unido*, Aplicación No. 18731/91, 8 de febrero de 1996.

TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, Aplicación No. 22414/93, 15 de noviembre de 1996.

TEDH, *Saunders c. Reino Unido*, Aplicación No. 19187/91, 17 de diciembre de 1996.

TEDH, *Serves c. Francia*, Aplicación No. 20225/92, 20 de octubre de 1997.

TEDH, *Teixeira de Castro c. Portugal*, Aplicación No. 25829/94, 9 de junio de 1998.

TEDH, *Selmouni c. Francia*, Aplicación No. 25803/94, 28 de julio de 1999.

TEDH, *V. c. Reino Unido*, Aplicación No. 24888/94, 16 de diciembre de 1999.

TEDH, *Labita c. Italia*, Aplicación No. 26772/95, 6 de abril de 2000.

TEDH, *Khan c. Reino Unido*, Aplicación No. 35394/97, 12 de mayo de 2000.

TEDH, *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, Aplicación No. 34720/97, 21 de diciembre de 2000.

TEDH, *J.B. c. Suiza*, Aplicación No. 31827/96, 3 de mayo de 2001.

TEDH, *P.G. and J.H. c. Reino Unido*, Aplicación No. 44787/98, 25 de septiembre de 2001.

TEDH, *Brennan c. Reino Unido*, Aplicación No. 39846/98, 16 de octubre de 2001.

TEDH, *Allan c. Reino Unido*, Aplicación No. 48539/99, 5 de noviembre de 2002.

TEDH, *İçöz c. Turquía*, Aplicación No. 54919/00, 9 de enero de 2003.

TEDH, *Edwards and Lewis c. Reino Unido*, Aplicación No. 39647/98, 40461/98, 22 de julio de 2003.

TEDH, *Weh c. Austria*, Aplicación No. 38544/97, 8 de abril de 2004.

TEDH, *Vanyan c. Rusia*, Aplicación No. 53203/99, 15 de diciembre de 2005.

TEDH, *Örs and others c. Turquía*, Aplicación No. 46213/99, 20 de junio de 2006.

TEDH, *Ramírez Sánchez c. Francia*, Aplicación No. 59450/00, 4 de julio de 2006.

TEDH, *Jalloh c. Alemania*, Aplicación No. 54810/00, 11 de julio de 2006.

TEDH, *Söylemez c. Turquía*, Aplicación No. 46661/99, 21 de septiembre de 2006.

TEDH, *Göçmen c. Turquía*, Aplicación No. 72000/01, 17 de octubre de 2006.

TEDH, *Khudobin c. Rusia*, Aplicación No. 59696/00, 26 de octubre de 2006.

TEDH, *Imakayeva c. Rusia*, Aplicación No. 7615/02, 9 de noviembre de 2006.

TEDH, *Smirnov c. Rusia*, Aplicación No. 71362/01, 7 de junio de 2007.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

- TEDH, *Heglas c. República Checa*, Aplicación No. 5935/02, 1 de marzo de 2007.
- TEDH, *Harutyunyan c. Armenia*, Aplicación No. 36549/03, 28 de junio de 2007.
- TEDH, *O'Halloran and Francis c. Reino Unido*, Aplicación No. 15809/02, 25624/02, 29 de junio de 2007.
- TEDH, *Luckhof and Spanner c. Austria*, Aplicación No. 58452/00; 61920/00, 10 de enero de 2008.
- TEDH, *Ramanauskas c. Lituania*, Aplicación No. 74420/01, 5 de febrero de 2008.
- TEDH, *Saadi c. Italia*, Aplicación No. 37201/06, 28 de febrero de 2008.
- TEDH, *Iliya Stefanov c. Bulgaria*, Aplicación No. 65755/01, 22 de mayo de 2008.
- TEDH, *Salduz c. Turquía*, Aplicación No. 36391/02, 27 de noviembre de 2008.
- TEDH, *Panovits c. Chipre*, Aplicación No. 4268/04, 11 de diciembre de 2008.
- TEDH, *Levința c. Moldavia*, Aplicación No. 17332/03, 16 de diciembre de 2008.
- TEDH, *Bykov c. Rusia*, Aplicación No. 4378/02, 10 de marzo de 2009.
- TEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Rusia*, Aplicación No. 39660/02, 18 de febrero de 2010.
- TEDH, *Krumpholz c. Austria*, Aplicación No. 13201/05, 18 de marzo de 2010.
- TEDH, *Gäfgen c. Alemania*, Aplicación No. 22978/05, 1 de junio de 2010.

2. CIADH

CIADH, *Loayza Tamayo c. Perú*, Sentencia (Fondo), 17 de septiembre de 1997.

CIADH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999.

CIADH, *Villagrán Morales y otros (Niños de la calle) c. Guatemala*, Sentencia (Fondo), 19 de noviembre de 1999.

CIADH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Sentencia (Reparaciones y Costas), 22 de febrero de 2002.

CIADH, *Tibi c. Ecuador*, Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 7 de septiembre de 2004.

CIADH, *Lori Berenson Mejía c. Perú*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 25 de noviembre de 2004.

CIADH, *Fermín Ramírez c. Guatemala*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 20 de junio de 2005.

CIADH, *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, Sentencia, 25 de noviembre de 2005.

CIADH, *López Álvarez c. Honduras*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 1 de febrero de 2006.

CIADH, *Bayarri c. Argentina*, Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 30 de octubre de 2008.

CIADH, *Barreto Leiva c. Venezuela*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 17 de noviembre de 2009.

3. TPIY

TPIY, *Tadić*, Decision on the Prosecutor's motion requesting protective measures for victims and witnesses, Caso No. IT-94-1, Sala de Juzgamiento, 10 de agosto de 1995.

TPIY, *Tadić*, Decision on Defence motion on hearsay, Caso No. IT-94-1-T, Sala de Juzgamiento, 5 de agosto de 1996.

TPIY, *Tadić*, Separate Opinion of Judge Stephen on the Defence motion on hearsay, Caso No. IT-94-1-T, Sala de Juzgamiento, 5 de agosto de 1996.

TPIY, *Delalić et al.*, Decision on the motions by the Prosecution for protective measures for the prosecution witnesses pseudonymed "B" through to "M", Caso No. IT-96-21, Sala de Juzgamiento, 28 de abril de 1997.

TPIY, *Delalić et al.*, Decision on Zdravko Mucić's motion for the exclusion of evidence, Caso No. IT-96-21-T, Sala de Juzgamiento, 2 de septiembre de 1997.

TPIY, *Aleksovski*, Decision of Trial Chamber I in respect of the motion of 19 June 1997 Requesting Separation of trials, Caso No. IT-95-14/1-PT, Sala de Juzgamiento, 25 de septiembre de 1997.

TPIY, *Delalić et al.*, Decision on the motion of the Prosecution for the admissibility of evidence, Caso No. IT-96-21-T, Sala de Juzgamiento, 19 de enero de 1998-A.

TPIY, *Delalić et al.*, Decision on the Prosecution's oral requests for the admission of exhibit 155 into evidence and for an order to compel the accused, Zdravko Mucic, to provide a handwriting sample, Caso No. IT-96-21-T, Sala de Juzgamiento, 19 de enero de 1998-B.

TPIY, *Blaskić*, Decision on the Defence motion for reconsideration of the ruling to exclude from evidence authentic and exculpatory documentary evidence, Caso No. IT-95-14, Sala de Juzgamiento, 30 de enero de 1998.

TPIY, *Aleksovski*, Decision on Prosecutor's appeal on admissibility of evidence, Caso No. IT-95-14/1-AR73, Appeals Chamber, 16 de febrero de 1999.

TPIY, *Aleksovski*, Dissenting Opinion of Judge Patrick Robinson, Decision on Prosecutor's appeal on admissibility of evidence, Caso No. IT-95-14/1-AR73, Appeals Chamber, 16 de febrero de 1999.

TPIY, *Aleksovski*, Decision regarding the admission of certain documents as evidence, Caso No. IT-95-14/1-T, Sala de Juzgamiento, 5 de marzo de 1999.

TPIY, *Kupreškić*, Separate Opinion of Judge David Hunt on appeal by Dragan Papić against ruling to proceed by deposition, Caso No. IT-95-16-AR73.3, Appeals Chamber, 15 de julio de 1999.

TPIY, *Kordić and Čerkez*, Decision on the Prosecution application to admit the Tulica report and dossier into evidence, Caso No. IT-95-14/2-T, Sala de Juzgamiento, 29 de julio de 1999.

TPIY, *Kordić and Čerkez*, Oral Decision issued by Judge May (Transcript), Caso No. IT-95-14/2-T, Sala de Juzgamiento, 21 de febrero de 2000.

TPIY, *Kordić and Čerkez*, Oral Decision issued by Judge May (Transcript), Caso No. IT-95-14/2-T, Sala de Juzgamiento, 10 de marzo de 2000.

TPIY, *Kordić and Čerkez*, Decision on appeal regarding statement of a deceased witness, Caso No. IT-95-14/2-T, Appeals Chamber, 21 de julio de 2000.

TPIY, *Kordić and Čerkez*, Decision on appeal regarding the admission into evidence of seven affidavits and one formal statement, IT-95-14/2-AR73.6, Appeals Chamber, 18 de septiembre de 2000.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

TPIY, *Kupreškić et al.*, Appeal Judgement, Caso No. IT- 95-16-A, Appeals Chamber, 23 de octubre de 2001.

TPIY, *Brđanin and Talić*, Order on the standards governing the admission of evidence, Caso No. IT-99-36-T, Sala de Juzgamiento, 15 de febrero de 2002.

TPIY, *Stakić*, Provisional order on the standards governing the admission of evidence and identification, Caso No. IT-97-24-PT, Sala de Juzgamiento, 25 de febrero de 2002.

TPIY, *Stakić*, Provisional Order on the standards governing the admission of evidence and identification. Annex, Caso No. IT-97-24-PT, Sala de Juzgamiento, 25 de febrero de 2002.

TPIY, *Milošević*, Decision on Prosecution's request to have written statements admitted under rule 92bis, Caso No. IT-02-54-T, Sala de Juzgamiento, 21 de marzo de 2002.

TPIY, *Milošević*, Separate Opinion of Judge Patrick Robinson, Decision on Prosecution's request to have written statements admitted under rule 92bis, Caso No. IT-02-54-T, Sala de Juzgamiento, 21 de marzo de 2002.

TPIY, *Galić*, Decision on Interlocutory Appeal concerning rule 92bis(C), Caso No. IT-98-29-AR73.2, Appeals Chamber, 7 de junio de 2002.

TPIY, *Galić*, Decision on the Prosecution's request for admission of rule 92bis statements, Caso No. IT-98-29-T, Sala de Juzgamiento, 26 de julio de 2002.

TPIY, *Stakić*, Decision on Defence request to exclude evidence as inadmissible, Caso No. IT-97-24-T, Sala de Juzgamiento, 31 de julio de 2002.

TPIY, *Galić*, Decision on the admission into evidence of written statement by a deceased witness, Hamdija Cavcic, and related report pursuant to rule 92bis(C), Caso No. IT-98-29-T, Sala de Juzgamiento, 2 de agosto de 2002.

TPIY, *Nikolić*, Decision on Interlocutory Appeal concerning legality of arrest, Caso No. IT-94-2-AR73, Appeals Chamber, 5 de junio de 2003.

TPIY, *Milošević*, Decision on Prosecution motion for the admission of transcripts in lieu of viva voce testimony pursuant to 92bis(D) - Foča Transcripts, Caso No. IT-02-54-T, Sala de Juzgamiento, 30 de junio de 2003.

TPIY, *Brđanin and Talić*, Third Decision on the admission of written statements pursuant to Rule 92bis, Caso No. IT-99-36-T, Sala de Juzgamiento, 3 de septiembre de 2002.

TPIY, *Blagojević and Jokić*, Decision on Prosecution's motion for clarification on oral decision regarding admissibility of accused's statement, Caso No. IT-02-60-T, Sala de Juzgamiento, 18 de septiembre de 2003.

TPIY, *Milošević*, Decision on interlocutory appeal on the admissibility of evidence-in-chief in the form of written statements, Caso No. IT-02-54-AR73.4, Appeals Chamber, 30 de septiembre de 2003.

TPIY, *Brđanin*, Decision on the Defence 'objection to intercept evidence', Caso No. IT-99-36-T, Sala de Juzgamiento, 3 de octubre de 2003.

TPIY, *Blagojević and Jokić*, Decision on the admission into evidence of intercept-related materials, Caso No. IT-02-60-T, Sala de Juzgamiento, 18 de diciembre de 2003.

TPIY, *Orić*, Order concerning guidelines on evidence and the conduct of parties during trial proceedings, Caso No. IT-03-68-T, Sala de Juzgamiento, 21 de octubre de 2004.

TPIY, *Karadžić*, Decision on the accused's Holbrooke agreement motion, Caso No. IT-95-5/18-1, Sala de Juzgamiento, 8 de julio de 2009.

TPIY, *Karadžić*, Decision on the accused's motion to exclude intercepted conversations, Caso No. IT-95-5/18-T, Sala de Juzgamiento, 30 de septiembre de 2010.

4. TPIR

TPIR, *Nyiramasuhuko*, Decision on the Defence motion for exclusion of evidence and restitution of property seized, Caso No. ICTR-97-21, T. Ch. II, 12 de octubre de 2000.

TPIR, *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, Decision on the Prosecutor's Motion for the admission of certain materials under Rule 89 (C), Caso No. ICTR-98-41-T, Sala de Juzgamiento I, 14 de octubre de 2004.

TPIR, *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, Decision on Prosecutor's Motion for the Admission of Written Witness Statements under Rule 92bis, Caso No. ICTR-98-41-T, Sala de Juzgamiento I, 9 de marzo de 2004.

TPIR, *Kajelijeli*, Judgement, Caso No. ICTR-98-44A-A, Appeals Chamber, 23 de mayo de 2005.

TPIR, *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, Decision on Kabiligi Motion for Exclusion of Evidence, Caso No. ICTR-98-41-T, Sala de Juzgamiento I, 4 de septiembre de 2006.

TPIR, *Karemera, Ngirumpatse and Nzirorera*, Decision on the Prosecution Motion for Admission Into Evidence of Post-Arrest Interviews With Joseph Nzirorera and Mathieu Ngirumpatse (Rules 89 (C) and 95 of the Rules of Procedure and Evidence), Caso No. ICTR-98-44-T, Sala de Juzgamiento III, 2 de noviembre de 2007.

TPIR, *Karemera, Ngirumpatse and Nzirorera*, Decision on the Prosecutor's Motion for Admission of Certain Exhibits Into Evidence (Rule 89 (C) of the

Rules of Procedure and Evidence), Caso No. ICTR-98-44-T, Sala de Juzgamiento III, 25 de enero de 2008.

5. CPI

CPI, *Lubanga*, Decision on the confirmation of charges, Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Pre-Juzgamiento I, 29 de enero de 2007.

CPI, *Lubanga*, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Juzgamiento I, 30 de noviembre de 2007.

CPI, *Lubanga*, Separate and Dissenting Opinion of Judge Blattmann attached to Decision on Disclosure Issues, Responsibilities for Protective Measures and other Procedural Matters, Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Juzgamiento I, 28 de abril de 2008.

CPI, *Lubanga*, Decision on opening and closing statements, Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Juzgamiento I, 22 de mayo de 2008.

CPI, *Lubanga*, Decision on the admissibility of four documents, Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Juzgamiento I, 13 de junio de 2008.

CPI, *Lubanga*, Sentencia relativa a las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008, Caso No. ICC-01/04-01/06, Appeals Chamber, 11 de julio de 2008.

CPI, *Lubanga*, Dissenting Opinion of Judge Georghios M. Pikis, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled "Decision on the release of Thomas Lubanga Dyilo", Caso No. ICC-01/04-01/06, Appeals Chamber, 21 de octubre de 2008.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

- CPI, *Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Caso No. ICC-02/05-01/09, Sala de Pre-Juzgamiento I, 4 de marzo de 2009.
- CPI, *Lubanga*, Decision on the admission of material from the 'bar table', Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Juzgamiento I, 24 de junio de 2009.
- CPI, *Katanga and Ngudjolo*, Decision on the request of the Defence for Mathieu Ngudjolo to obtain assurances with respect to self-incrimination for the accused, Caso No. ICC-01/04-01/07, Sala de Juzgamiento II, 13 de septiembre de 2009.
- CPI, *Katanga and Ngudjolo*, Decision on the Prosecutor's bar table motions, Caso No. ICC-01/04-01/07, Sala de Juzgamiento II, 17 de diciembre de 2010.
- CPI, *Lubanga*, Corrigendum to redacted decision on the defence request for the admission of 422 documents, Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Juzgamiento I, 8 de marzo de 2011.
- CPI, *Lubanga*, Corrigendum to Decision on the legal representative's application for leave to tender into evidence material from the "bar table" and on the Prosecution's Application for Admission of three documents from the Bar Table Pursuant to Article 64 (9), Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Juzgamiento I, 9 de marzo de 2011.
- CPI, *Lubanga*, Redacted Decision on the "Cinquième requête de la Défense aux fins de dépôt de documents", Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Juzgamiento I, 6 de abril de 2011.
- CPI, *Bemba*, Public redacted version of the First decision on the prosecution and defence requests for the admission of evidence, dated 15 December 2011, Caso No. ICC-01/05-01/08, Sala de Juzgamiento III, 9 de febrero de 2012.

CPI, *Bemba*, Partly Dissenting Opinion of Judge Ozaki on the Prosecution's application for admission of materials into evidence pursuant to Article 69(4) of the Rome Statute, Caso No. ICC-01/05-01/08, Sala de Juzgamiento III, 6 de septiembre de 2012.

CPI, *Bemba*, Public Redacted Version of "Decision on the Prosecution's Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Article 64(9) of the Rome Statute" of 6 September 2012, Caso No. ICC-01/05-01/08, Sala de Juzgamiento III, 8 de octubre de 2012.

CPI, *Bemba*, Decision on the admission into evidence of items deferred in the Chamber's "Decision on the Prosecution's Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Article 64(9) of the Rome Statute" (ICC-01/05-01/08-2299), Caso No. ICC-01/05-01/08, Sala de Juzgamiento III, 27 de junio de 2013-A.

CPI, *Bemba*, Partly Dissenting Opinion of Judge Ozaki on the Decision on the admission into evidence of items deferred in the Chamber's "Decision on the Prosecution's Application for Admission of Materials into Evidence Pursuant to Article 64(9) of the Rome Statute" (ICC-01/05-01/08-2299), Caso No. ICC-01/05-01/08, Sala de Juzgamiento III, 27 de junio de 2013-B.

II. Fuentes Normativas

Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, entró en vigencia el 1 de julio de 2002, A/CONF.183/9.

Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, adoptadas el 11 de febrero de 1994, entraron en vigencia el 14 de marzo de 1994, IT/32.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma el 4 de Noviembre de 1950.

III. Fuentes Documentales

Asamblea General de las Naciones Unidas, Report of the International Tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of International Humanitarian Law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991, A/50/365, S/1995/728, sesión 50, 23 de agosto de 1995.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 955 (1994) S/RES/955, adoptada en la sesión 3454, el 8 de noviembre de 1994.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1165 (1998) S/RES/1165, adoptada en la sesión 3877, el 30 de abril de 1998.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1329 (2000) S/RES/1329, adoptada en la sesión 4240, el 30 de noviembre de 2000.

IV. Bibliografía

ALEXY, Robert (1989), Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— (1993), Teoría de los Derechos Fundamentales (traducción de E. Garzón Valdés), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— (2002), Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, No. 66, 13-64.

ALLEN, Ronald J.; Laudan, Larry (2008), Deadly Dilemmas, 41 *Texas Tech Law Review*, 65-92.

- AMBOS, Kai (2009), Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán - fundamentación teórica y sistematización, 7 *Política Criminal*, Chile: Universidad de Talca, 1-51.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William L. (1991), *Analysis of Evidence*, Nueva York: Cambridge University Press, segunda edición (2005).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1994), De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza, 22 *Jueces para la democracia*, 87-92.
- ANNAS, Julia (2011), *Intelligent Virtue*, Oxford [etc.]: Oxford University Press.
- ANSCOMBE, G.E.M. (1958), Modern Moral Philosophy, *Philosophy* vol. 33, No. 124, 1-19.
- (1961), War and Murder, in: *Nuclear Weapons: a catholic response*, Walter Stein (ed.), Londres: Sheed and Ward, 44-52.
- (1991) Intención, Jesús Mosterín (traductor), Barcelona: Paidós. La edición original en inglés: G.E.M. Anscombe (1957), *Intention*, Oxford: Blackwell.
- (2001), Medalist's Address: Action, Intention, and 'Double Effect', en *The doctrine of double effect: philosophers debate a controversial moral principle*, P.A. Woodward (ed.), Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press.
- AQUINO, Tomás de (1989), *Suma de Teología, Parte I-II*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, segunda edición.
- ARISTÓTELES (1949), *Ética a Nicómaco*, María Araujo y Julián Marías (traductores), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, séptima edición (1999).
- ASHWORTH, Andrew J. (1977), "Excluding Evidence as Protecting Rights", 3 *Criminal Law Review*, 723.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

— (2002), *Human rights, serious crime and criminal procedure*, Londres: Sweet & Maxwell.

ATIENZA, Manuel (1994), *Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, 22 *Jueces para la Democracia*, 82-86.

BAYLES, Michael D. (1990), *Procedural Justice: allocating to individuals*, Dordrecht [etc.]: Kluwer Academic Publishers.

BEERNAERT, Marie-Aude (2007), *La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, 69 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 81-105.

BEHRENS, Hans-Jörg (1999), *The Trial Proceedings*, en: *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations, results*, Roy S. Lee (ed.), La Haya [etc.]: Kluwer Law International.

BENTHAM, Jeremy (1825), *A Treatise on Judicial Evidence*, extraído de los manuscritos de Jeremy Bentham por M. Dumont, Londres: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row, accesible a través de: <http://archive.org/stream/atreatiseonjudi00dumogoo#page/n6/mode/2up>.

— (1838), *The Principles of Judicial Procedure with the outlines of a Procedure Code*, J. Bowring (ed.) *Works of Jeremy Bentham*, Volume 2, Edimburgo: William Tait, accesible a través de: http://files.libertyfund.org/files/1921/0872.02_Bk.pdf.

— (1843), *Rationale of Evidence*, *Rationale of Judicial Evidence*, J. Bowring (ed.) *Works of Jeremy Bentham*, Volume 6, Edimburgo: William Tait, accesible a través de http://files.libertyfund.org/files/1923/0872.06_Bk.pdf.

— (1843), *Rationale of Judicial Evidence Part 2*, J. Bowring (ed.) *Works of Jeremy Bentham*, Volume 7, Edimburgo: William Tait, accesible a través de http://files.libertyfund.org/files/1998/0872.07_Bk.pdf.

BERNAL PULIDO, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BOHMAN, James (1997), *Deliberative democracy and effective social freedom: capabilities, resources and opportunities*, en *Deliberative democracy: essays on reason and politics*, James Bohman, William Rehg (ed.), Cambridge, MA [etc.]: MIT Press, 321-348.

CALVO-GOLLER, Karin N. (2006), *The Trial Proceedings of the International Criminal Court, ITCY and ICTR precedents*, Leiden [etc.]: Martinus Nijhoff Publishers.

CARNELUTTI, Francesco (1979), *La Prueba Civil*, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (traductor), Buenos Aires: Ediciones Depalma, segunda edición (1982).

CASSESE, Antonio (1998), *On the current trend towards criminal prosecution and punishment of breaches of international law*, 9 *European Journal of International Law*, 2-17.

CHAPPELL, Timothy (2002), *Two distinctions that do make a difference: the action/omission distinction and the principle of double effect*, *Philosophy*, vol. 77, No. 300, 211-233.

CHRISTIANO, Thomas (1997), *The Significance of Public Deliberation*, en *Deliberative democracy: essays on reason and politics*, James Bohman, William Rehg (ed.), Cambridge, MA [etc.]: MIT Press, 243-277.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

- CIANCIARDO, Juan (2004), *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- COHEN, Joshua (1997), *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, en *Deliberative democracy: essays on reason and politics*, James Bohman, William Rehg (ed.), Cambridge, MA [etc.]: MIT Press, 407-437.
- COMBS, Nancy Amoury (2005), *Guilty pleas in international criminal law: constructing a restorative justice approach for bridging justice and truth*, Tesis Universidad de Leiden.
- COPI, Irving M.; COHEN, Carl (1994), *Introduction to Logic*, Nueva Jersey: Prentice Hall, décima edición (1998).
- CRUZ, Luis M. (2000), *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona: EUNSA.
- DELMAS-MARTY, Mireille; SPENCER, J.R. (2002), *European Criminal Procedures*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, tercera impresión (2008).
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002), *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Bogotá: Editorial Temis, quinta edición.
- DWORKIN, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, nueva impresión con respuesta a las críticas (1978).
- (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass. [etc.]: Harvard University press.
- (1986), *Law's Empire*, Cambridge [etc.]: The Belknap Press of Harvard University Press.
- EISNER, Isodoro (1964), *La Prueba en el Proceso Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés (traductores), Madrid: Editorial Trotta.

FERRER, Jordi (2002), *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid: Marcial Pons.

— (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.

FINNIS, John (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Oxford [etc.]: Oxford University Press, segunda edición (2011).

— (1991-A), *Moral absolutes tradition, revision and truth*, Washington D.C.: The Catholic University of America.

— (1991-B), *Intention and side-effects*, en *Liability and Responsibility: essays in Law and Morals*, R. G. Frey, Christopher W. Morris (eds.), Cambridge [etc.]: Cambridge University Press.

— (1998), *Aquinas*, Oxford: Clarendon Press.

FINNIS, John; Grisez, German; Boyle, Joseph (1987), *Nuclear deterrence, morality and realism*, Oxford: Clarendon Press.

FOOT, Philippa (1961), *Goodness and Choice*, 35 *Proceedings of the Aristotelian Society*, 45-60.

FRIEDMAN, Danny (2002), *From Due Deference to Due Process: Human Rights litigation in the Criminal Law*, 2 *European Human Rights Law Review*, 216-238.

FULLER, Lon L. (1969), *The Morality of Law*, segunda edición revisada, New Haven [etc.]: Yale University Press.

- (1978), The Forms and Limits of Adjudication, 92 *Harvard Law Review* 2, 353-409.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004), Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Madrid: Marcial Pons, segunda edición.
- GEACH, Peter Thomas (1956), Good and Evil, 17 *Analysis* 2, 33-42.
- GOODPASTER, Gary (1987), On the Theory of American Adversary Criminal Trial, 78 *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 118-154.
- GERSTEIN, Robert S. (1970), Privacy and Self-Incrimination, 80 *Ethics*, 87-101.
- GREER, Steven (1994), The right to silence, defence disclosure, and confession evidence, 21 *Journal of Law and Society*, 102-118.
- GUZMÁN, Nicolás (2006), La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- HURSTHOUSE, Rosalind (1999), On Virtue Ethics, Oxford [etc.]: Oxford University Press.
- JONES, John R.W.D.; POWLES, Steven (2003), International criminal practice: the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, the Special Court for Sierra Leone, the East Timor Special Panel for Serious Crimes, War crimes prosecutions in Kosovo, Ardsley [etc.]: Transnational Publishers, Oxford: Oxford University Press
- KAMM, Frances M. (1986), Harming, not aiding and positive rights, 15 *Philosophy & Public Affairs*, 3-32.
- KANT, Immanuel (1996), Fundamentación de la metafísica de las costumbres, José Mardomingo (traductor), Barcelona: Ariel.

- KITAI, Rinat (2003), Protecting the Guilty, 6 *Buffalo Criminal Law Review*, 1163-1187.
- KNAUER, Peter (1967), The hermeneutic function of the principle of double effect, 12 *Natural Law Forum*, 132-162.
- KNIGHT, Jack; Johnson, James (1997), What sort of equality does deliberative democracy require?, en *Deliberative democracy: essays on reason and politics*, James Bohman, William Rehg (ed.), Cambridge, MA [etc.]: MIT Press, 279-319.
- KORSGAARD, Christine M. (2008), From Duty and for the Sake of the Noble: Kant and Aristotle on the Morally Good Action, en *The Constitution of Agency*, Oxford [etc.]: Oxford University Press.
- LARENZ, Karl (1994), *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Marcelino Rodríguez Molinero (traductor), Barcelona: Editorial Ariel.
- LAUDAN, Larry (2006), Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press.
- LEWIS, Andrew D.E. (1990), Bentham's View of the Right to Silence, 43 *Current Legal Problems*, 135-157.
- LUNDQVIST, U. S. (2002), "Admitting and evaluating evidence in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber Proceedings. A few remarks", 15 *Leiden Journal of International Law*, 641.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis (1997), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MAY, Richard (1999), *Criminal Evidence*, Londres: Sweet and Maxwell, cuarta edición.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

- MAY, Richard; Wierda, Marieke (2002), *International Criminal Evidence*, Ardsley [etc.]: Transnational Publishers.
- MCDOWELL, John (1980), *The Role of Eudaimonia in Aristotle's Ethics*, en *Essays on Aristotle's Ethics*, A. Rorty (ed.), Berkeley: University of California Press, 359-376.
- MENLOWE, Michael A. (1988), *Bentham, Self-incrimination and the Law of Evidence*, 104 *Law Quarterly Review*, 286-307.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1997), *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona: José María Bosch Editor.
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro (2008), *El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, No. 3, 485-519.
- MONAHAN, Liam Murphy (2004), *Meeting Anscombe's Demand: toward a moral psychology of character*, Disertación doctoral para el grado de Doctor en Filosofía, Repositorio de la Universidad de Notre Dame, Indiana, accesible a través de: <http://etd.nd.edu/ETD-db/theses/available/etd-05202004-120011/unrestricted/MonahanLM052004.pdf>
- PHILLIPS, Dewi Zephaniah (1965), *Does it pay to be good?*, 65 *Proceedings of the Aristotelian Society*, 45-60.
- PILSNER, Joseph (2006), *The specification of human actions in St. Thomas Aquinas*, Oxford [etc.]: Oxford University Press.
- POSNER, Richard A. (1972), *Economic analysis of law*, Austin, TX [etc.] : Wolters Kluwer Law & Business, octava edición (2011).
- (1973), *An economic approach to legal procedure and judicial administration*, 2 *Journal of Legal Studies*, 399-458.

- POSTEMA, Gerald J. (1977), The principle of utility and the law of procedure: Bentham's theory of adjudication, 11 *Georgia Law Review*, 1393-1424.
- PIRAGOFF, Donald K. (1999), Article 69 Evidence, en: Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article, Otto Triffterer (ed.), Múnich: Beck [etc.], segunda edición (2008).
- RAND, Ayn (1964), A virtue of selfishness. A new concept of egoism, Nueva York [etc.]: Pignet.
- RAWLS, John (1955), Two Concepts of Rules, 64 *The Philosophical Review*, 3-32.
- REDMAYNE, Mike (2007), Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination, 27 *Oxford Journal of Legal Studies*, 209-232.
- SAPHIRE, Richard B. (1978), Specifying due process values: toward a more responsive approach to procedural protection, 127 *University of Pennsylvania Law Review*, 111-195.
- SCANLON, Thomas (2008), Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame, Cambridge Massachusetts [etc.]: Belknap Press of Harvard University Press.
- SCHLESINGER, Steven R. (1977), Exclusionary injustice: The problem of illegally obtained evidence, Nueva York: Marcel Dekker Incorporated.
- (1979), The Exclusionary Rule: Have proponents proven that it is a deterrent to police, 62 *Judicature*, 404.
- SEIDMANN, Daniel J.; Stein, Alex (2000), The right to silence helps the innocent: a game-theoretic analysis of the fifth amendment privilege, 114 *Harvard Law Review*, 430-510.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro (1994), Derechos fundamentales, el mito de los conflictos: reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre

- intimidad e información, 4 *Humana Iura: suplemento de derechos humanos*, 197-234.
- (2005-A), *Hermenéutica y Relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann*, en *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Pedro Serna (director), Granada: Editorial Comares.
- (2005-B), *La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el derecho alemán*, en *Interpretación Constitucional*, Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), México: Editorial Porrúa, Tomo II, 1081-1119.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro; TOLLER, Fernando (2000), *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires: La Ley.
- SIDGWICK, Henry (1981), *The methods of ethics*, Indianapolis [etc.]: Hackett.
- SOLUM, Lawrence (2003), *Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging*, 34 *Metaphilosophy*, 178-213.
- STEIN, Alex (2008), *The right to silence helps the innocent: a response to critics*, 30 *Cardozo Law Review* 3, 1115-1140.
- SUMMERS, Robert S. (1974), *Evaluating and Improving Legal Processes A Plea for Process Values*, 60 *Cornell Law Review*, 1-52.
- (1980), *Pragmatic Instrumentalism in twentieth century American legal thought – A synthesis and critique of our dominant general theory about law and its use*, 66 *Cornell Law Review*, 861-948.
- SWART, Bert (1999), *Commentary on Decision on Defence Motion on Hearsay, Prosecutor v Tadić, Caso No. IT-94-1-T, T. Ch. II, 5 August 1996*, en: *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Klip, A., Sluiter, G. (eds.), vol 1: *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993-1998*, Antwerp [etc.]: Intersentia [etc.].

ZAPPALÀ, Salvatore (2003), *Human rights in international criminal proceedings*, Oxford [etc.]: Oxford University Press.

TARUFFO, Michele (2008), *La Prueba*, Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (traductores), Madrid [etc.]: Marcial Pons.

— (2010), *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Daniela Accatino Scagliotti (traductora), Madrid [etc.]: Marcial Pons.

THIBAUT, John; WALKER, Laurens (1978), *A Theory of Procedure*, 66 *California Law Review*, 541-566.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1993), *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

TRIBE, Laurence H. (1975), *Structural Due Process*, 10 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 269-321.

TWINING, William L. (1985), *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, Londres: Weidenfeld & Nicolson.

— (1994), *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Evanston [etc.]: Northwestern University Press.

WALDROM, Jeremy (2000), *Pildes on Dworkin's theory of rights*, 29 *Journal of Legal Studies*, 301.

ZUCKERMAN, Adrian A.S. (1989), *The principles of criminal evidence*, Oxford: Clarendon.