**VOTO CONCURRENTE DEL**

**JUEZ EDUARDO RAÚL ZAFFARONI**

***CASO DÍAZ LORETO Y OTROS VS. VENEZUELA***

**SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2019**

***(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)***

Entiendo que los hechos probados en estos autos configuran también una violación por parte del Estado de Venezuela al artículo 4 numerales 2 y 3 de la Convención Americana (CADH).

La prohibición de restablecer la pena de muerte (4.3 CADH) no se puede limitar a que, con posterioridad a su abolición, se sancione una ley que la prevea y a la que eventualmente imponga un juez en razón de esa ley, o sea, al restablecimiento formal de la pena capital. Lo que la CADH prohíbe es que se la restablezca tanto formal como fácticamente, o sea que, con mayor razón, tampoco se incurra en la práctica reiterada de ejecución de personas por considerarlas vinculadas a delitos por parte de funcionarios armados del Estado, fuera de toda formalidad judicial.

Sería absurdo que se considerase violatorio de derechos humanos que un Estado sancione una ley que imponga la pena de muerte después de haberla derogado, pero que no se considerase de la misma manera que la ejecute o deje ejecutar sin ley, o sea que la restablezca fácticamente, hecho este último que reviste mucha mayor gravedad, dado que la libra al criterio arbitrario de funcionarios ejecutivos, al margen de cualquier intervención judicial anterior.

El género “pena” abarca la afectación de un derecho por parte de agentes del Estado como consecuencia de un presunto o probado delito. Este género comprende como especies tanto las penas legales como las ilegales, pues de lo contrario sería absurdo referirse a “penas prohibidas” o a “penas ilícitas”. Es obvio, por ende, que las penas prohibidas o ilícitas siguen siendo penas.

Reconocer a las penas ilícitas el carácter de pena conforme a su género, tiene diversas consecuencias, como entre otras la necesidad de computarlas como penas cumplidas en el supuesto en que la persona víctima sea condenada o cumpla una pena lícita por el mismo hecho. No obstante, esta solución se impone –por ejemplo en el caso de torturas, tratos crueles, lesiones corporales, etc.- pues de lo contrario se caería en el absurdo de que el Estado sólo computaría como cumplidas las penas lícitas y no las ilícitas que ejecuta, permita o no impida ejecutar a sus funcionarios.

Los hechos de autos no han sido esclarecidos pero, teniendo en cuenta el contexto probado en autos y hasta admitido por el propio Estado, se trata de una típica situación en las que se oculta la ejecución de penas de muerte fácticas, también llamadas “ejecuciones extrajudiciales” y “ejecuciones sin proceso”. Dado el contexto, se refuerza el deber del Estado de esclarecer los hechos en este tipo de situaciones que aparecen oficialmente como enfrentamientos entre policías y delincuentes. Este deber se extrema cuando –como en el caso de autos- el delito vinculado es un hurto o robo de poca monta y el resultado final es la muerte de tres personas. Las contradicciones entre los testigos, las deficiencias de la autopsia, la extraña coincidencia de aguas negras, etc., todo lo cual queda en una nube de sombras, está mostrando una grave deficiencia en la práctica criminalística, en un caso que demandaba un extremo cuidado en su aplicación.

La reposición fáctica de la pena de muerte no necesariamente resulta de conductas dolosas activas de las autoridades máximas de un Estado, sino también por omisiones y también por negligencia de estas. Dado que esta reposición, por su naturaleza carece de toda formalidad, pues surge de los hechos mismos, solo puede tenerse por probada por los medios corrientes de prueba de hechos, de los que forman parte las presunciones graves, precisas y concordantes.

En el caso de autos, la grave falencia en el esclarecimiento de los hechos y el contexto probado y aún admitido por el propio Estado, crean una seria presunción de que –al menos por omisión y por negligencia- se generalizaba la práctica de las ejecuciones extrajudiciales o pena de muerte fáctica.

Esta reposición fáctica de la pena de muerte importa una violación al derecho humano a la vida, no ya únicamente de las víctimas del caso, sino como amenaza general a ese derecho para todos sus habitantes. El derecho a la vida, como todo derecho, no se ofende sólo por lesión, es decir, cuando se mata, sino también por peligro, o sea, cuando se hace pesar sobre toda una población una suerte de posible muerte por azar por parte de cualquier funcionario armado del Estado que pretenda, crea o invente la vinculación de la víctima con algún ilícito, con prescindencia de todo trámite formal, es decir, cuando se repone fácticamente la pena de muerte.

Concluyo, por ende, que el caso de autos y teniendo en cuenta el contexto probado también en autos, configura también una violación a los numerales 2 y 3 del artículo 4 de la CADH, por tratarse del restablecimiento fáctico de la pena de muerte, que lesionó por peligro el derecho a la vida de toda la población del Estado.

Eduardo Rául Zaffaroni

Juez

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario