

**VOTO RAZONADO CONCURRENTENTE
DEL JUEZ AD-HOC ÁLVARO CASTELLANOS HOWELL**

Concurro plenamente con la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tiu Tojin vs. Guatemala*. Atendiendo a que esta Corte, conforme sus atribuciones y competencias jurisdiccionales, tiene como fin supremo el resguardar y tutelar internacional y eficazmente los derechos humanos, luego de la deliberación respectiva, he votado a favor de la adopción de dicha sentencia sin reserva alguna en mi conciencia.

Los hechos probados así como las violaciones reconocidas por el Estado de Guatemala, tipifican la grave transgresión de los derechos humanos identificados en el párrafo 54 de dicha sentencia cometidos en contra de las víctimas ahí también identificadas. Más aún, como también se expresa en la sentencia (párrafo 91), la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y, en su caso, sancionar a los responsables, tienen carácter de *jus cogens*. Por lo tanto, como Juez ad-hoc me veo en la obligación de precisar, a continuación, algunas reflexiones personales derivadas de mi participación en el conocimiento, la deliberación y la resolución unánime del caso *sub-judice*.

A.- Prosecución del examen del caso, no obstante el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado de Guatemala. En el apartado IV de la Sentencia se hace un minucioso examen de las consecuencias o alcances que debe tener dicho reconocimiento en relación a la posibilidad de una terminación anticipada del proceso conforme los artículos 53, 54 ó 55 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como puede determinarse en dicho apartado, es muy apreciada la actitud del Estado de Guatemala no solo en cuanto al reconocimiento de su responsabilidad internacional, sino además, en cuanto al allanamiento incondicional acaecido durante la tramitación del presente caso y de los actos positivos realizados inclusive después de la audiencia¹. No obstante ello, dado que sigue existiendo denegación de justicia claramente reconocida y probada en este caso, al no haberse deducido hasta ahora las responsabilidades legales contra los autores intelectuales y materiales del delito de desaparición forzada [...] de María Tiu Tojin y su hija Josefa, la Corte acertadamente decide entrar a “precisar el fundamento de la obligación de investigar los hechos de la desaparición forzada de María Tiu Tojin y Josefa Tiu Tojin y abordar los obstáculos legales y fácticos que han impedido su cumplimiento en el marco de la transición hacia la democracia en Guatemala”². De esta forma, no se dio por sobreseído o finalizado el caso, sino se decidió su prosecución. Como Juez ad-hoc, quisiera resaltar especialmente, uno de los razonamientos para haberme adscrito a esta decisión. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“la Comisión”) solicitó que no obstante el reconocimiento y allanamiento por parte de Guatemala, en lugar de sobreseer el caso, se dictara una sentencia de fondo dando por establecidos los hechos “en razón de la importancia que el establecimiento de una verdad oficial de lo acontecido tiene para las víctimas de violaciones de derechos humanos y en este caso para la sociedad guatemalteca en su conjunto”³. El suscrito desea resaltar fundamentalmente, el derecho a saber la verdad material como parte del derecho a la justicia: “La Corte ha establecido con anterioridad que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener

¹ Ver párrafo 20 de la Sentencia.

² Ver párrafo 29 de la Sentencia.

³ Ver párrafo 25 de la Sentencia.

de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.”⁴ Definitivamente se hace necesario comprender también, tal como lo enuncia la Comisión, que ese derecho a saber la verdad, como parte del reconocimiento de las Garantías Judiciales (Artículo 8) y de la Protección Judicial (Artículo 25) reconocidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, le pertenece individualmente considerada a cada víctima, pero también a la sociedad guatemalteca en general. Considero que hay suficientes precedentes de esta Corte para sustentar dicho criterio⁵ y por ende, me pareció fundamental aclarar por qué, no obstante el reconocimiento de responsabilidad el Estado de Guatemala y su allanamiento durante la tramitación del caso *sub judice*, en mi opinión fue justo y necesario haber proseguido con el examen del caso, conforme el artículo 55 del Reglamento ya citado y dictar la sentencia con la que concurro plenamente.

B.- Valor probatorio de los informes de la CEH y del REMHI. Mas de alguna vez se ha querido cuestionar, tanto a nivel interno en Guatemala, como a nivel de instancias internacionales, el valor o la pertinencia probatoria de los documentos e informes de la Comisión de Esclarecimiento Histórico –CEH- (Guatemala, Memoria del Silencio), así como del Proyecto Interdiocesano “Recuperación de la Memoria Histórica” –REMHI- de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (“Guatemala, Nunca Más”).⁶ No obstante, tribunales nacionales competentes en Guatemala, así como esta Corte⁷ han recibido, valorado y tomado en cuenta como pruebas, los informes tanto de la CEH como del REMHI. La presente sentencia reitera el valor probatorio de estos documentos (párrafo 38 y pies de página números 34; 37; 38; 62 y 63). No debe quedar duda alguna, conforme el criterio acertado de esta sentencia, que los informes y documentos utilizados para la preparación de los mismos por parte de la CEH como del REMHI pueden tener valor de prueba documental, directa o indirecta, principal o subsidiariamente, si son pertinentes para el caso concreto que se trate, ya sea a nivel nacional o internacional. El Acuerdo sobre el Establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han causado sufrimientos a la Población Guatemalteca⁸ (en lo sucesivo, el “Acuerdo sobre el Establecimiento de la CEH”) establece, como parte de las finalidades de dicha Comisión (“CEH”), que una de ellas

⁴ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 148.

⁵ *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala; Caso Montero Arangueren y otros (retén de Catia) Vs. Venezuela; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, por mencionar tan solo algunos de estos precedentes.

⁶ Por ejemplo, ver voto razonado y parcialmente disidente del Juez *ad hoc* Martínez Gálvez recaído en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, así como apartado VI de la Sentencia proferida por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el expediente No. 3380-2007.

⁷ *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala y Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*.

⁸ “Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca”, firmado en Oslo, Noruega, 23 de junio de 1994. Dentro de sus Consideraciones iniciales, encontramos la siguiente: “**Considerando** que la historia contemporánea de nuestra patria registra graves hechos de violencia, de irrespeto de los derechos fundamentales de la persona y sufrimientos de la población vinculados con el enfrentamiento armado”; “**Considerando** el derecho del pueblo de Guatemala a conocer plenamente la verdad sobre estos acontecimientos cuyo esclarecimiento contribuirá a que no se repitan estas páginas tristes y dolorosas y que se fortalezca el proceso de democratización del país”.

era la de “Esclarecer con toda objetividad, equidad e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, vinculados con el enfrentamiento armado” y como consecuencia de ello, también la de “Elaborar un informe que contenga los resultados de las investigaciones realizadas y que ofrezca elementos objetivos de juicio sobre lo acontecido durante este período abarcando a todos los factores, internos y externos”.

En cuanto al funcionamiento propiamente dicho de la CEH, el numeral III que regula dicho aspecto en el Acuerdo de Establecimiento respectivo, establece literalmente lo siguiente: **“III) Los trabajos, recomendaciones e informe de la Comisión no individualizarán responsabilidades, ni tendrán propósitos o efectos judiciales”**. Es en relación a este numeral III que se han querido realizar especulaciones sobre si tales trabajos, recomendaciones e informes tienen valor probatorio en juicio o no. Esta sentencia deja claro que sí lo tienen. En todo caso, es obvio que esa norma sobre el funcionamiento de la CEH se refería a que dicha Comisión no podría constituirse en tribunal y deducir responsabilidades a ninguna persona individualmente considerada.

C.- **Declinatoria de la Competencia de Tribunal Militar.** El hecho que el 10 de junio de 2008, el Tribunal Militar de la Cuarta Brigada de Infantería General “Justo Rufino Barrios”, del municipio de Cuyotenango, departamento de Suchitepéquez, haya emitido una resolución declinando su competencia para continuar con las diligencias de investigación sobre el paradero de María y Josefa Tiu Tojín, atendiendo una solicitud de la Fiscalía de la Sección de Derechos Humanos de la ciudad de Guatemala y que dicho tribunal militar haya remitido el expediente al Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento del Quiché, puede interpretarse de dos maneras: la primera, como positiva ya que el mismo Estado de Guatemala, derivado de este caso y posteriormente a la celebración de la audiencia pública de recepción de pruebas, gestionó esta solicitud y la resultó exitosa en el sentido que la jurisdicción militar dio paso, como debe ser, a la jurisdicción ordinaria penal⁹.

Sin embargo, la segunda lectura de este mismo hecho, es preocupante. Como se aclara en los párrafos 46 y 70 de la Sentencia, pasaron más de 16 años y el caso de María y Josefa Tiu Tojín permaneció en fase sumaria o de investigación, período en el que no hubo avances y los hechos no fueron debidamente investigados por la justicia guatemalteca, materializándose así una clara denegación de justicia y manteniéndose inclusive hasta hoy una impunidad total en este caso. Más aun, la Corte observa que *“esta situación de impunidad es característica de hechos similares ocurridos durante el conflicto armado interno en Guatemala, constituyéndose en un factor determinante que hace parte de los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones a los derechos humanos en esa época”*.

Me resulta sumamente importante y relevante lo dispuesto en el párrafo 118 de la Sentencia, en cuanto a los alcances y límites, según esta Corte, de la jurisdicción penal militar (“alcance restrictivo y excepcional”). Ya existe jurisprudencia entonces que establece que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho a la justicia” (ver citas a pié de página número 112 de la Sentencia).

⁹ Ver párrafo 47 de la Sentencia.

Estos límites a la jurisdicción penal militar y su correcta aplicación deben ser observados por el Estado de Guatemala, derivado del pleno reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por ende, el carácter vinculante que tienen sus fallos para el Estado guatemalteco cuando es parte de un proceso ante dicha Corte. Así las cosas, estos parámetros deberían tomarse en cuenta muy seriamente cuando se reinicien las discusiones sobre una nueva ley penal militar en Guatemala. Mientras tanto, el caso *Tiu Tojín vs. Guatemala* también debe servir de parámetro o referencia para que la Corte Suprema de Justicia haga o realice todas las gestiones que debe hacer o completar para dar efectivo cumplimiento al Decreto 41-96 del Congreso de la República mediante el cual se reforma el artículo 2 del Decreto 214-1878 (Código Militar) y lograr así finalmente que “el fuero militar sea aplicable únicamente a los miembros de la institución armada que cometan delitos de orden militar que afecten al ejército” (tercer considerando del Decreto 41-96 antes citado), pues como se pudo observar en este caso, al menos entonces desde que se reformó el Código Militar pasaron casi doce años sin que efectivamente se hiciera realidad dicha reforma.

D.- **Jus Cogens** Para concluir este voto razonado concurrente, la consideración hecha por la corte en el párrafo 91 de la Sentencia, es de especial relevancia. Ello, tomando en cuenta que algunos fallos internos de la jurisdicción guatemalteca (como por ejemplo el fallo recaído en el expediente número 3380-2007 de la Corte de Constitucionalidad) han obviado considerar o recordar la naturaleza grave del delito de desaparición forzada y lo han querido tipificar o calificar como delito político o común conexo a delito político. Como bien lo señaló la Corte, conforme el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, del cual Guatemala es Estado parte, la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad y además, es delito de carácter continuado e imprescriptible, que entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.

“...el jus cogens, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación” (párr. 68)¹⁰.

A esa concepción de “jus cogens” es a la que, creo yo, alude esta Sentencia en el caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*.

Por todas las razones antes mencionadas y además, por otras importantes consideraciones que contiene el fallo en el caso *sub judice* y que personalmente encomio por el positivo impacto que deberán tener en el sistema de administración de justicia guatemalteco, tales como la correcta forma de tipificar del delito de desaparición forzada por parte de los tribunales nacionales; del acceso a la justicia con “pertinencia cultural” cuando se trata de personas pertenecientes a pueblos indígenas quienes requieren dicho acceso; así como la imposibilidad de argumentar “el secreto de Estado” y “razones de seguridad nacional” cuando se trata de violaciones a derechos humanos, por todo ello, decía, de principio a fin, comparto plenamente la sentencia que hoy se dicta.

¹⁰ Voto concurrente del Juez Cancado Trinidad, en *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Álvaro Castellanos Howell
Juez *ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario