

Jurisprudencia latinoamericana
sobre derecho penal internacional

Kai Ambos / Ezequiel Malarino
(editores)

JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA
SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

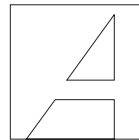
Con informes adicionales de España e Italia

Con contribuciones de César Alfonso, Alejandro Aponte Cardona, Paola Bernal, Dino Carlos Caro Coria, Emanuela Fronza, Pablo Galain Palermo, Alicia Gil Gil, José Luis González González, José Luis Guzmán Dalbora, Salvador Herencia Carrasco, Paul Hernández Balmaceda, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Jaime Martínez Ventura, Juan Luis Modolell, Elia Patricia Neri Guajardo, Pablo F. Parenti, Elizabeth Santalla Vargas

Georg-August-Universität-Göttingen



Instituto de Ciencias Criminales — Departamento
de Derecho Penal Extranjero e Internacional



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevidéo

© 2008 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Gisela Elsner

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctora

María Cristina Dutto

Paginado, en **Mastergraf srl**

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

ISBN 978-9974-8099-2-5

Esta publicación se distribuye exclusivamente sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DEL GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL	9
PRESENTACIÓN	13
PRÓLOGO	15
LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	17

INFORMES NACIONALES

ARGENTINA	
<i>Pablo F. Parenti</i>	21
BOLIVIA	
<i>Elizabeth Santalla Vargas</i>	67
BRASIL	
<i>Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)</i>	95
CHILE	
<i>José Luis Guzmán Dalbora</i>	131
COLOMBIA	
<i>Alejandro Aponte Cardona</i>	159
COSTA RICA	
<i>Paul Hernández Balmaceda</i>	213
ECUADOR	
<i>Salvador Herencia Carrasco</i>	225
EL SALVADOR	
<i>Jaime Martínez Ventura</i>	241
MÉXICO	
<i>Elia Patricia Neri Guajardo</i>	245

PARAGUAY	
<i>César Alfonso</i>	261
PERÚ	
<i>Dino Carlos Caro Coria</i>	271
URUGUAY	
<i>José Luis González González y Pablo Galain Palermo</i>	307
VENEZUELA	
<i>Juan Luis Modolell</i>	335

INFORMES REGIONALES

SUDAMÉRICA	
<i>Pablo Galain Palermo y Paola Bernal</i>	365
MÉXICO Y CENTROAMÉRICA	
<i>Jaime Martínez Ventura</i>	399

INFORME DE SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA

Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional	
<i>Ezequiel Malarino</i>	421

INFORMES EUROPEOS

ITALIA	
<i>Emanuela Fronza</i>	451
ESPAÑA	
<i>Alicia Gil Gil</i>	471
LOS AUTORES	505

Presentación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional

En el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica-Montevideo de la Fundación Konrad Adenauer y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen (República Federal de Alemania) fue establecido el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Este grupo, que trabaja conjuntamente desde enero del 2002, cuenta actualmente con miembros de diez países de América Latina (que representan a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Colombia, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y otros estudiosos de Alemania, España e Italia, así como un representante de la Corte Penal Internacional.

Su objetivo principal es el estudio y análisis, desde una perspectiva de derecho comparado, del proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma, con especial atención en el ámbito latinoamericano. Otros temas de actualidad del derecho penal internacional también son objeto de estudio.

Los miembros se mantienen en contacto e informan semestralmente sobre el estado del proceso de implementación del Estatuto de Roma, así como sobre cualquier otro asunto de relevancia para el derecho penal internacional ocurrido en sus respectivos países.

Además de la presente publicación, el Grupo de Estudios ha finalizado otras cuatro investigaciones, publicadas en los siguientes volúmenes:

- *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), Montevideo: Fundación

- Konrad Adenauer, 2003. Existe una versión reducida en portugués: *Persecução penal na América Latina e Espanha*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004.
- *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y España*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
 - *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006 (segunda edición, Bogotá: Temis, 2007). Existe una versión reducida en portugués: *Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006.
 - *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.

La composición del grupo es actualmente la siguiente:

Coordinadores académicos:

Kai Ambos (Universidad de Göttingen, juez del Tribunal Estatal, Alemania)
 Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Coordinadora institucional

Gisela Elsner (Fundación Konrad Adenauer, Alemania)

Miembros:

César Alfonso (Paraguay)
 Alejandro Aponte Cardona (Colombia)
 Dino Carlos Caro Coria (Perú)
 Pablo Galain Palermo (Uruguay)
 José Luis Guzmán Dalbora (Chile)
 Salvador Herencia Carrasco (Perú/Ecuador)

Jaime Martínez Ventura (El Salvador)
Juan Luis Modolell (Venezuela)
Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil)
Pablo F. Parenti (Argentina)
Daniel R. Pastor (Argentina)
Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia)
Marcos Alexandre Coelho Zilli (Brasil)

Miembros internacionales:

Alicia Gil Gil (España)
Emanuela Fronza (Italia)
Nils Meyer-Abich (Alemania)
Héctor Olásolo (Corte Penal Internacional)

Para otras informaciones sobre el Grupo y sus actividades y para el acceso a las publicaciones ver:

⟨http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html⟩
⟨http://www.kas.de/proj/home/home/13/4/webseite_id-2262/index.html⟩

Kai Ambos - Ezequiel Malarino
Göttingen - Buenos Aires
Junio de 2008

Presentamos en esta obra los resultados de la quinta investigación del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, referida a jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional.

El libro se compone de trece informes de países de América Latina sobre jurisprudencia de tribunales nacionales relacionada con el derecho penal internacional, dos informes sobre la jurisprudencia de los organismos interamericanos de protección de los derechos humanos en materia de graves violaciones a los derechos humanos y un trabajo final de síntesis sobre estos aspectos. Además, se ha incorporado un informe sobre la jurisprudencia italiana y otro sobre la jurisprudencia española sobre derecho penal internacional.

Los trabajos individuales que aquí se publican han sido expuestos y discutidos en el seminario internacional *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica-Montevideo de la Fundación Konrad Adenauer y la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, en la ciudad de Bogotá, los días 19, 20 y 21 de marzo de 2007.

Cuatro de los informes y el resumen han sido publicados en un número especial de la revista *Lateinamerika Analysen* del German Institute of Global and Area Studies/Institute of Latin America Studies (Hamburgo).

Deseamos agradecer en este lugar a todos los que han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica-Montevideo de la Fundación Konrad Adenauer, por la organización y financiación del encuentro desarrollado en la

ciudad de Bogotá, por la financiación de la presente publicación y por el constante apoyo que, desde el año 2002, presta para la consolidación de este Grupo de Estudios. Especialmente agradecemos a su directora, la Sra. Gisela Elsner, y a Manfredo Steffen, por su eficiencia en las cuestiones organizativas. En segundo lugar, a las autoridades de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, por su colaboración en la organización y financiación del encuentro de Bogotá. En tercer lugar, a Federico Lefranc, al Dr. Héctor Olásolo y al Prof. Dr. Daniel Pastor, por su activa participación en la discusión de los trabajos en el seminario de Bogotá. En cuarto lugar, a la prestigiosa editorial Temis, de Bogotá, por la publicación de esta segunda edición ampliada. Por último, y especialmente, a quienes con sus trabajos hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Alejandro Aponte (Colombia), Paola Bernal (Colombia), Carlos Caro (Perú), Emanuela Fronza (Italia), Pablo Galain (Uruguay), Fabíola Ghidalevich (Brasil), Alicia Gil (España), José Luis González (Uruguay), José Luis Guzmán (Chile), Salvador Herencia (Ecuador), Paul Hernández (Costa Rica), Jaime Martínez (El Salvador), Juan Luis Modolell (Venezuela), Maria Thereza Moura (Brasil), Patricia Neri (México), Pablo Parenti (Argentina), Elizabeth Santalla (Bolivia) y Marcos Zilli (Brasil).

Kai Ambos y Ezequiel Malarino
Göttingen - Buenos Aires,
Junio de 2008

Desde el 2002, año de creación de la Corte Penal Internacional, la Fundación Konrad Adenauer ha cooperado estrechamente con el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen, a fin de posibilitar los encuentros anuales de los integrantes del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional y la publicación final que año a año refleja el profundo trabajo de investigación y análisis realizado por sus miembros.

Los encuentros del Grupo de Estudios y su publicación final son uno de los pilares de nuestra planificación anual, tanto por el nivel de sus coordinadores académicos, el Prof. Dr. Kai Ambos y el Dr. Ezequiel Malarino, como de sus integrantes, destacados juristas de América Latina y parte de Europa. Sin embargo, es la trascendencia de los temas de competencia del Grupo lo que le otorga un lugar de privilegio. Cabe mencionar que ya en la evaluación del Programa Estado de Derecho llevada a cabo por el destacado jurista alemán Dr. Rainer Grote, en febrero de 2006, se destacó la relevancia del trabajo de nuestro programa en relación con el derecho público internacional de los derechos humanos en el plano internacional, así como la importancia de la creación del Grupo de Estudios. En ese sentido, el Dr. Grote afirmó en su informe final que la cooperación entre el mencionado Grupo y nuestra Fundación “ha permitido al Programa Estado de Derecho acumular competencias que difícilmente otros agentes de cooperación para el desarrollo puedan igualar” en referencia a la implementación del Estatuto de Roma en los estados de la región.

En la actualidad somos testigos de un proceso lento pero firme de cambios, que busca finalmente afianzar la tutela efectiva de los derechos humanos. En el año 2002 la creación de la Corte Penal Internacional marcó un hito en esa evolución. Por otra parte, los procesos que se suceden en América Latina en la actualidad, que buscan hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes cometieron crímenes de lesa humanidad durante las dictaduras militares, nos demuestran que el derecho internacional penal y los derechos humanos tienen cada vez más vigencia. De ahí la importancia que tiene para nuestra Fundación apoyar investigaciones profundas en estos temas, desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho comparado.

Ahora bien, de la teoría a la práctica existe, a veces, un largo camino. Resulta entonces fundamental el análisis serio y profundo de las decisiones adoptadas por los jueces en materia de derecho penal internacional. A este objeto tiende la nueva publicación del Grupo de Estudios, a través de un amplio repaso de la jurisprudencia de los tribunales nacionales en todos los países de Latinoamérica, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Creemos que los resultados de las investigaciones de los miembros del Grupo serán de sumo interés y ayuda para los juristas latinoamericanos, especialmente los jueces. Merece destacarse que publicaciones anteriores del Grupo han influido en sentencias dictadas por magistrados latinoamericanos, que incluso las han citado en sus fallos.

Finalmente quisiera agradecer a los coordinadores académicos, integrantes y referentes internacionales del Grupo, quienes año a año y en forma honoraria contribuyen a hacer posible esta serie de publicaciones sobre derecho penal internacional que han adquirido una enorme trascendencia en el ámbito académico de América Latina.

Gisela Elsner
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevidео
Fundación Konrad Adenauer
Junio de 2008

Lista de siglas

AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AGOEA	Asamblea General de la Organización de Estados Americanos
<i>BO</i>	<i>Boletín Oficial</i>
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCA	Consejo de Control Aliado
CDFP	Convención sobre Desaparición Forzada de Personas
CEJIL	Centro para la Justicia y el Derecho Internacional
CF	Constituição Federal
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CGP	Código General del Proceso
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIMI	Conselho Indigenista Missionário
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
CJM	Código de Justicia Militar
CN	Constitución Nacional
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
CONADEP	Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas
COPP	Código Orgánico Procesal Penal
CP	Código Penal
CPE	Código Penal español
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CP	Código Penal Federal
CPI	Corte Penal Internacional
CPMG	Código Penal Militar de Guerra
CPP	Código Procesal Penal
CPU	Código Penal uruguayo
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CU	Constitución uruguaya
DADH	Declaración Americana de Derechos del Hombre
DF	Distrito Federal

DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos
DIH	Derecho internacional humanitario
DOF	<i>Diario Oficial de la Federación</i>
DPI	Derecho penal internacional
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)
ETMIEO	Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente
ETN	Estatuto del Tribunal de Núremberg
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
FECSUM	Federación de Estudiantes y Campesinos Socialistas de México
FEMOSPP	Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos
FKA	Fundación Konrad Adenauer
FNET	Federación Nacional de Estudiantes Técnicos
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
GO	<i>Gaceta Oficial</i>
HC	hábeas corpus
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
JLP	Juzgado Letrado Penal
LEI	Ley de Extradición Internacional
LJU	<i>La Justicia Uruguaya</i>
MPF	Ministério Público Federal
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RE	Recurso extraordinário
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RP	<i>Revista Penal</i>
RTJ	<i>Revista Trimestral de Jurisprudência</i>
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SER	Secretaría de Relaciones Exteriores
SN	Sociedad de las Naciones
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAP	Tribunal de Apelaciones en lo Penal
TDDHH	Tribunal de Derechos Humanos
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
TRF	Tribunal Regional Federal
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia

Informes nacionales

1 • Introducción

En los últimos años la jurisprudencia argentina ha venido aplicando en forma creciente normas de derecho penal internacional (DPI). En particular, ello ha sucedido en el marco de los procesos penales por los hechos cometidos por la última dictadura (1976-1983). Sin embargo, el universo de casos en que se ha otorgado relevancia a las normas del DPI también comprende hechos cometidos por otros gobiernos dictatoriales de la región (en el marco del llamado Plan Cóndor), procesos de extradición y, últimamente, delitos cometidos por la organización denominada Triple A, que actuó en Argentina, con recursos estatales y al amparo de autoridades de gobierno, con anterioridad al golpe militar del 24 de marzo de 1976.

En muchos de esos casos, la jurisprudencia argentina ha aplicado también normas incluidas en tratados sobre derechos humanos que tienen un contenido netamente penal según la interpretación que de estas normas han efectuado los órganos internacionales de aplicación.

Los temas principales en los que el DPI y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) han tenido relevancia son la imprescriptibilidad, los límites a las amnistías e indultos, la proscripción de los tribunales militares y el derecho a la verdad.

En este informe se intentará reflejar el modo en que la jurisprudencia argentina de los últimos años ha aplicado estas normas internacionales y los debates a que ha dado lugar.

2. Aplicación de normas del DPI por los tribunales argentinos. La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad

Un capítulo destacado de la jurisprudencia argentina se refiere al modo en que los tribunales han venido aplicando normas del DPI y del DIDH tanto en casos de extradición como en procesos de atribución de responsabilidad penal. En todos estos casos el problema concreto que enfrentaban era si la acción penal se encontraba o no prescrita. El recurso a normas internacionales ha permitido afirmar la vigencia de la acción penal cuando una solución basada exclusivamente en normas de derecho nacional conducía a la prescripción. Este modo de resolver da lugar a complejos debates que involucran cuestiones de diversa índole, entre ellas: a) la recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico argentino; b) el valor de esas normas internacionales frente al orden constitucional —en particular, frente al principio de legalidad—; c) el modo en que se articulan o combinan las normas nacionales con las normas internacionales en el momento de decidir el caso.

En los informes anteriores del Grupo de Estudios ya se hizo referencia a los términos en que se plantea el debate en Argentina.¹ En este informe se intentará reflejar los principales argumentos utilizados por la jurisprudencia nacional para fundar o rebatir la aplicación de cada una de las normas internacionales en juego. Estos argumentos se refieren principalmente a la posible aplicación, a efectos de la declaración de imprescriptibilidad, de: a) la costumbre internacional; b) la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹ Cf. Ezequiel Malarino: "Argentina", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 35-81; Pablo Parenti: "Argentina", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 49-98; Pablo Parenti: "Argentina", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 23-67.

2.1. La costumbre internacional como fundamento para la imprescriptibilidad

La discusión sobre la viabilidad de fundar la imprescriptibilidad en la costumbre internacional² se inició en Argentina a partir del voto del juez Leopoldo Schiffrin en el proceso de extradición de Schwammberger, en 1989. Con posterioridad, en 1995, fue la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) la que basó en la costumbre internacional su decisión de extraditar a Erich Priebke a la República de Italia. Los debates que esas decisiones generaron, anticiparon los debates actuales. Sin embargo, el hecho de que se tratara de procesos de extradición permitía que a esas soluciones se adhirieran juristas que, empero, no entendían viable —o, al menos, ponían en duda— el recurso a la costumbre internacional en procesos de atribución de responsabilidad. A partir de 1998 la doctrina emanada de esos precedentes comenzó a ser empleada por jueces argentinos en casos estrictamente penales. Esa línea jurisprudencial fue abriéndose paso en forma creciente hasta su ratificación por la CSJN en los casos *Arancibia Clavel* (2004) y *Simón* (2005).³

Es importante recordar que en la República Argentina la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional fue recogida en un enunciado normativo escrito sólo a partir de la entrada en vigor para el país de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.⁴ Antes sólo podía afirmarse la vigencia de esa regla sobre la base del derecho internacional consuetudinario.⁵ El dato es relevante si se tiene en cuenta que los hechos que son objeto de juzgamiento actualmente en Argentina —y respecto de los cuales se está sosteniendo su imprescriptibilidad— son los delitos cometidos en el marco de la represión ilegal ocurrida durante la década de 1970 y principios de la siguiente.

² La costumbre internacional es una de las fuentes del derecho penal internacional (cf., entre otros, Kai Ambos: *La parte general del derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, traducción de Ezequiel Malarino, pp. 34 ss.; Gerhard Werle: *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, traducción de Claudia Cárdenas Arabena y otros, pp. 104 ss.

³ Aun cuando en estos fallos de la CSJN se expusieron otros argumentos que, o bien prescinden de la costumbre internacional, o bien la aplican en forma conjunta con una fuente convencional (cf. infra).

⁴ La Convención fue aprobada por la ley 24 584 dictada el 1 de noviembre de 1995; el 8 de agosto de 2003 se dictó el decreto de adhesión (decreto 579/2003) y el 26 de ese mes se depositó el correspondiente instrumento —cf. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, <<http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/6.htm>> (11.7.2007)—. Como se explicará luego, la Convención obtuvo jerarquía constitucional mediante la ley 25 778, aprobada el 20 de agosto de 2003 con fundamento en el artículo 75, inciso 22, de la CN.

⁵ Sin embargo, si se toma a la CADH como instrumento del cual surge la imposibilidad de aplicar normas sobre prescripción, sería este tratado, vigente desde 1984 para Argentina, la primera fuente escrita en consagrar la imprescriptibilidad.

Por otra parte, cabe señalar que la legislación penal argentina hasta enero de 2007 —cuando sancionó la ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI)—⁶ no contaba con tipos penales que coincidieran literalmente con las descripciones típicas de la mayor parte de las figuras del DPI.⁷ Esto no implica que las conductas fueran atípicas, dado que existían tipos penales que las prohibían aun cuando los elementos típicos fueran sólo parcialmente coincidentes con los de las figuras internacionales. La inexistencia de tipos penales que específicamente describieran las conductas a las que hace referencia la regla de la imprescriptibilidad ha generado algún debate acerca de la pertinencia de la aplicación de dicha regla en el ámbito nacional.

El procedimiento de aplicación de la costumbre por los tribunales argentinos puede describirse de modo general como un procedimiento de *doble subsunción* de los hechos. En efecto, las conductas que dan base a la imputación se subsumen, por un lado, en uno o más tipos penales de la legislación argentina y, por otro, se califican de acuerdo con la tipología propia del DPI —en particular, los crímenes contra la humanidad—, subsunción de la que se deriva la aplicación al caso de la regla de la imprescriptibilidad. Esta doble subsunción de los hechos no necesariamente aparece de modo claro como una *doble subsunción típica*. Si bien en alguna jurisprudencia se esboza un uso de las figuras del DPI en el plano de la tipicidad de la conducta, esa posibilidad no ha sido desarrollada de modo completo en los fundamentos expuestos en las decisiones judiciales. La subsunción de los hechos en las figuras del DPI aparece en la jurisprudencia argentina, o bien como un asunto propio de la *parte general* (análisis de la vigencia de la acción disociado de la subsunción típica),⁸ o bien como una cuestión vinculada a la *tipicidad*, pero cuyo tratamiento suele quedar incompleto al no exponerse claramente qué relación existiría entre las figuras del DPI de base consuetudinaria (figuras que permiten sostener la imprescriptibilidad) y los tipos penales de la legislación argentina (que tienen asignada una escala penal), o bien al no analizarse todas las consecuencias que en principio se derivarían de un uso de las figuras del DPI en el plano de la tipicidad (por ejemplo, el tratamiento del dolo y el

⁶ Ley 26 200, sancionada el 13 de diciembre de 2006 y publicada en el *Boletín Oficial* el 9 de enero de 2007.

⁷ Cf. Al respecto el informe sobre Argentina elaborado por Ezequiel Malarino en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 35-81.

⁸ Como luego se dirá, en la legislación penal argentina existe una relación entre la subsunción típica y la prescripción, dado que los plazos de vigencia de la acción varían de acuerdo con la pena prevista para el delito imputado.

error), o bien al no enfrentarse totalmente el problema que genera una tipicidad consuetudinaria frente al principio de legalidad, cuestión que a menudo se despeja mediante la afirmación de que el principio de legalidad estaría satisfecho al existir tipos penales (por ejemplo, homicidio, torturas, etcétera) que ya prohibían las conductas. En parte, la falta de un tratamiento completo de todos estos aspectos se comprende si se tiene en cuenta que la jurisprudencia en esta materia es relativamente reciente. Con todo, como se intentará reflejar aquí, existen en la jurisprudencia argentina materiales que esbozan posibles respuestas a estas cuestiones.

A continuación se expondrán los principales argumentos sostenidos por la jurisprudencia nacional para fundar o rechazar la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad de base consuetudinaria.

2.1.1. *Recepción de las normas consuetudinarias del DPI en el ordenamiento jurídico argentino*

Existen dos líneas argumentales principales en la jurisprudencia argentina para sostener la aplicación prioritaria de las normas consuetudinarias del DPI. Una se basa en una interpretación amplia del artículo 118 de la Constitución Nacional (CN), norma que se inserta en el capítulo relativo a las “Atribuciones del Poder Judicial” y que dispone:

Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.⁹

La norma transcrita consagra el principio *forum delicti commissi* al disponer que los juicios criminales se llevarán a cabo en la misma provincia¹⁰ donde se hubiere cometido el delito. En su última parte, reconoce la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación para juzgar delitos “contra el Derecho de Gentes” aun cuando éstos se

⁹ Este artículo figura en la CN desde su sanción en el año 1853 (hasta la reforma de 1994 figuraba como artículo 102).

¹⁰ La República Argentina es una confederación de estados (provincias).

cometan fuera del territorio de la Nación. A efectos de reglamentar esa jurisdicción extraterritorial, la Constitución Nacional deja en manos del Congreso (legislatura nacional) el dictado de una ley especial que determine el lugar en el que se celebrará el juicio. La necesidad de dictar una norma para decidir el lugar del juicio se origina en la imposibilidad de aplicar en esos casos (cometidos fuera del territorio) la regla *forum delicti comissi* consagrada en la primera parte del artículo 118.

Más allá de este contenido indudable, cierta jurisprudencia ha entendido que la disposición mencionada expresa un compromiso del Estado argentino con la persecución de los crímenes definidos por el derecho internacional público (delitos contra el “derecho de gentes” en el lenguaje constitucional) y, más aún, una apertura constitucional hacia las reglas propias del derecho internacional en esta materia. De este modo, la CN recibiría a nivel constitucional las normas del DPI.

Una segunda línea argumental hace hincapié en la existencia de un orden público internacional en cuya cúspide se encuentran las normas imperativas (*ius cogens*). Este orden público internacional —o, al menos, el grupo de normas con valor de *ius cogens*— no sólo conformaría un derecho con validez universal sino que, además, debería ser aplicado en el ámbito nacional de modo privilegiado. Esta interpretación parte ya de una concepción del ordenamiento jurídico que coloca en su cima al derecho internacional, al menos a un derecho internacional “inderogable” por voluntad del Estado.¹¹

Ambas líneas de argumentación pueden distinguirse por el hecho de que la primera se apoya en la interpretación de una regla constitucional (artículo 118), que determinaría el valor del DPI en el ámbito interno, mientras que la segunda se basa en una cierta idea del ordenamiento jurídico (internacional y nacional) que es previa a la interpretación del derecho estatal (incluido el constitucional). Más allá de esta distinción respecto de los puntos de partida, ambas líneas de argumentación a menudo aparecen expuestas de manera conjunta, de modo tal que la interpretación constitucional que se propone —en especial, del artículo 118 CN— se ve fortalecida por la idea, asumida por el intérprete, de que existe un orden internacional que prevalece

¹¹ Esta posición parece ser la sostenida, entre otros, por el juez Maqueda cuando afirma respecto del *ius cogens*: “Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción —desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX— en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas” (considerando 45 de su voto en el fallo *Simón*).

también en el ámbito interno. Esta idea, precisamente, condiciona la interpretación de un texto constitucional como el argentino, que, si bien no es categórico al respecto, en todo caso no es incompatible con la premisa de la que se parte.

Frente a estas interpretaciones se encuentran las de quienes entienden que el modo de recepción y el valor del derecho internacional en el ámbito interno dependen básicamente de lo que dispongan las normas constitucionales y que éstas, en el caso argentino, no tienen el alcance que la jurisprudencia antes mencionada les concede. En este sentido, se sostiene que el artículo 118 de la CN no es una cláusula de recepción de las normas consuetudinarias del DPI, o bien que, aun cuando lo fuera, no tendría el efecto de otorgar primacía al derecho internacional sobre los derechos y garantías consagrados en la CN.

La interpretación del artículo 118 de la CN como norma de recepción constitucional del DPI reconoce sus orígenes en el voto de Leopoldo Schiffrin en el proceso de extradición de Schwammberger.¹² En este caso el juez analizó si la modificación *ex post facto* de leyes sobre prescripción por parte de Alemania (país requirente) era compatible o no con el orden público argentino, en particular con el principio de legalidad en materia penal. Schiffrin entendió que, si bien el orden público impedía otorgar valor a leyes *ex post facto* en materia de prescripción (por afectar la prohibición de retroactividad), ello no era así en el caso de las leyes alemanas en cuestión, dado que éstas sólo habían significado una *medida de adecuación del derecho estatal alemán al orden público internacional*, esto es, al mismo orden público internacional al que se encontraba sometida la República Argentina, cuya CN así lo reconocía en su artículo 102 (actual 118). En palabras de Schiffrin:

[...] la Constitución Nacional somete al Estado argentino a la primacía del derecho de gentes (artículo 102), que él es fuente de derecho penal en la órbita internacional, en la que no juega en sentido estricto el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*; que ante tal derecho no son prescriptibles los crímenes de lesa humanidad, y que por ello los tribunales argentinos deben reconocer los efectos formalmente retroactivos de las leyes dictadas por otros países a fin de asegurar la imprescriptibilidad de aquellos crímenes.¹³

¹² Sentencia de la Cámara Federal de La Plata en el caso *Schwammberger*, J. F. L. S., 30 de agosto de 1989, publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 135, pp. 323 ss.

¹³ Cf. considerandos 45 y 50 del punto I del voto. Agregaba Schiffrin: "Estamos ante un derecho penal *in fieri*, al que le faltan elementos del moderno derecho penal sistematizado, cuyos presupuestos están dados por la existencia de una organización estatal unificada y una autoridad legislativa indiscutible, elementos ambos de los que carece la comunidad internacional. Por eso, en

Como ya se adelantara, tiempo después fue la CSJN la que utilizó el artículo 118 de la CN para sostener la vigencia de la acción en el pedido de extradición de Erich Priebke por Italia. El valor de este precedente para la jurisprudencia argentina radica no sólo en que emana del más alto tribunal del país, sino en que en ese caso la pregunta que debía responderse era si los hechos imputados a Priebke estaban o no prescritos en el *ordenamiento interno argentino*.¹⁴ Una solución del caso basada exclusivamente en la aplicación del Código Penal o del Código de Justicia Militar conducía a la prescripción de la acción, dado que las figuras penales aplicables estaban asociadas a reglas de prescripción con plazos ya vencidos. La mayoría de la CSJN, sin embargo, analizó el problema de la prescripción sobre la base del derecho internacional consuetudinario (citando para ello el artículo 118 de la CN) y concluyó que los hechos eran imprescriptibles. En este precedente los jueces de la mayoría eludieron dos aspectos importantes. En primer lugar, no hicieron referencia alguna al principio de legalidad, razón por la cual el fallo dejó abierta la cuestión de si la aplicación de la costumbre era admisible por tratarse de hechos calificables como crímenes de derecho internacional o si ello era así sólo por tratarse de un trámite de extradición y no de un proceso de atribución de responsabilidad.¹⁵ En segundo lugar, no analizan la

tal comunidad tienden a prevalecer los principios generales y los usos, mientras que las mismas convenciones internacionales con finalidades represivas, antes que definir por completo un catálogo cerrado de figuras, efectúan una enunciación de criterios de antijuridicidad, y poseen más bien el valor de recopilaciones de los principios aceptados por la conciencia jurídica común” (cf. punto 1.28). El hecho de que se tratara de un caso de extradición y de que la norma dictada *ex post facto* fuera una norma dictada en otro país permitía distintas lecturas de esta decisión. Ello puede verse en dos trabajos de doctrina. En uno de ellos, Bidart Campos elogia la decisión del juez Schiffrin, pero advierte que para casos donde deban juzgarse conductas por los tribunales nacionales se requiere siempre una ley previa y no sería admisible la aplicación de una ley posterior tampoco cuando supusiera una adecuación al derecho de gentes. Explica: “No es extravagante admitir que una ley que no podría dictar nuestro parlamento, porque pugnaría con nuestro orden público, no pugna necesariamente con él cuando es una ley extranjera susceptible de aplicación en nuestra jurisdicción interna. Es fácil comprenderlo si se acepta —por ejemplo— el desdoblamiento del orden público en un orden público meramente interno y un orden público internacional” (Germán Bidart Campos: “La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad”, en *El Derecho*, Buenos Aires: t. 135, pp. 323-329). Por su parte, Abregú y Dulitzky, al analizar esta decisión, piensan en el artículo 118 de la CN como cláusula de recepción del DPI para su aplicación en caso de juzgamiento de conductas en sede nacional (Martín Abregú y Ariel Dulitzky: “Las leyes ‘*ex post facto*’ y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno”, en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires: UBA, vol. 60/61, 1994, pp. 113-176).

¹⁴ En *Schwammberger* este problema no se presentaba y la pregunta era por la admisibilidad de normas extranjeras dictadas *ex post facto*.

¹⁵ Cabe indicar que tanto el voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor como el voto del juez Bossert contienen un párrafo en el que especialmente ponen de manifiesto que el caso se trata de un trámite de extradición y no de un proceso que tenga por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad de la persona requerida. Por lo tanto, advierten, sólo está en juego si su derecho de permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada (véase considerando 44 del voto de los jueces Nazareno y Moliné O’Connor y 56 del voto del juez Bossert). Estas afirmaciones de los jueces mencionados pueden entenderse como dirigidas a dejar en claro que la doctrina que surge de este fallo no es trasladable sin más a casos donde deban juzgarse conductas (y no solamente considerarse pedidos de extradición). Precisamente, esta diferencia entre juzgamiento y extradición fue luego remarcada expresamente por el juez Fayt al votar en los casos *Arancibia Clavel* (24 de agosto de 2004) y *Simón* (14 de junio de 2005), en los que rechazó la posibilidad de aplicar la regla de la imprescriptibilidad en casos de *juzgamiento*.

relación existente entre las figuras del derecho internacional y los tipos penales locales en los que se subsumirían las conductas. Precisamente ambos aspectos integraron las objeciones de la minoría en ese fallo y en otros posteriores.

La jurisprudencia que a partir de 1998 trasladó la doctrina de Schiffrin en *Schwammberger* y de la mayoría de la CSJN en *Priebke* a casos de juzgamiento de conductas también utilizó el artículo 118 de la CN como fundamento normativo para la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. En general, esta jurisprudencia ha interpretado que la recepción constitucional del DPI impone la aplicación en el ámbito interno de aquellas normas con validez universal, esto es, la costumbre general y en particular las normas *ius cogens*. En esta medida, la propia CN consagraría una excepción en este ámbito a la vigencia del principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la CN que exige, según se ha interpretado tradicionalmente, *lex praevia, scripta, certa y stricta*.

Dejando de lado por un momento los problemas vinculados al principio de legalidad, debe decirse que un aspecto cuestionado por la jurisprudencia actualmente minoritaria es que el artículo 118 sea, en verdad, una cláusula de recepción del DPI y, más aún, con jerarquía constitucional. Esta posición puede verse en los votos disidentes de los fallos *Arancibia Clavel y Simón*. En estos votos predomina la interpretación del artículo 118 de la CN como una cláusula de competencia para el juzgamiento de delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera del territorio argentino. Asimismo, se expone una visión de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional que afirma la supremacía del derecho nacional en el momento de definir el derecho aplicable por los tribunales nacionales. En este sentido, al considerar la recepción del derecho internacional en el ámbito interno se afirma la existencia de un orden público constitucional que establece un límite para esa incorporación y, en los votos del juez Fayt, se recoge la idea de que los Estados tienen un margen nacional de apreciación para decidir el modo en que incorporan las normas internacionales a su ordenamiento.¹⁶

¹⁶ Fayt expresa que “no debe confundirse el valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno”. En este sentido, sostiene que “la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo —más allá de su indiscutible valor— se le confiere jerarquía constitucional ni —menos aún— preeminencia sobre la Ley Fundamental”. Y agrega: “Parece a todas luces exagerado inferir con base en el texto del artículo 118 que sea posible la persecución penal con base en las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *ius gentium*. Por lo tanto —como se afirmó— la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base

Obviamente, estos puntos de partida disímiles acerca del valor del DPI en el ordenamiento jurídico argentino condicionan la respuesta acerca de la posibilidad de aplicar en el ámbito nacional la norma consuetudinaria que establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

2.1.2. El uso de la costumbre internacional y el principio de legalidad. Articulación de normas penales nacionales e internacionales

Si bien la CSJN tradicionalmente ha considerado que no existe un derecho constitucional a la prescripción, ha venido sosteniendo desde el fallo *Mirás* (1973)¹⁷ que las normas sobre prescripción están alcanzadas por el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la CN y, por lo tanto, sometidas a los requisitos que este principio impone (*lex praevia, scripta, certa, stricta*). El empleo de la costumbre internacional para fundar la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de delitos que según el Código Penal tienen plazos de prescripción genera un debate acerca de si ello es compatible con el principio de legalidad constitucional.¹⁸

La jurisprudencia actualmente dominante afirma que la norma consuetudinaria que establece la imprescriptibilidad ya estaba vigente en el momento de comisión de los hechos respecto de los cuales tal regla es aplicada.¹⁹ De este modo, el requisito de una *norma previa* estaría satisfecho. El artículo 18 de la CN, empero, exige también que la legislación penal conste en enunciados normativos escritos (*lex scripta*)

en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad (en el mismo sentido ver *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, ed. por la Fundación Konrad Adenauer, investigadores del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional)". Aunque sin mencionar al autor, la cita contenida en el párrafo de Fayt remite al trabajo de Ezequiel Malarino incluido en el libro citado, donde este autor analiza la posible aplicación de normas de derecho internacional para el juzgamiento de conductas por los tribunales argentinos. Allí expone la idea —que también aparece en los votos de Fayt— de la existencia de un margen nacional de apreciación para la introducción de normas internacionales al ordenamiento nacional y propone establecer como límite a esa introducción la afectación de derechos fundamentales reconocidos a los individuos por las constituciones o cartas políticas. Cabe aclarar que es una tradición de la CSJN no citar autores nacionales vivos.

¹⁷ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: t. 278, pp. 76 ss. Los fallos de la CSJN se encuentran disponibles en el sitio <<http://www.csjn.gov.ar/>>.

¹⁸ Una cuestión adicional, que será tratada luego, es si la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad puede ser aplicada cuando las conductas son subsumidas en tipos penales comunes (homicidio, privación de la libertad, tormentos, etcétera).

¹⁹ El problema de la vigencia previa de la imprescriptibilidad no fue tratado en los casos *Schwammberger* y *Priebke*, referidos a hechos cometidos durante la segunda guerra mundial. La cuestión sí fue abordada por la CSJN en el marco del pedido de extradición de Lariz Iriondo (cf. infra).

creados por *ley* del Congreso de la Nación (principio de reserva de ley). El incumplimiento de estas facetas del principio de legalidad es la objeción más corriente contra el uso de la costumbre internacional en este ámbito.²⁰

Como ya se ha dicho, la mayor parte de la jurisprudencia entiende que el artículo 118 de la CN recepta en el plano constitucional las normas consuetudinarias referidas a los delitos contra el derecho de gentes, entre ellas la que consagra la imprescriptibilidad. Esta recepción constitucional implicaría un aval para el uso de una fuente que no puede cumplir todas las exigencias que el artículo 18 de la CN establece para la legislación penal.

En alguna jurisprudencia pueden encontrarse referencias a que el artículo 18 es directamente *inaplicable* en el momento de juzgar delitos contra el derecho de gentes, dado que las condiciones de punibilidad deben regirse por lo que disponga el DPI, ámbito en el cual el principio de legalidad tiene un alcance propio y diferente del nacional.²¹

Otros precedentes que integran la posición mayoritaria no son tan categóricos acerca de la “inaplicabilidad” del artículo 18 de la CN, sino que se conforman con admitir ciertas excepciones al principio de legalidad constitucional que se justifican en las características propias del derecho internacional.²² En particular ello ha sucedido con el carácter no escrito de la norma consuetudinaria y la falta de una ley en sentido formal dictada por el parlamento. Esta posición fue sostenida, entre otros, por el procurador general de la Nación al dictaminar ante la CSJN en el caso *Simón*:

[...] en cuanto a la exigencia de ley formal, creo evidente que el fundamento político (democrático-representativo) que explica esta limitación en el ámbito nacional

²⁰ En general no se ha cuestionado la afirmación anterior: que la imprescriptibilidad fuera efectivamente una norma consuetudinaria ya vigente en la década de 1970.

²¹ Así, por ejemplo, lo ha sostenido la Sala II de la Cámara Federal de la Capital Federal el 4 de mayo de 2000 en el caso *Astiz, Alfredo s/nulidad* (reg. 17.491).

²² Afirma el juez Maqueda: “El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores”. Sin embargo, este juez luego se ocupa de aclarar: “Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio *nullum crimen sine lege* por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional —incorporada mediante el artículo 118 de la Constitución Nacional—, sino que también constituía un delito para el Código Penal argentino” (considerando 83).

no puede ser trasladado al ámbito del derecho internacional, que se caracteriza, precisamente, por la ausencia de un órgano legislativo centralizado, y reserva el proceso creador de normas a la actividad de los Estados. Ello, sin perjuicio de señalar que, en lo que atañe al requisito de norma jurídica escrita, éste se halla asegurado por el conjunto de resoluciones, declaraciones e instrumentos convencionales que conforman el *corpus* del derecho internacional de los derechos humanos y que dieron origen a la norma de *ius cogens* relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.²³

Otro rasgo que caracteriza a la jurisprudencia mayoritaria es que, en general, se ha encargado de remarcar la existencia de tipos penales que ya prohibían las conductas objeto de juzgamiento. De esta manera, se pone de resalto que el principio de legalidad del artículo 18 de la CN estaría satisfecho en sus ámbitos más sensibles: la *tipicidad* y la *pena*. El debate en torno del *nullum crimen* se presentaría, entonces, como una cuestión sólo vinculada a la *parte general* del derecho penal.

En efecto, existiría —por un lado— una subsunción típica en las figuras de la legislación penal (que cumpliría todas las exigencias del artículo 18 de la CN) y —por otro— una subsunción en las figuras del DPI cuya consecuencia sería la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad. Los tipos penales de la legislación nacional contendrían los supuestos de hecho que permiten aplicar una pena, mientras que la subsunción de los hechos en una figura del DPI sería el presupuesto para la aplicación de la norma sobre imprescriptibilidad. En esta línea de fundamentación, las figuras del DPI no cumplirían un papel en el plano de la tipicidad de la conducta, sino en el momento de analizar la vigencia de la acción.²⁴

El empleo de la categoría (consuetudinaria) de los “crímenes contra la humanidad” como un presupuesto de aplicación de la norma (consuetudinaria) que consagra la imprescriptibilidad daría lugar a un debate sobre el alcance del principio de legalidad en lo que se refiere a normas sobre prescripción. Así lo ha entendido, por ejemplo, el procurador general de la Nación en *Simón*:

²³ Esta última afirmación parece hacer referencia al requisito de que la costumbre esté reflejada en algún texto escrito para asegurar la taxatividad, tal como explica Alicia Gil Gil (cf. Alicia Gil Gil: *Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 88 ss.). Debe decirse, de todos modos, que la fuente aplicable (aun con este requisito) es la costumbre y no el texto escrito en el que ésta queda reflejada.

²⁴ Así, las figuras del DPI que habilitan a aplicar la imprescriptibilidad funcionarían como una categoría similar a otras categorías (no referidas a la tipicidad), como la de “graves violaciones de los derechos humanos” en el sistema interamericano.

En cuanto a su condición de lesa humanidad y su consecuencia directa, la imprescriptibilidad, no puede obviarse que el principio de legalidad material no proyecta sus consecuencias con la misma intensidad sobre todos los campos del derecho penal, sino que ésta es relativa a las particularidades del objeto que se ha de regular. En particular, en lo que atañe al mandato de certeza, es un principio entendido que la descripción y regulación de los elementos generales del delito no necesitan alcanzar el estándar de precisión que es condición de validez para la formulación de los tipos delictivos de la parte especial (cf. Jakobs, Derecho Penal, Madrid, 1995, ps. 89 ss.; Roxin, Derecho Penal, Madrid, 1997, ps. 363 ss.) Y, en tal sentido, no advierto ni en la calificación de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, ni en la postulación de que esos ilícitos son imprescriptibles, un grado de precisión menor que el que habitualmente es exigido para las reglas de la parte general; especialmente en lo que respecta a esta última característica, que no hace más que expresar que no hay un límite temporal para la persecución penal.

Además de los aspectos problemáticos que genera el uso de la norma consuetudinaria sobre imprescriptibilidad frente al principio de legalidad, debería considerarse si —con independencia de lo anterior— es correcta la articulación normativa que se efectúa al subsumirse la conducta en un tipo penal de la legislación ordinaria y, a la vez, aplicarse la norma sobre imprescriptibilidad cuando ésta tiene como presupuesto la comisión de un *crimen contra la humanidad*.²⁵

Es claro que aceptar esta articulación requiere admitir que el presupuesto de una norma sobre prescripción no necesariamente debe estar vinculado a la subsunción típica de la conducta. En el derecho positivo argentino la prescripción está vinculada a la figura penal en la que se subsuma la conducta, dado que el plazo varía de acuerdo con la pena prevista para el delito supuestamente cometido. De este modo las figuras penales desempeñan un papel relevante en el análisis de la prescripción. Sin embargo, más allá de esta regla de derecho positivo (de rango legal), no parece haber obstáculo alguno para que el presupuesto de una norma sobre prescripción

²⁵ Si bien la gran mayoría de los pronunciamientos judiciales emplean la categoría de los crímenes contra la humanidad, ciertas decisiones han sostenido que los hechos se enmarcaron en un *genocidio*, para lo cual se basan en una interpretación amplia de esa figura internacional. Así se ha afirmado, por ejemplo, en la sentencia dictada el 19 de setiembre de 2006 por el Tribunal Oral Federal n.º 1 de La Plata mediante la que se condenó a Miguel Etchecolatz por diversos delitos (homicidios, tormentos y privaciones de la libertad). En los fundamentos de esa sentencia se expresa que los hechos constituyen “delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en la República Argentina entre 1976 y 1983”, postura que se funda en una interpretación amplia del término *grupo nacional* contenido en la definición de esta figura (cf. en particular el punto IV del voto del juez Carlos Rozanski).

pueda ser algo distinto o desvinculado de la figura del Código Penal en la que se subsuma la conducta. Incluso esto ya es así en otras reglas de derecho positivo.²⁶ En otras palabras, el presupuesto de una norma sobre prescripción no necesariamente debe estar referido o vinculado a un tipo penal aplicable. Esto es, precisamente, lo que se asume en varios fallos de la jurisprudencia argentina cuando se utiliza la categoría de los *crímenes contra la humanidad* como un presupuesto de la regla sobre imprescriptibilidad.²⁷

Ahora bien, el hecho de que una disociación entre el supuesto típico y el presupuesto de una norma sobre prescripción sea en abstracto admisible no conduce sin más a que cualquier articulación de normas sea correcta. Parece necesario justificar por qué dos normas con presupuestos diversos serían aplicables al *mismo* caso.

Si bien éste no es un aspecto suficientemente analizado por la jurisprudencia argentina, es posible detectar ciertos criterios que han sido utilizados (ya sea de modo expreso o subyacente) para justificar la articulación normativa descrita.

La mayor parte de la jurisprudencia parece conformarse con verificar que los *hechos* objeto de juzgamiento son crímenes contra la humanidad a la luz del derecho internacional y, por lo tanto, imprescriptibles. Esta jurisprudencia no se detiene a analizar la relación entre normas (entre el supuesto de hecho propio del tipo penal y el correspondiente a la norma sobre imprescriptibilidad), sino que se conforma con la verificación de que se trata de los mismos *hechos*: dado que los mismos eventos satisfacen, a la vez, los presupuestos del tipo penal y los de la norma sobre prescripción (imprescriptibilidad), entonces la aplicación de ambas normas al caso estaría justificada.²⁸

En algunos fallos puede encontrarse una justificación adicional que sí se detiene a comparar las *normas* y que señala la existencia de cierta similitud en la descrip-

²⁶ Como las que regulan ciertas causales de suspensión o interrupción de la prescripción. Por ejemplo, la suspensión de la prescripción en los casos de “delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público” (artículo 67 del Código Penal, el destacado se agrega). Se trata de una norma sobre prescripción cuyos presupuestos de aplicación no hacen referencia a la subsunción típica de la conducta.

²⁷ Como se verá luego, es posible encontrar pronunciamientos judiciales en los que la categoría de los crímenes contra la humanidad jugaría un papel en el plano de la tipicidad. Con ello, la disociación entre tipo penal y norma sobre prescripción no se verificaría (al menos, no tan marcadamente).

²⁸ En la mayor parte de los casos, la afirmación de que se trata de los *mismos* hechos sólo será cierta si no se restringen los “hechos” a solamente aquellas circunstancias fácticas capturadas por el tipo penal. Así, por ejemplo, en el caso de un homicidio cometido en el marco del sistema de represión impulsado por la dictadura militar, desde una perspectiva estrecha podría decirse que, si el único tipo penal relevante fuera el del homicidio (artículo 79 del código penal), entonces el contexto de acción no integraría los “hechos” del caso. Por lo tanto, la afirmación de que se trata de un crimen contra la humanidad (que justifica la imprescriptibilidad) ya no podría basarse en los *mismos* hechos, dado que esa categoría requiere tener en cuenta el contexto de

ción que dichas normas hacen de los presupuestos que determinan su aplicación. Esto es, se observa cierta semejanza entre el tipo penal y el presupuesto de aplicación de la regla de imprescriptibilidad (crimen contra la humanidad). Como ejemplo puede citarse la discusión que tuvo lugar en el caso *Arancibia Clavel* acerca de si la asociación ilícita que se le imputaba, y por la que fue condenado, podía considerarse un crimen contra la humanidad y, por lo tanto, imprescriptible.²⁹ Si bien algunos jueces, al sostener la imprescriptibilidad, se conformaron con verificar que los *hechos* descritos por el tribunal en su sentencia debían ser considerados crímenes contra la humanidad (en la forma de conspiración para cometerlos —*conspiracy*—), otros jueces se refirieron a la relación entre la asociación ilícita prevista en la legislación penal argentina (artículo 210) y la *conspiracy* prevista en el derecho internacional. Así, el juez Petracchi, luego de analizar el alcance de la *conspiracy* y de la asociación ilícita de la legislación argentina, concluyó que, si bien tienen “coincidencias parciales”, comparten el carácter de “delitos de preparación”.³⁰ De modo similar, el juez Maqueda señaló las coincidencias parciales, aunque sustanciales, entre la figura de asociación ilícita y la conspiración o participación en organizaciones criminales y agregó que la “*clave de conexión* entre el tipo penal de asociación ilícita y la configuración de los tipos propios de la conspiración del derecho anglosajón se encuentra en el hecho de que en ambos casos se trata de un acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito”.³¹

En otros casos se ha puesto de manifiesto la relación de género a especie existente entre algunas descripciones típicas de la legislación nacional y otras del DPI. En estos supuestos, en los que también existen coincidencias parciales entre los elementos que componen las descripciones normativas, se verifica además una *relación de inclusión* de la figura internacional en un tipo penal de la legislación nacional cuya descripción es más amplia y, por tanto, más abarcadora que la de la figura internacional.

acción (que debe poder calificarse como “ataque generalizado o sistemático contra la población civil”). Sólo una perspectiva más amplia de la definición de los “hechos” del caso podría concluir que la tipicidad y la norma sobre imprescriptibilidad están referidos a los mismos hechos.

²⁹ La Cámara Nacional de Casación Penal, al revisar la condena impuesta a Arancibia Clavel, había declarado la prescripción del delito de asociación ilícita al considerar que no “encajaba” dentro de los crímenes contra la humanidad y, por lo tanto, no podía ser considerada imprescriptible.

³⁰ Cf. considerando 16 del voto del juez Petracchi en *Arancibia Clavel*.

³¹ Cf. considerandos 44 a 58 del voto del juez Maqueda; el destacado se agrega. También cabe mencionar que en algunas decisiones judiciales se ha aplicado la regla de la imprescriptibilidad para conductas que no exhiben esta semejanza con un crimen de derecho internacional fundándose tal aplicación en que se trataba de “delitos conexos”; por ejemplo, el encubrimiento de actos considerados crímenes contra la humanidad.

Sobre la base de esta última línea de argumentación —que puede ser utilizada como explicación de por qué sería razonable (no arbitrario) aplicar la norma sobre imprescriptibilidad en esos casos— puede intentarse algo más: establecer una relación entre los tipos penales nacionales y las figuras del DPI directamente en el plano de la tipicidad. Esto es, el argumento puede apuntar no sólo a justificar la razonabilidad del uso combinado de un tipo penal nacional con la regla internacional de la imprescriptibilidad, sino a justificar la articulación normativa entre *dos tipos penales*, uno internacional y otro nacional. Si se parte de la base de que el tipo penal nacional ya contiene la figura internacional (dado que abarca la conducta en ella prevista), entonces ese tipo y la pena que tiene asociada podrían ser empleados para subsumir y penar crímenes de derecho internacional.

El rechazo a una articulación de esta índole fue expresado en algunos fallos. Un buen ejemplo de ello es la posición adoptada por el juez Petracchi al votar en disidencia en el caso *Priebke*. Allí, luego de sostener que los hechos, encuadrables en el tipo penal de homicidio, estaban prescritos de acuerdo con la legislación penal argentina (artículo 62 del Código Penal [CP]), rechazó la posibilidad de una solución distinta recurriendo al derecho de gentes. Para ello se preguntó si la conducta atribuida a Priebke podía considerarse *punible* con arreglo al derecho de gentes. Para este juez ello debía responderse negativamente, dado que las conductas descritas como “crimen de guerra” o como “delitos de lesa humanidad” no tenían prevista una pena *en tal derecho*. Desde su punto de vista, la pregunta por la pena de los delitos contra el derecho de gentes debía responderse *con independencia* de los tipos penales de la legislación nacional. Al respecto, Petracchi agregó:

Tampoco se podría llenar el vacío de la ausencia de pena con una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta —cuya acción, cabe recordarlo, se encuentra prescripta— con un tipo del “Derecho de Gentes”. En dicho supuesto se estaría inventando una tercera categoría de delitos —por así llamarla “mixta”—, lo que obviamente no está dentro de las facultades de los jueces de la República.³²

La posición expuesta por el juez Petracchi en estos párrafos refleja la visión de que existen dos caminos posibles, que serían alternativos y estancos: las conductas deberían subsumirse o bien en la legislación nacional o bien en la normativa interna-

³² Considerando 6 del voto del juez Petracchi.

cional. En *Priebke* el primer camino conducía a un hecho punible pero prescrito; el segundo podría conducir a un hecho imprescriptible pero no punible.³³

Una postura opuesta puede encontrarse en los dictámenes del Ministerio Público en el caso *Simón*, donde se plantea la pregunta de si los delitos (internacionales) de desaparición forzada de personas y de tortura estaban tipificados en la legislación interna en el momento de comisión de los hechos. Así, en un pasaje del dictamen, luego de describirse el contenido de la figura penal internacional de desaparición forzada, se expresa:

[...] corresponde concluir que la desaparición forzada de personas ya se encuentra —y se encontraba— tipificada en distintos artículos del Código Penal argentino. Pues no cabe duda de que el delito de privación ilegítima de la libertad contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados “desaparición forzada de personas”. Se trata, simplemente, de reconocer que un delito de autor indistinto como la privación ilegítima de la libertad, cuando es cometido por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, y es seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima, presenta todos los elementos que caracterizan a una desaparición forzada. Esto significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra prevista en nuestra legislación interna como un caso específico del delito —más genérico— de los artículos 141 y, particularmente, 142 y 144 *bis* del Código Penal, que se le enrostra al imputado.

Como respuesta a la objeción planteada por el juez Petracchi en el caso *Priebke*, se afirma luego:

Debe quedar claro que no se trata entonces de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional —que no prevé sanción alguna— con la pena

³³ En este fallo Petracchi deja abierta la cuestión de si los delitos contra el derecho de gentes serían o no imprescriptibles. Considera innecesario pronunciarse al respecto dado que, al no ser *punibles* tales delitos, la extradición ya no era viable. Asimismo, como se expondrá más adelante, Petracchi rechaza la posibilidad de aplicar la Convención sobre Imprescriptibilidad a los delitos “afines” a los definidos por el derecho de gentes porque en ese caso se infringiría la prohibición de retroactividad (cf. considerando 7). Más allá de este rechazo a la aplicación retroactiva de la Convención, la explicación de Petracchi deja alguna duda acerca de hasta qué punto sostiene la incommunicabilidad entre las figuras internacionales y las nacionales, dado que expresa que aunque “pudiera afirmarse que a la fecha se ha producido la mentada parcial abrogación del artículo 62 CP y que —en consecuencia— ‘los crímenes de guerra’ y los ‘delitos de lesa humanidad’ están comprendidos (como especies dentro de su género) dentro del homicidio calificado del Código Penal y son —de ahora en más— imprescriptibles, la solución no variaría” debido a la prohibición de retroactividad. Si bien Petracchi no afirma que las figuras internacionales están comprendidas en el tipo penal nacional, parece no rechazar de plano la idea (cf. considerando 7).

prevista para otro delito en la legislación interna. Se trata de reconocer la relación de concurso aparente existente entre ambas formulaciones delictivas, y el carácter de lesa humanidad que adquiere la privación ilegítima de la libertad —en sus diversos modos de comisión— cuando es realizada en condiciones tales que constituye una desaparición forzada.

Una solución idéntica se sostiene al considerar la tipificación interna del crimen contra la humanidad de tortura: se afirma que la figura internacional está contenida —y ya lo estaba para la época de los hechos— en los tipos penales nacionales que describen las conductas de tortura y que por ello esos tipos penales han adquirido “un atributo adicional —la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica— en virtud de la normativa internacional, vinculante para la República Argentina, que los complementó”.

La idea de un uso de las figuras del DPI en el plano de la tipicidad (y no sólo como categoría que actúa sobre la vigencia de la acción penal) también fue esbozada en algunas resoluciones judiciales dictadas en el caso *Simón*, en las que los hechos fueron calificados, en primer término, como crímenes contra la humanidad y sólo luego se analizó el papel de la legislación nacional en la persecución de tales crímenes. Allí se defendió la idea de que: a) el recurso a los tipos penales de la legislación nacional no es contradictorio con afirmar que se juzgan crímenes de derecho internacional; antes bien, es el modo natural de juzgar esos crímenes por tribunales nacionales (aplicación nacional del DPI),³⁴ y que b) no es condición para lo anterior que exista una coincidencia formal entre las figuras del DPI y los tipos penales nacionales.

El primer aspecto de los señalados no parece problemático. Es claro que la responsabilidad penal internacional puede ser analizada por los tribunales nacionales y que para ello es necesario recurrir a la aplicación de normas estatales. Sabido es que las normas internacionales que prohíben ciertas conductas bajo amenaza de *una* pena

³⁴ “Esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis (cuestión que establece el derecho de gentes a través de normas *ius cogens*) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes. Como se ha dicho, la punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes no es una exigencia del derecho penal internacional sino una regla que cobra sentido, más bien, en casos donde la ley penal de un estado no considera punibles a esas conductas. Cuando ese no sea el caso y los tipos penales vigentes en la ley local capten las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, lo natural es que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. Ello no sólo no contradice ningún principio del derecho internacional sino que, por el contrario, permite cumplir acabadamente sus fines, al hacer posible el juzgamiento y la sanción punitiva de los responsables de los crímenes contra la humanidad” (cf. punto IV.B del fallo dictado el 6 de abril de 2001 en el caso *Simón*, ya citado).

en muchos casos son incompletas. En particular, ello sucede con las normas consuetudinarias dado que no tienen establecida una pena *determinada*. Precisamente por esto suelen ser calificadas como no autoaplicativas (*non self-executing*). Requieren al menos una norma complementaria (norma de desarrollo) que establezca una pena determinada.³⁵ Es por ello que, aun aceptando la posibilidad de que los jueces nacionales apliquen directamente el DPI y subsuman la conducta en una figura internacional, de todos modos será necesario recurrir a una norma complementaria que establezca una pena. Esa norma complementaria bien puede ser una norma estatal —que obviamente será complementaria sólo para el juzgamiento en ese Estado—. Tal norma estatal complementaria de la norma internacional habitualmente constará de una descripción de la conducta prohibida y de una pena aplicable.³⁶ Cuando la descripción de la conducta prohibida coincida literalmente con la descripción contenida en el DPI no será problemático considerar que al aplicarse la norma estatal se estará juzgando un crimen de derecho internacional.³⁷ Sin embargo, ¿qué sucede cuando las descripciones normativas no sean idénticas? Si un Estado al legislar —por ejemplo, al implementar el ECPI— decide crear una norma penal con una descripción más amplia que la de la figura internacional (con el fin de abarcar un mayor número de conductas), ¿debería concluirse por ello que esa norma deja de estar tipificando un

³⁵ En este sentido afirma Alicia Gil Gil que “la norma internacional no expresa meramente la prohibición de la conducta, sino la prohibición jurídica bajo amenaza de pena, con la consiguiente afirmación de que el hecho contrario a la norma constituye un ilícito penal internacional, aunque para la determinación y la imposición de dicha pena deba acudirse a los órganos internos o a órganos internacionales” y agrega con relación a los delitos consagrados en el derecho internacional general que “considerando que dichas normas son incompletas, puesto que no asignan la sanción correspondiente a cada delito, deberemos negarles el carácter de normas *self-executing* y, por tanto, tampoco podrán los tribunales españoles castigar una conducta aplicando exclusivamente el Derecho internacional general, sino que deberá existir una ley de desarrollo de dicho derecho” (cf. Alicia Gil Gil: *Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 57 y 95). En sentido similar, afirmaba Kelsen que el derecho internacional puede dejar a los Estados la determinación de la pena y concluía que: “La norma de derecho estatal que determina la pena es un complemento de la norma de derecho internacional que obliga o faculta a los Estados a castigar a ciertos individuos” (Cf. Hans Kelsen: *Principios de derecho internacional*, Buenos Aires: El Ateneo, 1965, traducción de Hugo Caminos y Ernesto Hermida, p. 160).

³⁶ Una norma de desarrollo del delito definido por el derecho internacional general requiere ineludiblemente una pena aplicable. Esta norma de desarrollo *podría* reiterar la descripción de la conducta o simplemente aludir a ella mediante una remisión (como hace la ley 26.200 de implementación del ECPI cuando se remite, no ya a la costumbre internacional, sino a las figuras definidas en los artículos 6 a 8 del Estatuto). Ahora bien, la reiteración, en la norma nacional, de la conducta prohibida por el derecho internacional conduce a que esa norma estatal pueda ser vista también como una norma de transformación que tipifica la figura en el nivel estatal (y que, por lo tanto, podría aplicarse con prescindencia de la norma internacional). Desde un punto de vista formal o externo no sería posible distinguir en estos casos una norma de desarrollo de una norma de transformación. Sea que se la tome como una norma de desarrollo, sea que se la tome como una norma de transformación, no debería perderse de vista que en la base subyace un crimen de derecho internacional y no de un delito meramente local.

³⁷ Ello con independencia de que se entienda que la norma estatal es una norma de desarrollo de la norma internacional (que establece la pena no prevista por el derecho internacional) o una norma de transformación que tipifica a nivel estatal un crimen de derecho internacional.

crimen de derecho internacional o bien estableciendo la pena que el derecho internacional no prevé?

En el caso argentino la pregunta se plantea en relación con los tipos penales de los llamados delitos *comunes* o delitos *ordinarios*: ¿puede o no considerarse que sus descripciones (más amplias) ya tipifican crímenes de derecho internacional?³⁸

La respuesta que se sostiene en las primeras decisiones adoptadas en el caso *Simón* es que no se requiere una coincidencia literal entre la descripción típica de la legislación nacional y la descripción típica de la figura internacional y, en particular, que la inexistencia en los tipos penales nacionales de una referencia expresa a las circunstancias contextuales de la conducta no es un impedimento para juzgar con ellos crímenes de derecho internacional que sí hacen referencia al contexto de acción:

Es claro que la ley nacional, aplicable a estos casos, puede coincidir en mayor o en menor medida con las descripciones que, en el ámbito internacional, se formulan de las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes. Ello dependerá de las particularidades de la ley local y de la medida en que la legislación de un estado haya sido adaptada a los requerimientos del derecho penal internacional, estableciendo tipos penales que capten *en toda su dimensión* a las conductas que se consideran crímenes contra la humanidad, esto es, valorando especialmente las condiciones que les otorgan esa particular gravedad que las convierte en crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales del estado, etcétera).

Es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país tal vez no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos dado que, en muchos casos, no valoran *especialmente* aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales, etcétera), aunque algunas de esas características pueden estar mencionadas como circunstancias agravantes en nuestra legislación.

Sin embargo, esta falta de una referencia específica en los tipos penales existentes a esas circunstancias que, según el derecho de gentes, elevan la gravedad de algunas conductas y las convierten en crímenes contra la humanidad, no obsta a que el núcleo de esas conductas sí esté abarcado por diversos tipos penales de nuestra legislación y, en consecuencia, sean aptos para juzgar los hechos y determinar la pena aplicable.³⁹

³⁸ La pregunta plantea un problema de relación entre normas (nacionales e internacionales) vigentes. Por lo tanto, no es relevante si se trata de leyes penales nacionales ya existentes en el momento de la formación de la norma internacional o de leyes nacionales dictadas luego de la creación de la norma internacional. Tampoco si las leyes han sido o no dictadas con la finalidad expresa de tipificar un crimen de derecho internacional.

³⁹ Cf. punto IV.B del fallo dictado el 6 de marzo de 2001 en *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años*, causa n.º 8686/2000 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4 de la Capital

Puede observarse cierta similitud entre esta postura y la sostenida por el Ministerio Público en los dictámenes ya citados, dado que en ambas se defiende el uso de los tipos penales de la legislación nacional para el juzgamiento de crímenes contra la humanidad aun cuando esos tipos penales no hagan referencia al contexto de acción mencionado en la figura internacional.⁴⁰

De admitirse esta postura debería profundizarse en si la figura penal internacional jugaría algún papel concreto en el plano de la tipicidad o, en cambio, quedaría “diluida” en el tipo penal nacional (más amplio). La cuestión no es irrelevante. Así, por ejemplo, la respuesta incidiría en el momento de definir los elementos subjetivos del tipo. Esta cuestión ha sido escasamente mencionada en la jurisprudencia nacional. Una excepción que puede mencionarse es la decisión de la Cámara Federal de la Capital Federal en el caso *Amarante*, en la que luego de analizar los elementos típicos de los crímenes contra la humanidad en el derecho internacional la Cámara afirmó que ellos habrían sido conocidos por el autor.⁴¹ Esta solución terminaría por sostener, en definitiva, una verdadera *doble subsunción típica*: en un tipo penal nacional y en un tipo penal definido por el DPI.

Federal. En una decisión posterior dictada en la misma causa se sostuvo: “los crímenes que se juzgan aquí, en virtud de tratarse de crímenes contra la humanidad no están sujetos a plazos de prescripción (imprescriptibilidad) y, por lo tanto, no resulta aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 62 del CP. La aplicación de lo dispuesto en esa norma sería notoriamente inconsecuente con la consideración de los hechos desde la perspectiva del derecho penal internacional. En efecto, el derecho penal internacional, a través de normas imperativas, establece (y ya lo hacía a la fecha de comisión de los hechos) que los crímenes contra la humanidad no prescriben, esto es, la acción penal que nace de la comisión de tales delitos no se extingue. Y ello es así con independencia de la voluntad de los estados individuales y con independencia de la naturaleza nacional o supranacional del tribunal que tome intervención para juzgar dichos crímenes. En este sentido, debe decirse que el recurso a la ley doméstica de un estado sólo es válido —cuando se juzgan crímenes contra la humanidad— en la medida en que dicha ley sea compatible con las normas imperativas que rigen la cuestión. Así, es válido recurrir a la ley doméstica para determinar las penas que cabe aplicar (utilizando para ello los tipos penales en los que las conductas se subsuman) pero, en cambio, no resulta adecuado considerar aplicable una norma que establece plazos para la persecución de los delitos domésticos cuando ya la propia ley penal internacional establece con relación a ese punto que la acción para perseguir crímenes contra la humanidad no está sujeta a plazos de prescripción” (Cf. auto de procesamiento del día 2 de abril del Juzgado Federal 4 de la Capital Federal en la causa 8686/2000).

⁴⁰ Esta falta de referencia de los tipos penales al contexto de acción podría ser interpretada de modos quizás contradictorios. Por un lado, podría ser vista como una circunstancia que impide considerarlos aptos para juzgar crímenes contra la humanidad dado que no darían cuenta del elemento que confiere especial gravedad a las conductas incluidas en esa figura y que justifica su carácter internacional. Sin embargo, desde otro punto de vista, se puede pensar que, dado que la descripción típica de la ley nacional no selecciona ningún contexto en particular, entonces todos los contextos de acción son igualmente admisibles a los efectos de la subsunción típica en esa norma, incluido obviamente el contexto propio de los crímenes contra la humanidad (así, “el que matare a otro” abarca la conducta de “matar a otro en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”). De todos modos, no es seguro que estas observaciones sean contradictorias dado que parecen referirse a distintos aspectos: a una relación valorativa en un caso y a una relación normativa en el otro.

⁴¹ El problema que trataba la Cámara en este caso era el de cuándo una conducta *forma parte* de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y si para ello son relevantes o no los motivos tenidos en cuenta por el autor del hecho. Luego de descartar la relevancia de los motivos del autor, el tribunal agregó: “A estas consideraciones —si se quiere, objetivas—

Lo expuesto hasta aquí da cuenta de los principales argumentos y aspectos problemáticos que exhibe la jurisprudencia argentina en torno de la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad basada en la costumbre internacional y describe los dos usos que la categoría de los crímenes contra la humanidad tiene en la jurisprudencia argentina: a) como categoría que define el presupuesto de una norma sobre prescripción (imprescriptibilidad), y b) como categoría que establece una figura penal y opera en el plano de la tipicidad de la conducta.

A continuación se expondrán los argumentos que la jurisprudencia ha sostenido para fundar la imprescriptibilidad sobre la base de dos tratados internacionales: la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.2. Aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad

La Convención sobre Imprescriptibilidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968, ingresó al ordenamiento jurídico argentino con posterioridad a la fecha de comisión de los hechos respecto de los cuales la jurisprudencia viene discutiendo su aplicación,⁴² circunstancia que genera un debate en torno de su retroactividad.

Las primeras decisiones judiciales que aplicaron la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad se basaron, como se vio en el punto anterior, en el argumento de que tal regla estaba consagrada previamente en la costumbre internacional. En esas decisiones la Convención sólo aparece mencionada como un antecedente demostrativo de la evolución de la regla en el ámbito internacional y del comportamiento del Estado argentino en la formación de esa regla. Sin embargo, luego de que el Congreso le otorgara jerarquía constitucional, en el año 2003,⁴³ la

de la relación entre acto y ataque, corresponde agregar que no existen circunstancias que permitan suponer que Amarante, a la fecha de la comisión de los hechos, desconocía la existencia del ataque y que sus actos formarían parte de éste" (Cf. auto de fecha 29 de noviembre de 2005 dictado por la Sala I en el incidente C. n.º 37 725 "Amarante Juan José s/ prescripción").

⁴² Cabe recordar que la Convención fue aprobada el 1 de noviembre de 1995 por la ley 24 584 y fue ratificada el 23 de agosto de 2003, días después de que se dictara el decreto presidencial que así lo dispuso (decreto 579/2003, del 8 de agosto de 2003).

⁴³ Según el texto constitucional los tratados internacionales, por regla, se encuentran en un nivel inferior a la Constitución Nacional (artículo 27) y superior a las leyes (artículo 75, inciso 22, de la CN). Poseen "jerarquía constitucional" los tratados e instrumentos internacionales mencionados expresamente en el artículo 75, inciso 22, de la CN. A su vez, esa norma prevé la

Convención comenzó a ser aplicada a hechos cometidos antes de su ratificación por la República Argentina.

El principal argumento sostenido por quienes defienden una aplicación de la Convención para hechos anteriores a su ratificación se apoya también en la costumbre internacional. Específicamente, la costumbre internacional aparece mencionada para negar que la Convención sea una norma *materialmente* retroactiva. La retroactividad de la Convención sería sólo *formal* (en cuanto a su forma escrita), dado que la *norma* que establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad ya habría estado vigente antes como regla consagrada en la costumbre internacional.⁴⁴

Esta postura puede verse claramente en los votos de Zaffaroni y de Highton de Nolasco en los fallos *Arancibia Clavel* y *Simón*.⁴⁵ Así, en el voto de Zaffaroni en *Simón* puede leerse:

Esta Convención [...] no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal.⁴⁶

Sabido es que la Convención “afirma” la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, expresión con la que se intentó dejar en claro que no se estaba creando una norma hasta ese momento inexistente, sino que

posibilidad de que el Congreso otorgue jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos mediante su aprobación por una mayoría de dos terceras partes de los votos de cada una de las cámaras (Diputados y Senadores). Hasta la fecha, se ha otorgado jerarquía constitucional a través de este mecanismo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24 820, sancionada el 30 de abril de 1997) y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25 778, sancionada el 20 de agosto de 2003).

⁴⁴ Se trata de un argumento similar al expuesto por el juez Schiffrin en el caso *Schwammberger* en relación con las normas alemanas sobre prescripción (cf. supra, punto 2.1).

⁴⁵ Cabe recordar que Zaffaroni y Highton también sostuvieron en *Arancibia Clavel* que las razones que fundan la prescripción no son aplicables respecto de este tipo de crímenes (considerandos 19 ss.).

⁴⁶ Cf. Considerando 27. El procedimiento de *doble subsunción* al que ya se ha hecho referencia al tratar la aplicación de la costumbre internacional también se verifica en relación con la fuente convencional. Al respecto Zaffaroni expresa en *Simón*: “No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o ésta en concurso con torturas y con homicidios alevosos, es decir, de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial y juzgados conforme al Estatuto de Núrnberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos” (considerando 14).

se estaba recogiendo en el texto una norma que ya estaba vigente.⁴⁷ De este modo, los redactores de la Convención partieron de la base de que la imprescriptibilidad ya regía antes de su elaboración y que por ello no es retroactiva cuando afirma que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles “cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido” (artículo I).

Sin embargo, la Convención sí podría ser retroactiva en el ámbito estatal si se interpretara que consagra la obligación de no aplicar plazos de prescripción a los crímenes contra la humanidad cometidos antes de su entrada en vigor.

Como se ha dicho, para algunos jueces de la CSJN la existencia previa de la regla de la imprescriptibilidad en la costumbre internacional despeja cualquier cuestionamiento basado en la prohibición de retroactividad.⁴⁸ Con la misma lógica, en el caso *Lariz Iriondo*, la falta de verificación de una costumbre internacional previa a los hechos ha sido alegada como un impedimento para aplicar retroactivamente convenciones posteriores.⁴⁹

La retroactividad de la Convención sí fue afirmada claramente por otros jueces de la CSJN, aunque con diferentes argumentos frente a la prohibición de retroactividad. Así, el juez Boggiano considera que la Convención consagró expresamente el “principio de la retroactividad aparente” por la vigencia previa de la costumbre y que esa retroactividad (aplicable internamente) no puede generar problemas constitucionales por dos razones. Por un lado, la consagración constitucional de la costumbre

⁴⁷ En este mismo sentido es que en el Preámbulo de la Convención se observa “que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”.

⁴⁸ Cf. el considerando 26 del voto común de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco en *Arancibia Clavel*. Un aspecto que no queda del todo claro en la postura de estos jueces es por qué utilizan la Convención sobre Imprescriptibilidad como fundamento normativo para considerar que las normas sobre prescripción contenidas en el Código Penal (artículo 62) han quedado desplazadas, cuando ello, según afirman, ya había sucedido por imperio de la costumbre internacional y, sobre todo, cuando consideran que las obligaciones que surgen de la Convención “no resultan categóricas” con respecto a su retroactividad.

⁴⁹ Cabe destacar en este sentido lo sostenido por los jueces Zaffaroni y Maqueda en el caso *Lariz Iriondo* (10.05.2005). Allí, la CSJN debía revisar la decisión de un juez que había rechazado la extradición a España por entender que el hecho estaba prescrito. Sobre la posibilidad de catalogar como crímenes contra la humanidad —y por lo tanto, imprescriptibles— los hechos de terrorismo atribuidos a Lariz Iriondo los jueces mencionados consideraron que el concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido y que, a diferencia de los crímenes contra la humanidad, no podía afirmarse que el terrorismo fuera un crimen definido por el derecho internacional consuetudinario antes de ser recogido en convenciones internacionales. Agregaron: “[E]sta Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención” (cf. considerando 30, sin cursiva en el original).

internacional (artículo 118) que ya regía con anterioridad a los hechos evita “un conflicto de leyes en el tiempo”.⁵⁰ Por otra parte, entiende que el otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención disipa cualquier posible conflicto con normas fundamentales porque, en la interpretación que Boggiano efectúa del artículo 75, inciso 22, los tratados a los que hace “referencia” esa norma constitucional (y que rigen “en las condiciones de su vigencia”) “son la Constitución misma”, y su compatibilidad constitucional ya fue analizada por el constituyente.

La aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad también fue defendida por la jueza Argibay en el caso *Simón*. Para esta jueza la Convención “fue dictada con la manifiesta intención de tener efecto retroactivo”. El voto de Argibay es el único en el que se sostiene la *retroactividad material* de la Convención: en ningún momento se recurre a la idea de la vigencia previa de una norma consuetudinaria. Otra particularidad de su argumentación es que se manifiesta a favor de considerar correcta la antigua doctrina de la CSJN que consideraba que las normas sobre prescripción no están alcanzadas por la prohibición de leyes *ex post facto* consagrada en el artículo 18 de la CN. Argibay brinda los argumentos por los cuales entiende que la aplicación retroactiva de la Convención no produce ninguno de los “males” que el principio de legalidad pretende evitar. En particular, frente a uno de los fundamentos en los que suele apoyarse la prohibición de retroactividad, expresa:

[...] la ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad en 1995⁵¹ no puede tomarse como una manipulación del derecho que afecte su imparcialidad al instaurar una persecución selectiva o discriminatoria, pues la Convención se encontraba aprobada por la Asamblea de la ONU desde 1968 y en cualquier momento que hubiese sido ratificada por Argentina, antes o después de la comisión de los hechos de esta causa, el efecto hubiera sido [...] el mismo, a saber: el de implantar la imprescriptibilidad retroactiva y prospectiva para los delitos de lesa humanidad cometidos en territorio argentino. Por lo tanto, al ser indiferente el momento de su ratificación, no puede alegarse manipulación alguna por el hecho de habérsela llevado a cabo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa.⁵²

⁵⁰ Cf. considerandos 29 ss. de su voto en el caso *Arancibia Clavel*. Boggiano afirma que “el conflicto es solo aparente por las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial” (cf. considerando 30; el destacado final se agrega). Boggiano no da razones que justifiquen la supuesta vigencia “inmemorial” de esas normas.

⁵¹ Cabe aclarar que en 1995 se dictó el acto legislativo necesario para la posterior ratificación de la Convención. Sin embargo, ésta ocurrió en agosto de 2003 y no en 1995 como dice el voto citado.

⁵² Cf. considerando 16, donde Argibay expresa también que el fundamento político del principio de legalidad se observa en el caso dado que el Congreso intervino tanto en la aprobación de la Convención como en el otorgamiento de jerarquía constitucional. Asimismo, argumenta que no se viola el principio de culpabilidad dado que “no se altera el marco de ilicitud que

Si bien es cierto que la retroactividad no habría sido creada por el legislador argentino —y, en este sentido, no habría “manipulado” el derecho—, la propia introducción al ordenamiento jurídico de una norma retroactiva podría ser vista como una manipulación del derecho. En este sentido la ratificación de la Convención por Argentina podría entenderse como un acto con contenido normativo realizado “bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por enjuiciar” y, más aún, llevado a cabo con el fin de lograr la aplicación de la Convención (hasta ese momento inaplicable) a hechos pasados. Este posible cuestionamiento no fue abordado por la jueza Argibay.

Los jueces que han rechazado la aplicación retroactiva de la Convención se basaron en la vigencia del *nullum crimen* (artículo 18 CN) también en este ámbito y, a su vez, negaron que la jerarquía constitucional otorgada a ese instrumento en el año 2003 por el Congreso de la Nación en los términos del artículo 75.22 pudiera alterar esa conclusión. Para estos jueces, los derechos y garantías establecidos en la primera parte de la CN (entre los que se encuentra el principio de legalidad) no pueden entenderse en ningún caso menoscabados por la elevación a rango constitucional de instrumentos internacionales.

2.3. La CADH como fundamento de la imprescriptibilidad

La relevancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en materia de prescripción se ha tornado evidente a partir del caso *Barrios Altos*, en el que la Corte Interamericana sostuvo que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”. Sin perjuicio de las discusiones que genera el modo en que la Corte Interamericana ha construido y aplicado esa doctrina, es claro que el intento de fundar en la CADH la imprescriptibilidad de la acción penal para hechos cometidos en un Estado es problemático frente a la prohibición de retroactividad.

el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan”, ni hay “una frustración de la confianza en el derecho que cabe asegurar a todo ciudadano fiel a las normas, porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional”.

Es llamativo el hecho de que la mayoría de los jueces de la CSJN que en los casos *Arancibia Clavel* y *Simón* sostuvieron la imprescriptibilidad y mencionaron, entre los fundamentos, las obligaciones de investigar y de sancionar que surgen de la CADH omitieran toda referencia a la retroactividad de ese instrumento, pese a tratarse de un aspecto evidente puesto que los hechos se cometieron durante la década de 1970, es decir, con anterioridad a la ratificación de la CADH por la República Argentina.⁵³ Esta omisión puede deberse tanto al hecho de que la referencia a la CADH no haya sido considerada un argumento central como a la falta de claridad que, en general, se observa en los fundamentos de esos fallos.⁵⁴

Solamente en los votos del juez Petracchi la CADH se convierte en el argumento principal para sostener la inaplicabilidad de las reglas de prescripción del artículo 62 del Código Penal. La argumentación es sin duda peculiar, ya que utiliza a la CADH como fundamento para aplicar retroactivamente la Convención sobre Imprescriptibilidad.

Como se recordará, este juez había rechazado en *Priebke* la aplicación de la imprescriptibilidad consagrada en el derecho de gentes dado que los delitos definidos en ese ámbito no tenían una pena prevista en tal derecho, vacío que no podía llenarse mediante una remisión a las penas de los delitos ordinarios, pues a su entender no era posible “combinar ambas categorías de delitos” —esto es, los del derecho de gentes con los de la legislación nacional—. Por otro lado, Petracchi había rechazado la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad a los “delitos afines” con las figuras del derecho de gentes, por entender que operaba a su respecto la prohibición de retroactividad. En *Arancibia Clavel* y en *Simón*, Petracchi argumentó que el rechazo a la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad sostenido en *Priebke* “a la luz de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya no puede ser mantenid[o] frente al derecho internacional”.⁵⁵

⁵³ Cf., por ejemplo, los votos de los jueces Maqueda (considerando 90), Highton (considerando 32), Lorenzetti (considerando 32) y Zaffaroni (considerando 14) en el fallo *Simón*. Zaffaroni y Highton se refieren a la CADH con mayor amplitud en su voto conjunto en *Arancibia Clavel* aunque el único argumento que brindan es que la aplicación de normas de prescripción constituiría una violación del deber de perseguir y comprometería la responsabilidad internacional del Estado (considerando 36). Estos jueces no explican, sin embargo, por qué existe el deber de aplicar la imprescriptibilidad con relación a hechos ocurridos antes de la ratificación de la CADH.

⁵⁴ No puede decirse lo mismo respecto de los votos del juez disidente Carlos Fayt, que se destacan por seguir una línea argumental muy clara.

⁵⁵ Petracchi se encarga de explicar su cambio de postura expresando: “en mi disidencia en ese caso consideré que la criminalidad *lato sensu* que deriva de las calificaciones de ‘delitos de lesa humanidad’ en general del derecho de gentes no resulta suficiente para producir efectos como los que se pretendía, en la medida en que no exista una previsión de pena en sentido

Resolvió, entonces, que las reglas de prescripción previstas en el Código Penal quedaban desplazadas por la Convención sobre Imprescriptibilidad.⁵⁶

El argumento es algo extraño por cuanto utiliza un tratado (CADH) para aplicar otro (Convención sobre Imprescriptibilidad) retroactivamente. Petracchi, sin embargo, no explica por qué la CADH podría tener ese efecto, con lo cual el razonamiento parece apoyado en un “salto mágico”.⁵⁷ Curiosamente, la jurisprudencia posterior de la Corte Interamericana parece haberle dado la razón a Petracchi —al menos en parte—, dado que ese tribunal internacional no sólo dejó establecido que las obligaciones que emanan de los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH impiden aplicar reglas sobre prescripción también a casos cometidos *antes de la ratificación* de la CADH por el Estado, sino que además consideró obligatoria la aplicación interna de la norma de *ius cogens* que establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.⁵⁸ De este modo, la interpretación de la Corte Interamericana establece el deber de aplicar el DPI —al menos las normas imperativas (*ius cogens*)— como parte del deber de investigar y sancionar que surge de la CADH. Y, además, ese deber se aplica incluso con relación a hechos ocurridos antes de la ratificación de la CADH por el Estado de que se trate.

Mas allá de si el uso de la CADH por Petracchi es o no correcto de acuerdo con la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana, subsiste el problema constitucional de la prohibición de normas *ex post facto*, dado que tanto la Convención sobre Imprescriptibilidad como la CADH son normas cuya vigencia interna es posterior a los hechos. Al respecto Petracchi sostuvo en *Simón* que “la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de ‘irretroactividad’ de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”.⁵⁹ Sin duda, una afirmación como

estricto, independiente de la subsunción en los tipos penales del derecho interno. Tal como lo expresé, no es posible combinar ambas categorías e incorporar la imprescriptibilidad prevista en el derecho internacional a los tipos generales del código penal. Desde otro punto de vista, y si bien en ese momento la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aún no se encontraba debidamente incorporada al orden jurídico interno también rechazé su posible aplicación retroactiva con efecto derogatorio del artículo 62, Código Penal” (cf. considerando 22 del voto del juez Petracchi en *Arancibia Clavel*).

⁵⁶ Obsérvense los considerandos 24 y 30 de los votos de este juez en los casos *Arancibia Clavel* y *Simón*, respectivamente.

⁵⁷ Por otra parte, si el fundamento es la CADH, no se explica por qué no es ese instrumento el que desplaza a las normas sobre prescripción. En otras palabras: ¿por qué utilizar la CADH para fundar la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad en lugar de decidir el caso directamente sobre la base de la CADH? Y, a la inversa, si la CADH puede tener un efecto retroactivo, ¿por qué no puede ser retroactiva la Convención sobre Imprescriptibilidad?

⁵⁸ Cf., sentencia del 26 de setiembre en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, § 146-157.g.

⁵⁹ Considerando 31.

esa justificaba un mayor tratamiento de la cuestión constitucional. Sin embargo, Petracchi sólo menciona en su voto que la CADH tiene rango constitucional (artículo 75.22), circunstancia sobre la que no profundiza. Por otra parte, manifiesta que está en juego la *responsabilidad internacional del Estado*, argumento que suele encontrarse en la jurisprudencia nacional de los últimos tiempos para justificar la aplicación de normas o el cumplimiento de deberes internacionales que podrían generar problemas de constitucionalidad.⁶⁰

3. Amnistías e indultos

Otro capítulo relevante en la historia de la persecución penal de los hechos cometidos por la dictadura militar se refiere a las sucesivas normas de impunidad que fueron dictándose y al modo en que los obstáculos normativos para el avance de los procesos que esas normas impusieron fueron superándose. Como se intentará reflejar a continuación, la relevancia del derecho internacional en la discusión de la validez de estas normas sólo aparece nítidamente en la jurisprudencia nacional de los últimos años.

3.1. La ley de autoamnistía

En primer término, debe mencionarse la *autoamnistía* dictada por el régimen militar poco tiempo antes de su finalización. Tal como ocurrió en otros países de la región, el sistema de represión se apoyó en la actuación clandestina del Estado.⁶¹ En el marco de esa actuación clandestina los agentes estatales involucrados realizaron múltiples hechos con relevancia penal. En este sentido, cabe recordar que la dictadura no estableció una legislación que pretendiera eliminar el carácter delictivo de esas

⁶⁰ Este argumento de la responsabilidad internacional parece sustituir el modo de razonar las cuestiones de constitucionalidad sobre la base de la jerarquía de las normas.

⁶¹ No debe olvidarse, sin embargo, que al lado de este sistema *clandestino* de represión, el gobierno militar utilizó como metodología de represión política la detención prolongada de miles de personas a través de su puesta “a disposición” del Poder Ejecutivo Nacional. En estos casos, las detenciones eran ordenadas mediante decretos que pretendían fundarse en la facultad de arresto que la Constitución Nacional concede al presidente de la Nación en caso de estado de sitio (artículo 23 CN).

conductas —lo que, quizás, hubiese sido contradictorio con la clandestinidad propia del sistema represivo—. Para el gobierno dictatorial existía, entonces, el riesgo de que se persiguieran penalmente esos hechos luego de la asunción del gobierno *de iure*. Ello llevó al gobierno militar a dictar la Ley de Pacificación Nacional —denominada comúnmente como *ley de autoamnistía*— mediante la cual se declararon “extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982” y de “todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado”.⁶²

Esta norma, sin embargo, no significó un gran escollo para el avance de los procesos, dado que fue rápidamente invalidada. Algunos jueces declararon su inconstitucionalidad días antes de la asunción de las autoridades electas. A su vez, el nuevo gobierno impulsó un proyecto de ley para anular la *autoamnistía*. Así fue que el Congreso sancionó el 22 de diciembre de 1983 la ley 23 040, que derogó por inconstitucional y declaró insanablemente nula la ley de facto 22 924.⁶³ Esta decisión legislativa fue convalidada luego por el Poder Judicial.⁶⁴ Los argumentos jurídicos para sostener la validez de la ley 23 040 y la invalidez de la *autoamnistía* no se apoyaron en normas de derecho internacional, sino que se centraron básicamente en su carácter de norma *de facto*, en que era fruto del abuso de poder y en que, al sustraer del conocimiento del Poder Judicial los hechos cometidos, la norma perfeccionaba la

⁶² Cf. la “ley” de facto 22 924, publicada en el *Boletín Oficial* el 27 de setiembre de 1983, que disponía: “Artículo 1. Decláranse extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Los beneficios otorgados por esta ley se extienden, asimismo, a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanzan a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores y comprende a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos”.

⁶³ La ley 23 040, publicada en el *Boletín Oficial* el 29.12.1983, dispuso asimismo que la ley de facto 22 924 carecía de efectos jurídicos “para el juzgamiento de las responsabilidades penal, civil, administrativa y militar emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable el principio de la ley penal más benigna establecido en el artículo 2 del Código Penal”, y se aclaraba que ello no se alteraba por la existencia de decisiones judiciales firmes que hubiesen aplicado la ley de facto 22.924” (artículo 2).

⁶⁴ Cf. el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal dictado el 4.10.1984 en la causa “Fernández Marino, A. y Argemi, Raúl, s/ tenencia de arma de guerra y falsificación de documento”; el fallo de la Sala II del tribunal mencionado, dictada el día 6.3.1985 en la causa “Rolando Vieira, Domingo Manuel y otros, s/ infracción artículos 189 bis y 292 del Código Penal” y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registrada en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 309, pp. 1689 ss.

suma del poder público, circunstancia que —se sostuvo— habilitaba al dictado de la nulidad prevista en el artículo 29 de la Constitución Nacional.⁶⁵

3.2. Las leyes de “punto final” y de “obediencia debida”

A partir de la anulación de la *ley de autoamnistía* se produjo cierto avance en la investigación penal de los hechos⁶⁶ y llegaron a imponerse algunas condenas. El proceso penal más importante fue el juicio a los integrantes de las tres primeras juntas militares (conocido también como *juicio a los comandantes*). Luego de la sentencia dictada en este juicio⁶⁷ el gobierno impulsó varias medidas para limitar el avance de los procesos, entre las que se destacan las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.

Mediante la Ley de Punto Final se dispuso la extinción de la acción penal para los delitos cometidos por personal de las fuerzas armadas y de seguridad entre el 24 de marzo de 1976 y el 26 de setiembre de 1983, “en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir al terrorismo”. Como condición para gozar del beneficio consagrado en esa ley se requería que la persona no estuviese prófuga, declarada en rebeldía o que no se ordenara su citación a prestar declaración indagatoria antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la ley.⁶⁸ La estrategia del gobierno se vio en parte frustrada porque dentro del plazo referido se produjeron numerosas citaciones a prestar declaración indagatoria. Meses después, y

⁶⁵ El artículo 29 de la CN expresa: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”. Sobre la interpretación y aplicación del artículo 29 de la CN, véase Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 272 y ss. y 472 ss.; Marcelo Sancinetti: “Observaciones sobre las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución Nacional”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, año IX, n.º 16, 2003, pp. 49 ss.

⁶⁶ Aun con las limitaciones impuestas por la atribución de competencia a la jurisdicción militar (cf. el decreto 158/83 y la ley 23 049).

⁶⁷ La sentencia fue dictada por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal dictada el 9 de diciembre de 1985 en “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del PEN”, registrada en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 309, pp. 5 ss. Esta sentencia fue confirmada por la CSJN con la única salvedad de que ciertos hechos se consideraron prescritos.

⁶⁸ La ley 23 492 (*Boletín Oficial*, 29.12.1986) disponía en su artículo 1: “Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la ley 23 049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley”. El mencionado artículo 10 de la ley 23 049 se refiere a los “delitos cometidos por personal de las fuerzas armadas y de seguridad, entre el 24 de marzo de 1976 y el 26 de setiembre de 1983, en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir al terrorismo”.

luego de un alzamiento militar, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso el proyecto de Ley de Obediencia Debida, que fue sancionado el 4 de junio de 1987.⁶⁹ Esa ley dispuso, sin admitir prueba en contrario, la presunción de que el personal de las fuerzas armadas y de seguridad hasta cierto grado jerárquico había actuado en virtud de obediencia debida, razón por la cual no era “punible”. La ley agregaba que “se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”.⁷⁰

La Ley de Obediencia Debida fue convalidada pocos días después por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al revisar la condena dictada por la Cámara Federal contra algunos militares y policías.⁷¹ La mayoría de la Corte entendió que el dictado de esa norma estaba dentro de las facultades propias del Poder Legislativo. Resultan ilustrativas del modo en que se analizó la cuestión las palabras del juez Petracchi cuando señaló en su voto:

[...] es preciso advertir que la ley no puede interpretarse con olvido de la particular coyuntura política que la motiva, ni con indiferencia de los efectos que podría desencadenar su invalidación por este tribunal [...] no obstante las graves deficiencias de que adolece la norma en estudio, esta Corte no puede desconocer que, más allá de la letra de la ley, existe una clara decisión política del legislador, cuyo acierto o error no corresponde al Poder Judicial evaluar.⁷²

⁶⁹ La ley 23 521 (*Boletín Oficial*, 9.6.1987) establecía: “Artículo 1. Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1 de la ley 23 049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”.

⁷⁰ La Ley de Punto Final no abarcaba los delitos de sustracción de menores y sustitución de la identidad y la Ley de Obediencia Debida dejaba fuera de su alcance los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores, sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles; asimismo, dejaba fuera de su alcance a todos los delitos cometidos por quienes tenían cargos superiores a los rangos definidos por la ley o por quienes hubiesen tenido capacidad decisoria o hubieran intervenido en la elaboración de las órdenes (extremo que debía verificarse antes de los 30 días de promulgada la ley).

⁷¹ Sentencia del 22 de junio de 1987 en “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional”.

⁷² Cf. considerando 34.

Si se analizan los argumentos expuestos en este fallo y en otros posteriores, se advierte que los cuestionamientos a la ley de obediencia debida: a) se basan predominantemente en normas de derecho nacional, y b) no atacan frontalmente la facultad de dictar normas que consagren la impunidad de cierta clase de hechos, sino que se basan en otras características de la ley que la tornarían inválida: la falta de generalidad que se requeriría para que fuera considerada una amnistía, la usurpación de funciones judiciales por el Poder Legislativo al dictar una norma que materialmente es una sentencia, toda vez que fija los hechos (que se cumplieron órdenes superiores, que no existía posibilidad de inspección de su contenido antijurídico, que existió coerción, etcétera) y resuelve acerca de la relevancia jurídica de las circunstancias fácticas mencionadas (las conductas “no son punibles”).⁷³

Como excepción puede mencionarse el intento de descalificar la Ley de Obediencia Debida sobre la base de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes, firmada por Argentina antes de la sanción de la ley 23 521, pero ratificada poco tiempo después.⁷⁴

⁷³ Como bien ha observado Marcelo Sancinetti la Ley de Obediencia Debida como sentencia era, además, incorrecta, ya que consideraba “no punibles” conductas que de ningún modo podían quedar exentas de pena por obediencia debida dado que las acciones ordenadas eran manifiestamente ilegítimas (ver *infra*, punto 4).

⁷⁴ Así en el fallo dictado el 29.3.1988 en el caso “ESMA, Hechos que se denunciaron como ocurridos” (cf. *El Derecho*, t. 129, p. 492) la mayoría de la Corte rechazó una impugnación basada en la Convención contra la Tortura argumentando que “si se entendiera —como se pretende— que el artículo 2.º, § 2.º *in fine* de la citada convención excluye de la legislación penal argentina la eximente de la obediencia debida en el caso del delito de tortura, no parece disputable que esa norma *ex post facto* vendría a modificar nuestra legislación, resultaría más gravosa y, por tanto, inaplicable al caso por imperio del artículo 2.º del Código Penal, desde que la norma legal que puso en vigor el tratado no alteró ese principio general inexcusable” (considerando 4.º del voto mayoritario y 4.º del voto concurrente del juez Petracchi). En el caso *Raffo* volvió a plantearse la cuestión en términos similares a los del caso *ESMA*. La mayoría se remitió a lo ya resuelto en ese caso, mientras que el juez Bacqué consideró que la ley 23 521 era incompatible con el artículo 2 *in fine* de la Convención contra la Tortura que proscribía la eximente de obediencia debida. En *Raffo*, Bacqué se apartó de la jurisprudencia de la Corte (que en ese momento postulaba la igualdad jerárquica entre leyes y tratados) y sostuvo la mayor jerarquía de los tratados frente a las leyes. De este modo fundó la primacía de la Convención por sobre la Ley de Obediencia Debida. Agregó, por otra parte, que la solución que proponía se veía reforzada si se tenía en cuenta que el Congreso al sancionar la ley 23 521 no había derogado expresamente el artículo 2 de la citada Convención (ver *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 311, pp. 600 ss.). Con independencia del problema de la jerarquía de los tratados frente a las leyes, es posible objetar el modo en que la Corte planteó el tema: no se trataba de analizar si la Convención contra la Tortura había eliminado la eximente de obediencia debida prevista en la legislación penal (supuesto en el que se incurriría en un caso prohibido de ley *ex post facto*), sino de considerar si esa Convención había consagrado un impedimento para el Estado de dictar normas desincriminantes de actos de tortura estatal (como la ley 23 521). Mirado el caso desde esta perspectiva, la Convención no habría modificado *ex post facto* las condiciones de punibilidad sino que habría introducido (hacia el futuro) una prohibición de dictar normas que retrajeran el poder punitivo con relación a actos de tortura oficial de manera similar a la prohibición de dictar amnistías que surge, por ejemplo, de la CADH según la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

3.3. Indultos

El alcance de la política de impunidad impulsada por el gobierno del presidente Alfonsín tuvo directa relación con su idea de que debían distinguirse *tres niveles de responsabilidad*: en primer lugar, quienes elaboraron y dieron las órdenes; en segundo lugar, quienes las cumplieron, y, finalmente, quienes las excedieron al llevar a cabo conductas no abarcadas por el plan de represión. Ello se plasmó en la Ley de Obediencia Debida, cuyo efecto fue eximir de responsabilidad penal al grupo —mayoritario— que había actuado conforme a las pautas represivas fijadas por la junta militar, esto es, quienes habían actuado cumpliendo órdenes superiores.⁷⁵ Quedaban fuera de su alcance quienes habían elaborado o dictado las órdenes y quienes habían cometido conductas que excedían el marco de esas directivas. El paso siguiente fue dado por el presidente Carlos Menem a través de una sucesión de decretos de indulto que beneficiaron a personal de alta graduación que había quedado excluido de los beneficios de las leyes anteriores.

El primer decreto de indulto fue dictado el 6 de octubre de 1989 y benefició a más de cincuenta personas que se encontraban con procesos penales en trámite (decreto 1002/89). No se trataba, por tanto, de un indulto en favor de personas condenadas, sino de personas sometidas a proceso. El indulto, por tanto, no sólo eximía de pena, sino que directamente clausuraba la investigación de los hechos mediante el proceso penal.

Sobre el final de año siguiente se dictaron nuevos indultos entre los que cabe destacar el 2741/90, que benefició a los miembros de las juntas militares que habían sido condenados en el juicio a los comandantes (causa 13/83), a dos personas condenadas en otra causa (causa 44/85) y a tres miembros de la primera junta militar que se encontraban procesados. De este modo, el decreto abarcó tanto a personas condenadas como procesadas. Asimismo, deben mencionarse los decretos 2745/90 y 2746/90, que favorecieron, respectivamente, a José Alfredo Martínez de Hoz, procesado por el delito de secuestro extorsivo, y a Guillermo Suárez Mason, quien se encontraba sometido a proceso por una gran cantidad de hechos cometidos en su carácter de jefe

⁷⁵ La Ley de Punto Final no distinguía niveles de responsabilidad y, por lo tanto, podía beneficiar no sólo a quienes se “limitaron” a cumplir órdenes sin participar en su elaboración. Sin embargo, este beneficio no podía alcanzar a los miembros de las juntas militares ya juzgados en el juicio de la Cámara Federal ni a los cuadros inmediatamente inferiores que estuvieran rebeldes, prófugos o fueran llamados a prestar declaración indagatoria dentro de los 60 días de promulgada la ley.

de una de las cinco zonas militares en las que se encontraba dividida la estructura militar utilizada para llevar a cabo la represión ilegal.

La discusión en torno de la validez de los indultos se centró en si la facultad que la Constitución Nacional otorgaba al presidente de la Nación se refería exclusivamente a personas *condenadas* o si también abarcaba la posibilidad de indultar a personas sometidas a proceso. De este modo, el debate se limitó a un aspecto formal referido en el momento en que se ejerce la facultad y no a límites materiales vinculados a la gravedad de los hechos.⁷⁶ La CSJN convalidó los indultos al entender que podrían dictarse también respecto de personas procesadas.⁷⁷

3.4. Superación de las normas de impunidad. Situación actual

Desde el punto de vista de la argumentación jurídica en contra de la validez de las normas de impunidad, es decisivo el desarrollo que ha tenido el derecho internacional en los últimos años, así como su creciente aplicación por los tribunales argentinos. Los principales argumentos para negar validez a las normas que clausuraron los procesos penales provienen, precisamente, de la jurisprudencia de los órganos de aplicación de algunos tratados sobre derechos humanos en casos en los cuales las víctimas de los delitos han denunciado a los Estados por no investigar ni sancionar penalmente a sus autores.

En el caso argentino, el primer fallo que declaró la invalidez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida fue dictado el 6 de marzo de 2001 en el marco de la investigación de la desaparición forzada del matrimonio de José Poblete y Gertrudis Hlaczik.⁷⁸ Esta decisión fue confirmada meses después por la Cámara Federal de la Capital Federal y acompañada luego por un importante número de precedentes

⁷⁶ Como bien lo ha observado Kai Ambos al expresar: “Sorprende que la totalidad de la discusión se haya concentrado en las cuestiones técnico-formales del momento en el que interviene el indulto, pero no en abordar el problema —más fundamental— de los límites jurídico-materiales, especialmente en materia de derecho internacional” (cf. *Impunidad y Derecho penal internacional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2da. ed., 1999, p. 186). Y en este sentido, sostiene: “Cuanto más temprano intervenga el indulto en un proceso, más le serán aplicables los correspondientes límites del derecho internacional vigentes para la amnistía” (o. cit., p. 142).

⁷⁷ Cf. el fallo de la CSJN en la causa *Aquino* dictado el 14.10.1992, con una mayoría de cinco jueces, contra dos que se pronunciaron por la inconstitucionalidad del indulto a procesados. Existieron también otros pronunciamientos judiciales (en instancias inferiores a la CSJN) que sostuvieron la inconstitucionalidad del indulto a procesados. Sobre ello, cf. Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 345 ss.; Lisandro Pellegrini y Agustina Rodríguez: “Límites a la facultad presidencial de indultar”, en *Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo, 2006, pp. 121 ss.

⁷⁸ Este caso es conocido como *Poblete* o bien como caso *Simón* (apellido de uno de los acusados).

en igual sentido dictados por tribunales de diversos lugares del país.⁷⁹ Finalmente, en el año 2005, fue la propia CSJN la que declaró la invalidez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida,⁸⁰ apartándose de este modo de lo que venía sosteniendo desde 1987.

Si bien los fallos que declararon la invalidez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida mencionaron diversos argumentos de derecho nacional e internacional, el argumento en el que se hace mayor hincapié es que las normas mencionadas son violatorias de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la CADH tal como los interpreta la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe recordar que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida fueron dictadas luego de la entrada en vigor de la CADH para la República Argentina. Sin embargo, en ese momento no se había desarrollado aún la jurisprudencia de la Corte Interamericana que se inició con el caso *Velásquez Rodríguez* (1998) y se consolidó a partir del caso *Barrios Altos* (2001). Es por ello que el contenido concreto de la CADH en esta materia sólo pudo ser percibido a medida que la jurisprudencia de la Corte Interamericana fue produciéndose. Si bien el primer fallo mencionado fue dictado antes de *Barrios Altos*, luego de este pronunciamiento de la Corte Interamericana la decisión de declarar inválidas las normas de impunidad se vio reforzada por los tajantes términos empleados por ese tribunal internacional al referirse a la contradicción entre la CADH y las normas que pretendan impedir la investigación y la sanción penal de graves violaciones de los derechos humanos.⁸¹

⁷⁹ Cf. el fallo del 6 de marzo de 2001 dictado por el juez Gabriel Cavallo en "Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años", causa n.º 8686/2000 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4 de la Capital Federal y el fallo de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, dictado el día 9 de noviembre de 2001, en el "Incidente de Apelación de Simón, Julio", publicados en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, año IX, n.º 16, 2003, pp. 315-480 y 481-532, respectivamente.

⁸⁰ Cf. el fallo dictado el 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*.

⁸¹ La relevancia de las sucesivas decisiones de la Corte Interamericana en las que analizó el alcance de las obligaciones de los Estados en materia de investigación y sanción penal de las graves violaciones de los derechos humanos fue señalada en el fallo *Simón* por el juez Petracchi al explicar su cambio de posición respecto de lo que había sostenido años antes. Expresa este juez que, si bien el caso *Velásquez Rodríguez* "reconoció con claridad el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones concretas de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos" (cf. considerando 19). Una interpretación distinta sostuvo el juez Fayt en *Simón* al considerar que la jurisprudencia de la CADH no tenía el alcance que la mayoría le otorgaba. Para este juez la Ley de Obediencia Debida tiene diferencias de origen y de efectos con las normas de impunidad que fueron objeto de pronunciamiento por parte de la CADH.

La jurisprudencia argentina también ha señalado que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida son violatorias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y que frustran el objeto y fin de la Convención contra la Tortura, instrumento que había sido firmado por Argentina en el momento de sanción de las leyes pero que fue ratificado días después de la publicación de la ley de Obediencia Debida.⁸² Asimismo, pueden encontrarse en la jurisprudencia alusiones al deber del Estado de perseguir penalmente los hechos en razón de tratarse de crímenes contra la humanidad, deber que se violaría en caso de concederse valor a las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.

Finalmente, cabe señalar que en agosto de 2003 el Congreso sancionó la ley 25 779 mediante la cual “declaró” la “nulidad insanable” de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.⁸³ La sanción de esta ley luego de la existencia de varios fallos que ya se habían pronunciado por la inconstitucionalidad y la nulidad de esas normas introdujo un nuevo fundamento normativo que fue empleado en ciertos pronunciamientos judiciales y que aparece discutido en varios votos de los jueces de la CSJN en el fallo *Simón*. Si bien cinco jueces de la CSJN declaran en ese caso la validez de la ley 25 779, no todos sostienen la misma interpretación de esa norma ni le confieren el mismo valor, y solamente en el voto del juez Zaffaroni la ley 25 779 parece tener una incidencia relevante para la solución del caso.⁸⁴

⁸² De este modo, se afirma, se habría violado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 18). Este argumento ya había sido mencionado por Marcelo Sancinetti en *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires: Lerner, 1988, pp. 126 ss.

⁸³ La ley 25 779 exhibe cierto paralelismo con la ley 23.049 que derogó por inconstitucional y declaró insanablemente nula la ley de autoamnistía dictada por el gobierno militar. Una diferencia entre ambas leyes es que la ley 23 049 anuló una norma dictada por un gobierno *de facto*, mientras que la ley 25 779 declaró la nulidad de dos leyes dictadas por el órgano constitucionalmente habilitado para legislar. Otra diferencia que puede mencionarse es que la ley 25 779 no derogó las leyes de punto final y de obediencia debida. Ello ya había ocurrido a partir de la sanción de la ley 24 952 (*Boletín Oficial*, 17.4.98). Esta mera derogación, sin embargo, no produjo el efecto de que esas leyes se tornaran inaplicables dado que mantuvieron efectos ultraactivos por tratarse de leyes (intermedias) más benignas.

⁸⁴ En los votos de otros jueces la referencia a la ley 25 779 no parece decisiva a efectos de fundar la declaración de invalidez de las leyes de punto final y de obediencia debida. Esto se observa con mayor nitidez en el voto del juez Petracchi, quien considera que la ley 25 779 es una mera declaración del Congreso. Asimismo expresa que, aunque la ley sería violatoria de la división de poderes, no cabe dictar su inconstitucionalidad en razón de que, con prescindencia de esa ley, ya existen fundamentos para declarar la nulidad de las leyes de punto final y de obediencia debida. En palabras de Petracchi: “[...] en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío. Por lo demás, de ese modo se perdería de vista que el sentido de la ley no es otro que el de formular una *declaración* del Congreso sobre el tema y que, de hecho, la ‘ley’ sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23 492 y 23 521” (considerando 34). El único juez que se pronunció por la inconstitucionalidad de la ley 25 779 fue Carlos S. Fayt, quien consideró que el Congreso de la Nación no está facultado para privar de efectos a una norma de modo retroactivo, función que está a cargo de los tribunales de justicia en cada caso concreto (considerandos 9 ss.).

También se ha declarado la invalidez de los indultos a procesados. Así lo han decidido varios jueces de instrucción, algunas cámaras de apelaciones y, posteriormente, la Cámara Nacional de Casación Penal⁸⁵ y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Mazzeo*.⁸⁶

Entre los argumentos expuestos en estos precedentes puede encontrarse el que ya había sido utilizado en la época en que los indultos fueron sancionados, basado en la inexistencia de la facultad presidencial de indultar a personas procesadas, al que se suman todos aquellos empleados en contra de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida relativos al deber de investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos, aspecto destacado especialmente en el fallo adoptado por la CSJN en el caso *Mazzeo*.

Queda por definir aún la situación de los indultos dictados en favor de personas condenadas, situación que cabe distinguir de la anterior dado que lo que está en discusión no es si se ha cumplido el deber de investigar y juzgar, sino si existe un deber de que la pena sea efectivamente cumplida en su totalidad. La Cámara Federal de la Capital Federal ya se ha pronunciado por la inconstitucionalidad del indulto 2741/90 que favoreció a los condenados en el juicio a las juntas militares y dispuso la continuación del cumplimiento de la pena.⁸⁷

⁸⁵ Cf. fallo dictado el día 15 de setiembre de 2006 por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en el expediente "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad", en el que se declara la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 que beneficiaba a Santiago Omar Riveros. En el fallo la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP) deja de lado la cosa juzgada alegada por la defensa de Riveros. En efecto, la defensa planteó que la decisión de aplicar el indulto en favor de Riveros ya había sido discutida en esta causa y había quedado firme con el rechazo por la CSJN del recurso de la parte acusadora por haber sido "mal concedido" (cf. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 313, pp. 1392 ss.). Al tratar este planteo de la defensa, la CNCP expresó: "Institutos tales como la prescripción de la acción penal o la cosa juzgada en casos en los que paradójicamente se obstruyó el derecho de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad a una tutela judicial efectiva, requieren para juzgar su validez, observar cuáles son las consecuencias que generan. La cosa juzgada, en el presente caso, constituye para Santiago Omar Riveros un beneficio que no es otro que la misma detracción de derechos fundamentales de otros sujetos, es decir que se puedan investigar las violaciones a atributos elementales de los seres humanos, determinar quienes fueron sus responsables y aplicar las sanciones que correspondan".

⁸⁶ Cf. la sentencia dictada el 13 de julio de 2007 en el expediente "Mazzeo, Julio Lilo y otros". En este fallo cuatro jueces se pronunciaron por la inconstitucionalidad del indulto 1002/89 dictado en favor de personas procesadas en el momento de su otorgamiento y decidieron dejar de lado la cosa juzgada. En este sentido ya se habían pronunciado la Cámara Nacional de Casación Penal (cf. la nota anterior) y el procurador general de la Nación en su dictamen del día 4 de mayo de 2007 en este mismo caso. En todas estas decisiones se justificó la restricción a la cosa juzgada con base en normas del DPI y del DIDH que establecen el deber de investigar y sancionar penalmente las graves violaciones a los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad. En disidencia votaron los jueces Carlos Fayt y Carmen Argibay, quienes afirmaron la imposibilidad de modificar en perjuicio del acusado una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

⁸⁷ Cf. la decisión de la Cámara Federal en pleno dictada el 25 de abril de 2007 en la causa 13/84.

4. Cumplimiento de órdenes superiores

El cumplimiento de órdenes superiores no ha sido reconocido por la jurisprudencia argentina como eximente de responsabilidad en caso de órdenes manifiestamente ilegales. Es por ello que no ha tenido relevancia respecto de conductas constitutivas de crímenes de derecho internacional. En este sentido, el empleo de la “obediencia debida” en la ley 23 521, como causal para considerar “no punibles” los hechos cometidos en el marco de la dictadura argentina, se alejó del alcance que se le ha reconocido a la categoría en la jurisprudencia argentina.⁸⁸

5. Inmunidades

En la República Argentina existen inmunidades vinculadas al ejercicio de ciertos cargos públicos y que dejan de operar con la finalización del desempeño en el cargo. No existe jurisprudencia sobre estas inmunidades específicamente relacionada con crímenes de derecho internacional.

6. Jurisdicción militar o jurisdicción civil

Una de las primeras discusiones que surgieron en torno de la persecución penal de los crímenes de la dictadura (1976-1983) fue la de qué tribunales eran competentes. Si bien ya existían algunas causas iniciadas ante los juzgados penales, el gobierno

⁸⁸ Un amplio tratamiento de la cuestión fue realizado por Marcelo Sancinetti en *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires: Lerner, 1988, pp. 91 ss. También puede verse el voto del juez Bacqué en el fallo de la CSJN “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional”, donde este juez sostuvo la inconstitucionalidad de la ley 23 521 de Obediencia Debida con amplias referencias a esa categoría jurídica (cf. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 310, pp. 1162 ss.).

impulsó la intervención de los tribunales militares.⁸⁹ Por un lado, el presidente de la Nación (Raúl Alfonsín) dictó decretos que ordenaban juzgamientos ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Por otro, envió al Congreso un proyecto de reforma del Código de Justicia Militar que restringía la competencia de los tribunales militares sólo para hechos futuros. Desde un punto de vista político, el gobierno sostenía la tesis de la “autodepuración” por los propios militares; desde un punto de vista jurídico, defendía la idea de que la competencia para juzgar los crímenes de la dictadura correspondía a los tribunales castrenses y que, por lo tanto, llevar los casos ante la justicia civil lesionaba el principio del “juez natural” consagrado constitucionalmente (artículo 18). Con todo, el proyecto de reforma al Código de Justicia Militar elaborado por el Poder Ejecutivo incorporaba, respecto de los hechos de la dictadura, un recurso contra la sentencia del Consejo Supremo para su revisión ante la Cámara Federal correspondiente según el lugar del hecho. Al tratarse este proyecto en el Congreso, se agregó una disposición que permitía a las Cámaras de Apelaciones Federales asumir el conocimiento del proceso en caso de advertir “una demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio” (artículo 10 de la ley 23049). De este modo, se fijaba la competencia originaria de los tribunales militares y la posible asunción del proceso por los tribunales penales (Cámaras de Apelaciones Federales).⁹⁰

Este mecanismo generó críticas desde diversos puntos de vista. Por un lado, se criticaba la intervención de los tribunales militares para juzgar delitos comunes o hechos respecto de los cuales la competencia de los tribunales militares era muy discutible. Por otro, se criticaba que si —como sostenía el gobierno— la intervención de los tribunales penales de la justicia civil violaba la garantía del juez natural, entonces también era violatoria de dicha garantía la reforma introducida al Código de Justicia Militar (CJM) que autorizaba a las Cámaras Federales a asumir el proceso.

Tanto la intervención de los tribunales militares como la posterior asunción del proceso por la justicia civil fueron convalidadas por la CSJN.

Tiempo después, a partir de la entrada en vigor de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,⁹¹ la jurisprudencia comenzó a sostener

⁸⁹ Se trata de tribunales que no integran el Poder Judicial de la Nación, sino el Poder Ejecutivo.

⁹⁰ Precisamente, la introducción en la Ley de Reforma al CJM de esta facultad de avocación por parte de las Cámaras Federales fue la que posibilitó el juicio a los comandantes —entre otros procesos— por parte de la Cámara Federal de la Capital Federal.

⁹¹ La Convención fue aprobada por ley 24 556 del 18.10.1995 y se le otorgó jerarquía constitucional mediante la ley 24 820.

que era la justicia penal federal la que debía intervenir. El principal argumento se apoya en la regla contenida en el artículo IX de la Convención, que proscribe la intervención de tribunales militares en casos de desaparición forzada de personas.⁹²

La atribución de competencia a los tribunales penales federales fue ratificada por la CSJN en los fallos *Nicolaidis* y *Videla*.⁹³ En estos precedentes, tanto el procurador general de la Nación como parte de los jueces de la CSJN se basaron en la aplicación del artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁹⁴ y reiteraron la doctrina del más alto tribunal argentino acerca de que las normas sobre competencia son aplicables inmediatamente y que no hay un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal. Conforme esta doctrina, la garantía del juez natural (artículo 18, CN) no prohíbe el dictado de normas que modifiquen la competencia de los tribunales, siempre que se trate de tribunales permanentes. Esta postura fue confirmada por la mayoría de la CSJN en el fallo *Mazzeo* dictado el 13 de julio de 2007.⁹⁵

Actualmente todos los procesos penales por las violaciones de los derechos humanos cometidos por la dictadura se siguen ante los tribunales penales federales.⁹⁶

⁹² El artículo IX de la Convención dispone: “Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares”.

⁹³ Fallos dictados el 2.08.2000 y el 21.8.2003, respectivamente.

⁹⁴ Cf. los votos de los jueces Petracchi y Boggiano en el fallo *Nicolaidis* y de los jueces Petracchi, Boggiano y Maqueda en el fallo *Videla*. Otros jueces ratificaron la intervención de los tribunales penales federales (que venían actuando) sobre la base de razones de “economía procesal”. Si bien no se refirieron a la relevancia de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al menos no observaron una violación a la garantía de juez natural (artículo 18, CN) dado que en ese caso deberían haber desechado la intervención de los tribunales penales federales (cf. votos de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Fayt en el caso *Nicolaidis*).

⁹⁵ Cf. los votos de los jueces Argibay, Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni en la causa “*Mazzeo*, Julio Lilo y otros”.

⁹⁶ Cabe agregar que, en un fallo del 6 de marzo de 2007, tres jueces de la CSJN se pronunciaron por la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar en tanto otorga competencia a los tribunales militares —dependientes del Poder Ejecutivo de la Nación— para juzgar delitos (cf. “Recurso de hecho deducido por la defensa de Ramón Ángel López en la causa López, Ramón Ángel s/ recurso del artículo 445 bis del Código de Justicia Militar —causa n.º 2845—”).

7 • Comisiones para averiguar la verdad y derecho a la verdad

7.1. Comisiones creadas para averiguar la verdad

Una de las primeras medidas del gobierno posdictatorial fue la creación de una comisión en el ámbito del Poder Ejecutivo para recabar información sobre la suerte corrida por aquellas personas que habían sido víctimas del sistema de represión ilegal.⁹⁷ La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) estuvo integrada por personas que gozaban de una alta consideración ética y provenían de diversos ámbitos profesionales e ideológicos. El decreto de creación fijó como objeto de la Comisión “esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurrida en el país” (artículo 1). A su vez, estableció que la Comisión tendría como funciones recibir denuncias y pruebas, averiguar el destino de las personas desaparecidas y el paradero de niños sustraídos, denunciar a la justicia cualquier intento de ocultamiento o destrucción de pruebas y emitir, en un plazo de 180 días desde su constitución, un informe final con la explicación detallada de los hechos (artículo 2).⁹⁸ A la Comisión le estaba vedado “emitir juicios sobre hechos y circunstancias que constituyan materia exclusiva del Poder Judicial” (artículo 2).

Es importante destacar que la labor de la CONADEP no fue pensada como un mecanismo sustitutivo de la actuación judicial sino complementario, y en la práctica su trabajo fue de suma utilidad en los procesos judiciales.

La CONADEP emitió un informe en el que describió las características del sistema represivo, su metodología, la ubicación de los distintos centros clandestinos donde las víctimas eran alojadas y torturadas, y publicó un listado con los datos obtenidos acerca de la identidad de las víctimas sobre las que pudo recabar información.⁹⁹

⁹⁷ Fue creada por el presidente Alfonsín mediante el decreto 187/83 del 15 de diciembre de 1983.

⁹⁸ Este plazo, exiguo por cierto, se fijó para “[...] evitar que la dolorosa necesidad de investigar estos hechos sustraiga, más allá de cierto lapso prudencial, los esfuerzos que deben dirigirse a la tarea de afianzar en el futuro una convivencia democrática y respetuosa de la dignidad humana” (cf. los fundamentos del decreto 187/83).

⁹⁹ El Informe fue publicado bajo el título de *Nunca más*. Luego de su disolución, el archivo de la CONADEP quedó en custodia de la Subsecretaría de Derechos Humanos, creada por el decreto 3090/84 del presidente Alfonsín. En el año 2006 se publicó una nueva edición del informe *Nunca más* que incluye la información recopilada hasta ese año y actualiza el listado de víctimas y centros de detención (Cf. *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires: Eudeba, 7.ª ed., abril de 2006).

Además de la CONADEP, en distintos lugares del territorio nacional se han creado numerosos organismos con el fin de reunir información sobre la violación de derechos humanos durante la dictadura militar. En ningún caso se pretende que estos organismos sean sustitutivos de la actividad jurisdiccional.

7.2. Procesos judiciales para averiguar la verdad

El dictado de las sucesivas normas de impunidad (ley de Punto Final, ley de Obediencia Debida e indultos) tuvo el efecto de paralizar las investigaciones judiciales que se llevaban a cabo ante los tribunales penales. Si bien una interpretación estricta de estas normas no debía conducir al cierre de las investigaciones, en el Poder Judicial predominó una interpretación que estaba en sintonía con el objetivo de los poderes políticos que habían promovido y dictado esas normas: debían clausurarse los procesos penales.¹⁰⁰

La paralización de las investigaciones penales¹⁰¹ y la notoria mengua de la labor de recolección de información por comisiones no judiciales determinaron que el Estado ni juzgaba ni averiguaba la mayor parte de los hechos que afectaban a miles de personas desaparecidas y a sus familiares.¹⁰² En este marco surgieron los primeros reclamos para que los tribunales en cuyo ámbito habían quedado radicadas las causas penales dispusieran medidas de investigación tendientes a averiguar las circunstancias de la desaparición de personas y su destino. Desde un punto de vista jurídico el planteo se veía respaldado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana desarro-

¹⁰⁰ En un informe anterior ya se dejó planteado el interrogante de “hasta qué punto la búsqueda de la verdad, encarada luego mediante los llamados ‘juicios de la verdad’, no fue posible en virtud de la sanción de las leyes de impunidad. Al menos, según el contenido estricto de las leyes, las investigaciones eran posibles —y necesarias— hasta que surgieran pruebas contra una persona que, por reunir ciertas condiciones, estuviera amparada por las normas de impunidad. Pero, incluso en esa hipótesis, la investigación debía continuar a efectos de aclarar el caso hasta donde fuera posible, procurando determinar la totalidad de participantes en el hecho y verificando en cada caso si cabía o no eximir de responsabilidad penal a esas personas en virtud de la aplicación de las leyes mencionadas”. Cf. Pablo Parenti: informe “Argentina (I)” correspondiente al capítulo “Política y derecho en América Latina”, en Jörg Arnold, Jan Simon y Jan Woischnik (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 3 ss.; disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2116> (11.7.2007).

¹⁰¹ Con todo, ciertas actividades jurisdiccionales continuaron. Así, en el caso de la Cámara Federal de la Capital Federal, se tomaron algunas medidas tendientes a la identificación de personas. Estas actividades y las que se realizaron a partir de 1995 en los llamados procesos de búsqueda de la verdad, fueron descritas por el propio tribunal en la resolución del 9 de noviembre de 2001 en el caso *Simón*, en la que, sin embargo, reconoció que “la merma en la actividad jurisdiccional” vinculada con los hechos de la dictadura.

¹⁰² Como ya fue dicho en el punto 4 del presente informe, las normas de impunidad no abarcaron la totalidad de los hechos. Así fue que pudieron avanzar algunas investigaciones, entre ellas, los casos por sustracción de menores y por el llamado Plan Cóndor.

llada partir del caso *Velásquez Rodríguez* y por los informes de la Comisión Interamericana que habían mencionado el deber del Estado de averiguar lo sucedido con las personas desaparecidas.

El primer tribunal en hacer lugar a un planteo de averiguación de la verdad fue la Cámara Federal de la Capital Federal, esto es, el tribunal que había juzgado a los comandantes y a otros miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, y que conservaba las causas más importantes correspondientes a la zona en que se concentró el mayor número de víctimas de la represión. Los fundamentos de la decisión de hacer lugar a las medidas de averiguación tocan diversos aspectos. Por un lado se mencionan los derechos a la verdad, al duelo y al respeto por el cuerpo (es decir, derechos no vinculados estrictamente al proceso penal) y, por otro, se destaca la circunstancia de que era posible hallar casos no amparados por las normas de impunidad. Esta última consideración ponía de resalto que el objeto procesal, desde un punto de vista penal, no estaba agotado.

Pese a esta decisión inicial, la Cámara Federal poco tiempo después rechazó medidas de investigación propuestas por Carmen Aguiar de Lapacó, madre de una mujer desaparecida. Ello motivó la intervención de la CSJN, tribunal que, por mayoría, entendió que las medidas de investigación tendientes a comprobar un hecho delictivo no eran procedentes al haberse agotado el objeto procesal. La mayoría de la CSJN consideró que la “realización de las medidas requeridas implicaría la reapertura del proceso y el consecuente ejercicio de actividad jurisdiccional contra quienes han sido sobreseídos definitivamente por las conductas que dieron lugar a la formación de la presente causa, por lo que no se advierte el objeto del solicitado diligenciamiento, dado que carecería de toda virtualidad la acumulación de prueba de cargo sin un sujeto pasivo contra el cual pudiera hacerse valer”.¹⁰³

Esta decisión de la CSJN motivó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que culminó con un acuerdo de solución amistosa entre el Estado argentino y la peticionante. En dicho acuerdo, suscrito el 15 de noviembre de 1999, el gobierno argentino aceptó y se comprometió a garantizar el derecho a la verdad, a gestionar una normativa para que las cámaras federales de todo el país tuvieran la competencia exclusiva y a gestionar ante el Ministerio Público la designa-

¹⁰³ Cf. sentencia del 13 de agosto de 1998 en el caso *Suárez Mason* (v. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 321, pp. 2031 y ss).

ción de fiscales especiales que actuaran en los procesos de averiguación de la verdad.¹⁰⁴

Entretanto fueron abriéndose procesos para averiguar la verdad en otras jurisdicciones del país (por ejemplo, La Plata, Bahía Blanca, Mar del Plata, Mendoza, Salta).

Finalmente, este tipo de procedimientos fue convalidado tanto por la Cámara Nacional de Casación Penal¹⁰⁵ como por la CSJN,¹⁰⁶ y muchos de ellos continúan su curso incluso luego de la reapertura de los procesos penales propiamente dichos.

8. Jurisdicción universal

Si bien la jurisdicción universal de los tribunales argentinos en caso de crímenes de derecho internacional puede derivarse del artículo 118 de la CN,¹⁰⁷ no existe hasta el momento una práctica relevante.

¹⁰⁴ Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 21/00, caso 12.059, 29 de febrero de 2000, donde se reproduce el texto de acuerdo. La normativa a la que alude el acuerdo no fue dictada.

¹⁰⁵ Cf. las decisiones adoptadas por la Sala IV en los casos "Corres, Julián Oscar s/recurso de queja" (13.09.2000) y "Rivarola, Ricardo Horacio s/recurso" (21.10.2002). En el primero de ellos, dictado algunos meses después de la aprobación por la Comisión Interamericana del acuerdo de solución amistosa entre el gobierno argentino y Carmen Aguiar de Lapacó, el tribunal de casación avaló los procedimientos para averiguar la verdad y negó que ellos pudieran enmarcarse dentro de una jurisdicción "remanente" de la que ejercían las Cámaras Federales en virtud del artículo 10 de la ley 23 049, norma que había permitido la "avocación" de esos tribunales ante la inacción de los tribunales militares (véase supra). A su vez, la cámara de casación dejó sin efecto medidas coercitivas dispuestas por la Cámara Federal de Bahía Blanca contra militares que habían sido citados en carácter de testigos y que se habían negado a declarar. La Cámara Nacional de Casación Penal entendió que la garantía contra la autoincriminación operaba también en los procesos de búsqueda de la verdad. Cf., al respecto, el informe "Argentina" de Leopoldo Schiffrin correspondiente al capítulo "Derecho y política de la verdad", en Jörg Arnold, Jan Simon y Jan Woischnik (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. pp. 333 ss.; disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2116>> (11.7.2007); Daniel Pastor: *¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina*, en prensa.

¹⁰⁶ Pocos meses después del fallo en el caso *Suárez Mason*, ya citado, la CSJN en el caso *Urteaga* (15.10.1998; cf., *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 321, pp. 2767 ss.) respaldó una petición de información efectuada bajo la forma de hábeas data ante un tribunal no penal (fuero contencioso administrativo federal). Posteriormente la CSJN se pronunció sólo de modo tangencial sobre los procedimientos de averiguación de la verdad (así, por ejemplo, en el caso *Rivarola*, del 27.5.2004).

¹⁰⁷ Sobre este artículo constitucional, véase supra, punto 2.1.1.

9. Implementación del ECPI

No existe jurisprudencia.

1. Introducción

Bolivia es Estado parte de la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI). El análisis de la repercusión de tal hecho en el avance en la promoción y protección efectiva del individuo como sujeto del derecho internacional implica un análisis de la forma en que los tribunales nacionales aplican e interpretan el derecho internacional. A tiempo de la elaboración de este informe, principios de febrero de 2007, ha resurgido, con la reciente expulsión arbitraria del ciudadano cubano *Samartino*,¹ la polémica inherente al derecho internacional de los refugiados, que no obstante de ser Bolivia Estado parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (CER) y otros instrumentos internacionales inherentes desde principios de los ochenta, se constata la falta de comprensión y/o voluntad de aplicación de normas y principios fundamentales, no sólo de la mencionada rama del derecho internacional sino también de los derechos humanos, sin desmerecer los logros alcanzados.

El objeto de este informe radica en el análisis de la aplicación e interpretación del derecho penal internacional por los tribunales bolivianos. La relevancia y facilidad

¹ La Sentencia Constitucional 0037/2007-R, de 31 de enero de 2007, dispone, *inter alia*, la nulidad de la resolución Ministerial 4213 de 19 de setiembre de 2006 que determinaba la expulsión del señor Samartino.

de acceso electrónico que revisten al presente las decisiones de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y el Tribunal Constitucional (TC) hacen que este análisis, sin pretender ser exhaustivo, se concentre en las decisiones judiciales de ambos órganos jurisdiccionales.

2. Extradición y *non-refoulement*

Las solicitudes de extradición de refugiados peruanos en Bolivia motivaron cierta discusión sobre la tensión emergente entre extradición y el principio de no devolución (*non-refoulement*). Así, en un primer antecedente que puede considerarse favorable en lo que concierne al respeto del *non-refoulement*, en 1999 la CSJ declaró improcedente la solicitud de extradición por el delito de terrorismo en el caso *Mogrovejo*.² La decisión se basó en dos razones: una de forma, a saber, la falta de formalización del pedido de extradición con base en el Tratado de Montevideo de 1889 (artículos 44-46),³ interpretada por la CSJ como renuncia al derecho de solicitud, y otra de fondo, el *non-refoulement*. Si bien el fallo expresamente no lo indica, puede entenderse que la eventualidad del cumplimiento de las formalidades hubiese sido irrelevante respecto de la vigencia del principio que en la sentencia reviste un carácter absoluto, sin haberse analizado la existencia de las excepciones previstas por el artículo 33.2 CER.

No obstante, en el caso *Soto* las decisiones judiciales se apartan del referido precedente. En efecto, la procedencia de la solicitud de extradición resulta confirmada por el TC, que en revisión de la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Chuquisaca —que declaraba improcedente el recurso de amparo constitucional interpuesto por la defensora del Pueblo respecto del auto supremo de la CSJ de 1997

² Corte Suprema de Justicia, 1999-Sala Penal-1-079, sentencia de 16 de diciembre de 1999 en el asunto: Extradición del súbdito peruano Percy David Mogrovejo Pacheco - Embajada de la República del Perú, en ACNUR, «www.acnur.org/secciones/index.php» (5.1.2007).

³ Tratado de derecho penal internacional de 23 de enero de 1889, aprobado por ley de 5 de noviembre de 1903, ratificado y promulgado por ley de 25 de febrero de 1904. Principalmente, artículo 45: “El detenido será puesto en libertad si el Estado requeriente no presentase el pedido de extradición dentro de los diez días de la llegada del primer correo despachado después del pedido de arresto provisorio”.

que se había pronunciado por la procedencia de la extradición del señor Soto, a quien se había reconocido oficialmente el estatuto de refugiado en 1996—,⁴ aprobó dicha sentencia. Para ello consideró, *inter alia*, que el recurso de amparo constitucional resultaba inaplicable al caso toda vez que la protección de *non-refoulement*, motivo central del recurso, en opinión del TC,⁵ no constituía un derecho fundamental que ameritara protección inmediata ante actos ilegales u omisiones indebidas de autoridades (en este caso, judiciales) que supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de toda persona⁶ —desde luego, también de extranjeros que se encuentran en territorio nacional y más aun de refugiados, a quienes el Estado boliviano, al reconocer el estatuto de refugiado, debe otorgar una protección especial.

De ese modo, el TC no se pronunció sobre la legalidad o no del auto supremo de la CSJ que declaraba la procedencia de la extradición de un refugiado al país de origen (en este caso el Perú) precisamente respecto del cual el Estado boliviano había reconocido el estatuto de refugiado. Tampoco el contrargumento presentado por el abogado de las autoridades recurridas con relación a *non-refoulement* —en el sentido de que, toda vez que el artículo 33.1 CER no contempla la extradición, ésta no constituiría una violación al principio de no devolución—⁷ fue abordado por el TC, cuya sentencia se diluyó en aspectos formales, con lo que perdió la oportunidad de establecer una línea jurisprudencial nacional que conforme a la doctrina del derecho internacional del asilo interpretara la frase “poner en modo alguno” del mencionado artículo 33(1)⁸ en una construcción expansiva más que limitativa, que no puede dejar a la extradición fuera del alcance de la protección de *non-refoulement*,⁹ como lo reafirma la conclusión n.º 17 (XXXI) de 1980 del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que explícitamente establece que en mérito al carácter fundamental del principio de no devolución los refugiados han de ser protegidos de ser *extraditados* a un país respecto del cual tengan

⁴ Sentencia constitucional n.º 1166/00-R - Amparo Constitucional, 11 de diciembre de 2000, en *Tribunal Constitucional de Bolivia*, www.tribunalconstitucional.gov.bo/search_jur.html (ingresar en Justino Soto Vargas), (5.1.2007).

⁵ *Ibidem*, tercer considerando.

⁶ Artículo 19.I, CPE.

⁷ Sentencia constitucional, segundo considerando, nota supra 4.

⁸ Artículo 33.1: “Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

⁹ Véase, Elihu Lauterpacht y Daniel Bethlehem: “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”, en Erika Feller et al. (eds.): *Refugee Protection in International Law. UNHCR’S Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 112-113.

temores fundados de persecución en razón de alguna de las causales de inclusión del CER —por ejemplo, raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas (artículo 1.A.2).¹⁰

La relación entre extradición y el principio de no devolución, recogida en las convenciones regionales sobre extradición,¹¹ amerita consideraciones particulares *vis-à-vis* los crímenes del ECPI y el principio de complementariedad. Por ejemplo, si la extradición por dichos crímenes implicaría violación del principio de no devolución y el Estado requerido no pudiera llevar a cabo la investigación y/o enjuiciamiento del acusado —por ejemplo, por falta de adecuada implementación—,¹² la complementariedad de la Corte Penal Internacional (CPI) se presentaría como una alternativa ante el dilema de garantizar tanto la persecución penal como la protección de *non-refoulement*, siempre y cuando el caso en cuestión fuera parte de una *situación* de competencia de la CPI.¹³ Ante ésta y otras situaciones que podrían suscitarse, cualquier intento de abordar el régimen de extradición y de entrega desde los ámbitos legislativo y judicial requerirá la articulación de principios que, si bien resguardan intereses diferentes, deben actuar en “complementariedad”.¹⁴

¹⁰ Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión n.º 17 (XXXI) *Problemas de extradición que afectan a los refugiados*, en particular, c.

¹¹ Artículo 3.2, Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957. Nótese que el mencionado artículo faculta a los estados parte a denegar la extradición, aun tratándose de delitos comunes, si existen razones fundadas para creer que la extradición entraña persecución por las mismas causales de inclusión de la Convención sobre Refugiados, a excepción de la “pertenencia a determinado grupo social”. En el ámbito latinoamericano, si bien se considera también la improcedencia de la extradición ante los denominados “delitos políticos” y delitos comunes perseguidos con finalidad política (artículo 4.4), la causal genérica de improcedencia por persecución se constriñe aún más a las causales de raza, religión o nacionalidad, artículo 4.5 de la Convención Interamericana sobre Extradición de 1981.

¹² Respecto a que la carencia o inadecuada implementación del derecho penal internacional sustantivo (entendido en el sentido de comprender los crímenes del ECPI, los principios generales de derecho penal —parte III del ECPI— y las bases jurisdiccionales para la investigación y enjuiciamiento de dichos crímenes) puede acarrear la determinación de “incapacidad”, conforme a los estándares del principio de complementariedad (artículo 17.3 ECPI), véase Jan Kleffner: “The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 1, 2003, p. 89.

¹³ Sobre la persecución penal de crímenes del derecho internacional y la protección de *non-refoulement*, véase Elizabeth Santalla Vargas: “Ensuring protection and prosecution of alleged torturers: Looking for compatibility of *non-refoulement* protection and prosecution of international crimes”, en *European Journal of Migration and Law*, n.º 8, 2006, p. 41.

¹⁴ Respecto al balance entre *non-refoulement* y la persecución penal de crímenes del derecho internacional hacia un sistema uniforme de entrega, véase Geert-Jan Alexander Knops: *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2002, pp. 188-193.

3. Principio de complementariedad

Por primera vez el TC se pronunció respecto a la complementariedad de la CPI¹⁵ a raíz del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por un diputado, en el que demandaba la inconstitucionalidad de, *inter alia*, el artículo 138, segundo párrafo, del CP, que se comenta en el apartado sobre “genocidio”.

Si bien el pronunciamiento del TC es importante por cuanto constituye un primer reconocimiento expreso de la complementariedad de la CPI por el máximo órgano jurisdiccional de control constitucional, cabe notar las imprecisiones que se advierten en los dos párrafos referentes al mencionado principio, que constituye la esencia del ECPI. El TC interpreta que la complementariedad de la CPI se activa ante la ausencia de investigación o de acción penal por el estado de la jurisdicción; ausencia que asocia a la inexistencia de “disposición de actuar en el asunto”,¹⁶ es decir, a la falta de voluntad (artículo 17.2 ECPI), en el *jargon* del derecho penal internacional (DPI). Es cierto que la CPI puede actuar con carácter complementario ante la falta de voluntad del “estado de la jurisdicción”,¹⁷ pero también ante la *incapacidad* —genuina— de éste (artículo 17.3 ECPI). Por otro lado, no sólo la ausencia de investigación o acción penal pueden conllevar la determinación de “falta de voluntad”, sino también la existencia de procesos¹⁸ ficticios o falsos; por ejemplo, que tengan “el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”,¹⁹ la demora injustificada que, dadas las circunstancias, denote la falta de voluntad de procesar²⁰ al acusado (artículo 17.2.b ECPI) y un proceso²¹ que no se sustancie de manera independiente o imparcial (artículo 17.2.c ECPI).

¹⁵ Sentencia Constitucional 0034/2006, de 10 de mayo de 2006, II.3.2, en *Tribunal Constitucional*, <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo>> (en “Resoluciones” ingresar el número de la sentencia y el año) (11.01.07).

¹⁶ *Ibidem*, apartado II.3.2, sobre la supuesta vulneración al principio de taxatividad (primer párrafo).

¹⁷ Nótese que el ECPI no define cuál es el estado que normalmente ejercería jurisdicción.

¹⁸ Nótese que la versión en español del artículo 17.2.a ECPI se refiere a *juicio*, en tanto que la versión en inglés emplea el término *proceedings*, al igual que la versión en francés *procedure*, que no solamente comprende el juicio propiamente dicho (a partir de la acusación formal o auto de procesamiento) sino que involucra el proceso penal en su globalidad (incluyendo la fase de investigación). Parecería que la versión en español no empleó el término apropiado para la traducción de *proceedings*, que podía haberse traducido como *proceso penal* (teniéndose en cuenta que el inglés fue el idioma en que se llevaron a cabo las negociaciones previas a la adopción del ECPI).

¹⁹ Artículo 17.2.a ECPI.

²⁰ Amerita el mismo comentario de nota supra 18.

²¹ A diferencia de los incisos a y b, el inciso c del numeral 2 emplea el término *proceso* en la versión en español, resultando un equivalente más preciso de *proceedings*. La versión en francés también en este caso emplea *procedure*. La diferencia de la terminología empleada en la versión en español, a saber, *juicio* y *proceso* en los incisos de un mismo numeral, daría pie a interpretaciones que podrían desvirtuar el alcance de la norma, de centrarse el análisis en la versión en español. Por tanto, es

De la noción de complementariedad, el TC deriva una consideración *sui generis* en el sentido que al “respetarse” la jurisdicción nacional también se “respetan” las normas internas de los Estados partes del ECPI, “siempre y cuando contengan las previsiones contenidas en [él]”. Resulta difícil dilucidar el sentido de tal consideración, toda vez que no queda claro cuál es la relación entre complementariedad y respeto de la normativa interna y, más aún, siempre que ésta recoja los estándares del ECPI. Parecería que el TC se refiere al aspecto de implementación en el sentido de que, ante la inexistencia de normativa interna que implemente el ECPI —se entiende que recogiendo los estándares de éste—, podría suscitarse la activación de la complementariedad de la CPI. Sin embargo, cabe resaltar que de la noción de complementariedad el TC también deriva la obligación de persecución penal nacional respecto de los crímenes del ECPI, consideración que resulta acorde con el sentido del mencionado principio y del propio ECPI, cuyo preámbulo recuerda dicho deber (sexto considerando), se sobreentiende que a ser asumido con la normativa interna, aspecto que enfatiza el TC.²²

importante que, a tiempo de aplicarse la norma cuya interpretación caiga en duda, se comparen las distintas versiones idiomáticas del ECPI —en inglés, francés, español, ruso, árabe y chino (artículo 50.1 ECPI)—, que tienen el mismo carácter oficial y por tanto, un mismo valor interpretativo. Al respecto, y para un interesante análisis sobre los problemas y soluciones del ECPI en tanto texto plurilingüe, véase Ezequiel Malarino y Emmanuela Fronza: “Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 61.

Sobre este particular terminológico, resulta de importancia la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, n.º ICC-01/04 de 17 de enero de 2006, concerniente a la solicitud de participación de las víctimas en la fase de investigación que, aunque sólo centra su análisis en las versiones en inglés y francés, considera que los términos *proceedings* y *procedure* empleados en las versiones inglesa y francesa del artículo 17, parecen (*seem to*) incluir la fase de la investigación (§ 32, también 38). Aunque no se trata de un pronunciamiento contundente, dicho análisis, que se apoya en el numeral 1 del mismo artículo que expresamente se refiere a la investigación, corrobora la pertinencia de reemplazar *juicio* —o por lo menos interpretarlo, hasta una eventual revisión del ECPI que corrija dichas divergencias lingüísticas— por *proceso (penal)* en la versión en español.

²² Sentencia constitucional, nota supra 15, II.3.2, sobre la supuesta vulneración al principio de taxatividad, segundo párrafo.

4. Costumbre y persecución penal de crímenes/delitos²³ del derecho internacional

La aplicación retroactiva de fuentes convencionales que establecen delitos y sanciones (genéricas en la mayor parte de los casos) para la persecución penal de crímenes del derecho internacional por los tribunales penales internacionales —*inter alia*, Tribunal de Núremberg, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), Corte Especial para Sierra Leona (CSSL)— se ha fundamentado en la existencia de tales crímenes a tiempo de su comisión en la costumbre internacional, considerando así la inexistencia de violación del principio de legalidad,²⁴ situación que difiere esencialmente en el marco del ECPI, que expresamente establece la prohibición de aplicación retroactiva de éste (artículo 11 ECPI), demarcando así la competencia temporal de la CPI a crímenes cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del tratado, es decir, posteriores al 1.º de julio de 2002. Si bien la polémica suscitada por la persecución penal de crímenes del derecho internacional con base en la costumbre internacional se diluye, en principio, respecto a la CPI,²⁵ en el ámbito nacional aún plantea dificultades esencialmente *vis-à-vis* el principio de legalidad.²⁶

²³ Los términos *crímenes* y *delitos* son empleados aquí indistintamente. Si bien se reconoce que el término *crímenes* se ha interpretado en el sentido de denotar una mayor gravedad, el Proyecto de Ley de Implementación del ECPI emplea la denominación de *delitos*. Para las razones, véase Elizabeth Santalla Vargas: “Informe sobre Bolivia”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 115-116.

²⁴ Así por ejemplo, en el caso *Tadic* el TPIY consideró que la persecución penal por violaciones al artículo 3 común CG 1949 no infringía el principio de legalidad, ni la prohibición de leyes *ex post facto* al representar dicho artículo parte del derecho internacional consuetudinario, véase *Prosecutor vs. Dusko Tadic, IT-94-I-72, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 10 de agosto de 1995, § 71-72. La decisión fue confirmada en apelación, considerando además que la incorporación de los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto del TPIY no violenta el principio de legalidad; véase *Prosecutor vs. Dusko Tadic, IT-94-I-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, § 141.

En el caso *Hinga Norman* la CSSL consideró no sólo que el alistamiento de niños constituía una violación, ya en 1996, del derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario, sino que dicha conducta había sido criminalizada por la costumbre internacional, antes de que fuera incorporada como una conducta prohibida penalmente en el derecho de los tratados, por lo que no constituye, en consecuencia, una violación a los principios de legalidad y taxatividad; véase *Prosecutor against Sam Hinga Norman, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, 31 de mayo de 2004, § 25 y 53, respectivamente.

²⁵ Nótese que, en mérito al artículo 21.1.b ECPI que establece los *principios y normas del derecho internacional*, la costumbre internacional es parte del derecho aplicable de la CPI. Véase Kai Ambos: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, (traducción E. Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 35-36.

²⁶ Así por ejemplo, en el caso *Scilingo*, la Audiencia Nacional española declaró culpable a un ciudadano argentino por su responsabilidad penal en los crímenes de lesa humanidad cometidos por la Junta Militar que detentó el poder en Argentina entre marzo de 1976 y diciembre de 1983, basándose en la costumbre internacional ante la ausencia de normativa penal española

En el caso boliviano, el TC, al pronunciarse sobre el contenido del principio de legalidad, en la misma sentencia constitucional comentada anteriormente, reconoce que el *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* implica la existencia de otros requisitos y exigencias que no se agotan en la interpretación literal, con lo que el principio se complementa como, entre otros, *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, “que implica la prohibición de que el derecho penal recurra a la costumbre o a los principios generales como fuente para la creación de *delitos y penas*; toda vez que sólo es válida la ley escrita, ley en sentido formal, que emana del Órgano Legislativo [...]”.²⁷ Puede advertirse que la formulación del TC no hace diferencia entre derecho penal y derecho penal internacional y en consecuencia tampoco distingue entre delitos “comunes” u “ordinarios” y delitos del derecho internacional. Así, la interpretación estricta que formula del principio de legalidad, que reviste la exigencia de una ley formal para que determinada conducta se considere delictiva y para la determinación de la pena, es también expresa respecto a eliminar cualquier posibilidad de recurrir a la costumbre o a los principios generales del derecho no sólo para la determinación de la pena, sino también del delito. Por el contexto en que se enmarca la sentencia, esto es, el análisis constitucional, *inter alia*, del término “masacre sangrienta” en el tipo de *genocidio*, podría inferirse que el pronunciamiento del TC alcanza también a los delitos del derecho internacional, uno de los cuales es el genocidio. Sin embargo, dicha inferencia resulta delicada por cuanto el TC no hace referencia alguna en su pronunciamiento a los artículos 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 75.4.c del Protocolo Adicional I (PAI) a los Convenios de Ginebra (CG) de 1977, que conciben el *nullum crimen sine lege* con relación a actos u omisiones que fueran delictivos en el momento de su comisión según *los principios generales del*

que tipificara los crímenes de lesa humanidad en la época de comisión de las conductas. Así, la Audiencia Nacional aplica el artículo 607 *bis* del Código Penal español, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, con carácter retroactivo, siguiendo el racional de los tribunales penales internacionales respecto a la aplicación retroactiva de la norma penal con fundamento en la costumbre internacional. Para crítica sobre dicha aplicación retroactiva, véase Alicia Gil Gil: “The Flaws of the Scilingo Judgment”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, pp. 1084-1088. A favor, véase Giulia Pinzauti: “An Instance of Reasonable Universality”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, pp. 1099-1104.

La discusión también se suscitó en el caso *Barbie*, jefe alemán de la Gestapo en Lyon, entregado por Bolivia a Francia en 1983, en el que la Corte de Casación de Francia consideró legales el juicio y la condena (a cadena perpetua) por crímenes de lesa humanidad a la luz de los artículos 15.2 PIDCP y 7.2 CEDH. Para un análisis de la entrega efectuada por Bolivia a Francia, véase Elizabeth Santalla Vargas: “Informe sobre Bolivia”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 82-89.

²⁷ Sentencia Constitucional, nota supra 15, II.1: El principio de legalidad: su formulación y contenido actual. *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, primer párrafo (énfasis añadido).

derecho reconocidos por la comunidad internacional, conforme al PIDCP, o según el derecho nacional *o internacional*, conforme al PAI, formulación que deriva del artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Dado que los mencionados instrumentos internacionales resultan plenamente vinculantes para el Estado boliviano, que a tiempo de ratificarlos no interpuso reserva ni declaración alguna,²⁸ y que conforme a la propia jurisprudencia del TC conforman el llamado *bloque de constitucionalidad* —si bien la jurisprudencia del TC no hace referencia expresa a la normativa del derecho internacional humanitario (DIH), por el sentido de ésta, es decir, la normativa internacional vinculante de protección de derechos humanos, puede interpretarse que el bloque de constitucionalidad abarca también la protección conferida por el derecho humanitario—, sería interesante contar con un pronunciamiento específico del TC respecto a cómo las mencionadas disposiciones del PIDCP, PAI y DUDH han de interpretarse *vis-à-vis* el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional.

5 • Genocidio y “masacre sangrienta”

La sentencia constitucional comentada en los acápites anteriores tiene como objeto pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de, *inter alia*, el artículo 138 (Genocidio), segundo párrafo, del CP, concerniente a la denominada “masacre sangrienta”:²⁹

Artículo 138. (Genocidio). El que con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, diere muerte o causare lesiones a los miembros del grupo, o los sometiere a condiciones de inhumana subsistencia, o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción, o realizare con violencia el despla-

²⁸ A diferencia de, por ejemplo, la Argentina, que formuló declaración en el sentido de que el artículo 15.2 PIDCP se aplicará con sujeción al principio establecido en el artículo 18 de la Constitución argentina, esto es, entre otros, el debido proceso y el principio de legalidad, incluido su componente de irretroactividad de la ley penal. Para la declaración, véase UNHCR (http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/treaty5_esp.htm) (7.2.2007).

²⁹ Sobre la invocación del segundo párrafo en cuestión en el caso *Sánchez de Lozada*, véase Elizabeth Santalla Vargas, nota *supra* 26, pp. 26-27.

miento de niños o adultos hacia otros grupos, será sancionado con presidio de diez a veinte años.

En la misma sanción incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país.

Si el o los culpables fueren autoridades o funcionarios públicos, la pena será agravada con multa de cien a quinientos días.³⁰

La demanda de inconstitucionalidad del segundo párrafo se motiva en razón de que éste establece un supuesto que no constituye genocidio, ni en su definición semántica ni en el derecho internacional, tampoco conforme a la doctrina, y que no guarda relación ni con el párrafo primero ni con el tercero del artículo 138 CP, al establecer un supuesto de hecho que no queda definido por la ley penal y que más bien deja librada al albedrío del juzgador la determinación de su contenido, por lo que constituye una ley penal en blanco que atenta contra los principios de legalidad, de reserva de ley expresa, de certeza o taxatividad de la norma penal y de prohibición de analogía en materia penal.³¹

El contrargumento del órgano que generó la norma impugnada —el Congreso Nacional, representado por su presidente—, se centra en la implementación del ECPI, y considera que no existe obstáculo para que aquélla vaya más allá de las previsiones del ECPI siempre y cuando no resulte contraria a él, para cuyo efecto se apoya en el artículo 10 ECPI, y deriva de dicho argumento la inexistencia de motivos para la supresión del segundo párrafo en cuestión.³² Si bien es cierto que no existe obstáculo para que la implementación del ECPI vaya más allá de los estándares mínimos del tratado,³³ el argumento resulta superfluo toda vez que la norma en discusión es la vigente y no la propuesta de implementación del ECPI, aunque es evidente que el pronunciamiento del TC podría tener repercusiones en la tipificación del genocidio en la propuesta de implementación.³⁴ Asimismo, cabe puntualizar que el artículo 10

³⁰ Código Penal, texto ordenado según ley n.º 1768 de Modificaciones al Código Penal, 1997, (énfasis añadido).

³¹ Sentencia Constitucional, nota supra 15, l.1: Contenido del recurso, tercer párrafo.

³² *Ibidem*, l.3: Alegaciones del personero del órgano que generó la norma impugnada, cuarto párrafo.

³³ En este sentido, Anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI en Bolivia, Exposición de Motivos, Generalidades, segundo párrafo, en Defensor del Pueblo (ed.): *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, La Paz: Defensor del Pueblo-GTZ, 2005, pp. 197-198.

³⁴ A diferencia de la versión original, la versión consensuada del anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI en Bolivia, el presente proyecto de ley (que ingresó a la etapa de tratamiento legislativo) mantiene el segundo párrafo del artículo 138 CP concerniente a "masacres sangrientas". Véase Anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI en Bolivia, parte 2: Delitos del Derecho Internacional, p. 229.

ECPI tiene por objeto evitar que la parte II del ECPI (competencia, admisibilidad y derecho aplicable) resulte limitativa del *derecho internacional* existente o en desarrollo, y no así del derecho interno. Por otro lado, el contrargumento considera que:

Al ser el Genocidio una tipificación nueva en el ámbito del derecho internacional, los elementos del delito sólo podrá[n] precisarse con su aplicación a casos concretos; en consecuencia la definición de “matanza sangrienta”, que parece ser el núcleo aplicable al primer párrafo del artículo 138, e incluso a la definición del Estatuto de Roma, *deberá ser precisada* con el desarrollo jurisprudencial.³⁵

El argumento denota parámetros propios del tiempo, pues difícilmente puede concordarse con que el genocidio, definido por primera vez con alcance internacional en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, constituya una tipificación nueva en el derecho internacional, a diferencia, por ejemplo, del crimen de reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años (de acuerdo con el ECPI).³⁶ Por otro lado, es poco claro el argumento respecto a que “matanza sangrienta” *parezca ser* el “núcleo aplicable” al tipo de genocidio, conforme a su tipificación en el primer párrafo del artículo 138 CP e incluso en el ECPI. Es decir, el argumento parece asociar, aunque de modo dubitativo, la “matanza sangrienta” al tipo de genocidio. Sin embargo, no queda claro en qué sentido se daría dicha vinculación y menos clara aún es la relación que “matanza sangrienta” pueda tener con la definición de *genocidio* en el ECPI, cuya aplicación en el ámbito interno queda reatada a la modalidad de implementación por la que se hubiera optado.³⁷

El TC falla declarando la constitucionalidad del cuestionado segundo párrafo del artículo 138 CP con base en los argumentos siguientes. En principio, el TC

³⁵ *Ibidem*, quinto párrafo (énfasis añadido).

³⁶ ECPI, artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii.

³⁷ Nótese que no existe un modelo único de implementación. Así varios estados han optado por una ley especial de implementación con características propias; por ejemplo: el caso holandés, alemán, brasilero, argentino, etcétera. Al respecto, Elizabeth Santalla Vargas: “Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Bolivia: Análisis del ordenamiento jurídico interno y de los procesos de implementación en la legislación comparada”, en Defensor del Pueblo (ed.), nota supra 33, pp. 166-167, en tanto que otros, como Bélgica, han optado por adoptar una ley especial que “transcriba” textualmente el ECPI, y otros, como el Reino Unido, han tornado directamente aplicables los crímenes del ECPI a través de una sola cláusula de remisión. La legislación y proyectos de implementación puede consultarse en Amnesty International, <http://web.amnesty.org/pages/int_jus_icc_implementation> (17.1.2007). Cabe aclarar que, siendo que en este apartado la relevancia de implementación se refiere a los crímenes del ECPI, los comentarios anteriores se centran en dicho aspecto de implementación, a diferencia de las obligaciones expresas de implementación (régimen de cooperación y delitos contra la administración de justicia de la CPI). Respecto a la *implementación obligatoria* e *implementación facultativa*, véase Ezequiel Malarino: “Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana”, en Kai Ambos et al. (eds.): nota supra 23, p. 492. En ese sentido, véase también E. Santalla Vargas, nota supra 26, pp. 85-87.

considera que no se trata de una ley penal en blanco, “toda vez que tanto el supuesto de hecho —masacres sangrientas— como la sanción —10 a 20 años de presidio— están establecidos en la norma penal”.³⁸ Sin embargo, el problema radica en determinar si ese supuesto de hecho es lo suficientemente claro como para constituir *lex certa*, aspecto que se analiza más adelante. Por otro lado, el TC considera que la inexistencia de una ley de inferior jerarquía del CP que describa la conducta considerada delictiva refuerza la consideración de inexistencia de ley penal en blanco, aspecto que resulta superfluo al no constituir, evidentemente, un problema en el caso en cuestión ni haber sido, por tanto, objeto del recurso, pero sí es relevante respecto de la definición de ley penal en blanco.³⁹ Por último, el TC concluye en la falta de vulneración del principio de reserva legal considerando “que la exigencia de ley escrita y formal —emanada del órgano legislativo—, para la *definición* del supuesto de hecho y su consecuencia, ha sido cumplida en este artículo”.⁴⁰ Sin embargo, es cuestionable a qué definición del supuesto de hecho se refiere el TC, toda vez que el cuestionado segundo párrafo del artículo 138 CP no establece ninguna definición de lo que ha de entenderse por “masacre sangrienta”.

En los acápites referentes a la invocada vulneración al principio de taxatividad el TC, en relación con el argumento de complementariedad mencionado anteriormente, considera que no existe impedimento para que la tipificación del genocidio en el ámbito interno, al margen de tomar en cuenta “los lineamientos generales establecidos a nivel internacional”,⁴¹ incorpore “otros supuestos de hecho atendiendo a una determinada realidad social”.⁴² Aquí también llama la atención que el análisis del TC se centre en el aspecto de implementación del ECPI, cuando la norma impugnada corresponde a la tipificación actual del CP que se mantuvo inalterable desde su inclusión en 1973 (decreto ley 10 426),⁴³ es decir, décadas antes incluso de la adopción del ECPI. A tiempo de analizar, posteriormente, el artículo 138 CP, el TC manifiesta que, “considerando lo establecido en el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de [G]enocidio, de 9 de diciembre de 1948, sanciona con la pena de 10 a 20

³⁸ Sentencia constitucional, nota supra 15, II.3.2. Sobre la supuesta vulneración del principio de reserva legal, primer párrafo.

³⁹ Según Eugenio Zaffaroni: “Llámense ‘leyes penales en blanco’ a las que establecen una pena para una conducta que resulta individualizada en otra ley (formal o material)”, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Editor, 1988, p. 397.

⁴⁰ *Ibidem*, segundo párrafo (énfasis añadido).

⁴¹ Sentencia Constitucional, nota supra 15, II.3.2. Sobre la supuesta vulneración al principio de taxatividad, segundo párrafo.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Elizabeth Santalla Vargas, nota supra 37, 118.

años el delito de Genocidio”,⁴⁴ sin hacer mención alguna al hecho de que el tipo penal nacional, a diferencia de lo establecido en la mencionada Convención, omitió el grupo *racial*, incluyendo sólo los grupos nacional, étnico o religioso.⁴⁵ Respecto al segundo párrafo impugnado, el TC considera que el supuesto de hecho de “masacres sangrientas” es distinto al primer párrafo que establece los elementos constitutivos del genocidio,⁴⁶ apuntando que las “masacres sangrientas”:

[...] tienen particularidades que no pueden subsumirse en los supuestos contenidos en el primer párrafo del artículo 138; principalmente en cuanto al sujeto pasivo, en razón de que en el segundo párrafo del artículo mencionado no se exige el componente nacional, étnico o religioso para el grupo, sino que éste puede estar constituido por personas de origen heterogéneo. Por otra parte, el segundo párrafo tampoco exige, como elemento subjetivo, el propósito de destruir total o parcialmente a ese grupo.⁴⁷

Ante dicha conclusión surge una pregunta evidente: si la figura de “masacres sangrientas” no guarda relación alguna con el tipo de genocidio porque no tutela la existencia de determinados grupos humanos considerados estables⁴⁸ —razón de ser del genocidio—, sino a cualquier grupo de personas, y si tampoco posee el especial elemento subjetivo de lo injusto que caracteriza al genocidio —esto es, la intención de destruir, total o parcialmente, a los grupos raciales, étnicos, nacionales o religiosos—,⁴⁹ ¿según qué criterio jurídico puede sostenerse la legitimidad de su incorporación en el artículo que versa sobre el tipo de genocidio? Dicho de otro modo, si los elementos constitutivos del tipo de genocidio no son aplicables a la figura de “masacres sangrientas”, ¿qué relación jurídica puede inferirse que justifique mantener dicha figura en el tipo de genocidio? Estas interrogantes quedan sin absolverse en la sentencia constitucional que se comenta.

⁴⁴ Sentencia constitucional, nota supra 38, tercer párrafo.

⁴⁵ Véase Elizabeth Santalla Vargas: “Informe Bolivia”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 86-87.

⁴⁶ Sentencia Constitucional, nota supra 38, quinto párrafo.

⁴⁷ *Ibidem*, sexto párrafo.

⁴⁸ Alicia Gil Gil: “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en Kai Ambos (coord.): *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 94.

⁴⁹ *Ibidem*, 94-95.

Seguidamente, el TC analiza si el cuestionado segundo párrafo artículo 138 CP violenta el principio de certeza o taxatividad de las normas penales,⁵⁰ para lo cual recurre a la definición de *masacre* del Diccionario de la Real Academia Española citando la siguiente definición: “matanza de personas, por lo general indefensas, producida por ataque armado o causa parecida”; considera que dicha definición constituye el acto típico del segundo párrafo en cuestión y reitera que, por tanto, la voluntad del legislador no fue limitar la protección a determinados grupos.⁵¹ Así, el TC concluye que el segundo párrafo artículo 138 CP no vulnera el principio de taxatividad “toda vez que establece con *claridad* la *configuración* del supuesto de hecho a ser sancionado [y], consiguientemente, tampoco se lesionan los artículos 9.I y 32 de la CPE”⁵² (garantías constitucionales de que toda privación de la libertad física se efectúe conforme a ley y de que “[n]adie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban”, respectivamente). Evidentemente, el asunto en cuestión no guarda relación, por lo menos directa, con las mencionadas garantías constitucionales, pero ello no implica que no exista vulneración del principio de taxatividad.⁵³ ¿Cómo puede considerarse que un tipo penal sea lo suficientemente claro y preciso si para desentrañar su contenido hay que recurrir a un diccionario?, ¿cuáles son los elementos constitutivos de la figura de “masacre sangrienta” si se deja en claro que ésta nada tiene que ver con el genocidio, y el segundo párrafo del artículo 138 CP no establece nada más que la sanción? En consecuencia, ¿se trata realmente de un tipo penal que, en otros aspectos, ha de ser “[...] de naturaleza predominantemente descriptiva”⁵⁴ o de la mera introducción de una expresión coloquial?

Siguiendo el racional del TC respecto a que la conducta típica sea la definida en el Diccionario de la Real Academia Española, dicha “opción” sólo acarrearía situaciones de confusión. En efecto, el homicidio intencional en el marco del conflicto armado constituye un crimen de guerra o delito contra el DIH, independientemente

⁵⁰ El TC establece certeramente que uno de los requisitos que complementan la formulación del principio de legalidad es el *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* o principio de taxatividad, que tiene por finalidad brindar seguridad jurídica, exigiendo “[...] que las leyes sean claras, precisas y accesibles al pueblo”; sentencia constitucional, nota supra 14, II.1: El principio de legalidad: su formulación y contenido actual, c) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, primer párrafo.

⁵¹ *Ibidem*, octavo párrafo.

⁵² *Ibidem*, décimo párrafo (énfasis añadido).

⁵³ Parecería un camino más llano si el recurso se hubiera invocado concentrando los argumentos respecto a la violación al principio de legalidad, relacionando el principio de taxatividad con éste, aunque probablemente el resultado hubiera sido el mismo.

⁵⁴ Zaffaroni, nota supra 39, p. 391.

del sujeto activo, si la víctima es una persona protegida (artículos 8.2.a.i y 8.2.c.i ECPI). Por su parte, dar muerte a un combatiente, por las características propias del DIH, reviste inmunidad de persecución penal. En consecuencia, si por “masacre sangrienta” ha de entenderse la matanza de personas, por lo general indefensas (cual es normalmente el caso de las personas protegidas), en relación con el conflicto armado, ¿cuál sería la diferencia con el crimen de guerra de dar muerte a personas protegidas? Por otro lado, si la matanza de personas, por lo general indefensas (cual es normalmente el caso de la población civil), se produce con relación a una “causa parecida” (al conflicto armado), ¿cuál sería la diferencia respecto del crimen de lesa humanidad de “asesinato” o, más bien, homicidio —entendiendo que el término *matanza* podría dar lugar a pensar en un ataque generalizado contra la población civil, siempre y cuando se tratara de una línea de conducta que implicara la comisión múltiple de homicidios intencionales contra una población civil, suponiendo una multiplicidad de víctimas entre esta población—⁵⁵ cometido como parte de “la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política” (artículo 7.2.a ECPI).

En consecuencia, cabe discrepar con la conclusión del TC. Puede afirmarse que se trata de una figura carente de toda claridad, vaga y que más bien puede generar confusión, en particular con la implementación del ECPI. Si el legislador deseara mantener la figura de “masacre sangrienta”, correspondería establecer un tipo propio —fuera del tipo de genocidio, toda vez que, concordando con el TC, la mencionada figura no tiene nada que ver con el delito de genocidio— que estableciera los elementos constitutivos de manera lo suficientemente clara y precisa como para diferenciarlo de los delitos contra el DIH y de lesa humanidad.

Si bien el TC declara la constitucionalidad del término “masacre sangrienta”, sus consideraciones establecen que dicha figura no guarda ninguna relación con el delito de genocidio —porque no comparte ni los grupos de protección ni el especial elemento subjetivo de lo injusto que hacen al genocidio—. La imposibilidad del TC de encontrar fundamentos jurídicos sólidos para sostener la legitimidad de mantener dicha figura —o más bien expresión— en el tipo de genocidio conlleva la necesaria reflexión sobre la impertinencia jurídica de mantenerla en la tipificación de genocidio en el proyecto de Ley de Implementación del ECPI.

⁵⁵ Conforme a la definición del proyecto de Ley de Implementación del ECPI, parte 2: Delitos del derecho internacional, capítulo II: Delitos de lesa humanidad, artículo 21 (definiciones), en Defensor del Pueblo (ed.), nota supra 33, p. 230.

6. Crímenes de lesa humanidad e imprescriptibilidad

La falta de normativa interna que implemente los *crímenes de lesa humanidad* probablemente ha contribuido a que el término sea objeto de manipulación y uso indiscriminado, reforzado por la falta de su comprensión cabal, como puede advertirse en los casos que se mencionan a continuación. Un aspecto común en estos casos es la calificación de delitos de lesa humanidad a efectos de la aplicación del régimen de imprescriptibilidad que los comprende.

6.1. Delitos ordinarios o comunes

El 27 de julio de 2004 se formalizó una querrela por la supuesta comisión de los delitos de secuestro, allanamiento, asociación delictuosa, tentativa de asesinato, amenazas, lesiones, tortura y deportación, ante la cual los denunciados interpusieron excepción de extinción de la acción penal en mérito a la prescripción, la cual fue admitida dando lugar al archivo de obrados. Ante dicha consecuencia, la parte querellante solicitó se promoviera recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad⁵⁶ de los artículos 27.8, 29 y 30 del Código de Procedimiento Penal (CPP), concernientes a la regulación de la prescripción, solicitud que fue rechazada por la Sala Penal Primera de la Corte Superior de Santa Cruz y que, conforme al artículo 62.1 de la Ley del TC, se elevó en consulta al TC.⁵⁷

El racional que motivó la interposición del mencionado recurso se basaba en la consideración de que los delitos objeto de la querrela eran “delitos sobre la humanidad de los denunciantes que constituyen actos inhumanos de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma en su artículo 7”⁵⁸ y, conforme a los querellantes, la aplicación del régimen de la prescripción del CPP constituía una violación al artículo 4 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de

⁵⁶ Artículo 59, Ley del TC, establece que dicho recurso “procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos”. El TC ha interpretado la normativa en el sentido que el recurso “[...] puede ser presentado en cualquier estado del proceso antes de la ejecutoria”, auto constitucional infra 57, II.2. Cumplimiento de requisitos, primer párrafo.

⁵⁷ TC, auto constitucional 163/2005-CA, de 15 de abril de 2005, I, antecedentes del recurso.

⁵⁸ TC, ibídem, tercer párrafo.

Lesas Humanidad de 1948 (CICGLH), por cuanto los delitos denunciados eran actos inhumanos, a los que no resultaba aplicable la prescripción.⁵⁹

El TC también rechazó el recurso considerando que su interposición no había cumplido los requisitos establecidos en la Ley del TC “al no existir la vinculación de las normas impugnadas con el derecho que se estima lesionado, además de que [la] fundamentación de inconstitucionalidad de las normas impugnadas no tiene asidero legal”. El TC derivó la última consideración en razón de que, conforme al artículo 34 CPP, la normativa sobre prescripción contenida en los instrumentos internacionales vinculantes es de aplicación preferente.⁶⁰ Si bien es evidente que en mérito a la mencionada disposición del CPP el artículo 4 CICGLH resulta irrelevante, toda vez que la obligación que establece a los Estados partes de adoptar medidas legislativas para que la prescripción no se aplique a los crímenes objeto de la Convención podría reputarse satisfecha, la cuestión de fondo para determinar la aplicabilidad o no de la CICGLH radica en dilucidar si la querrela versa sobre crímenes de lesa humanidad, aspecto en que el TC no hace mayor hincapié, limitándose a reiterar la interpretación del querrelante a tiempo de efectuar la relación de argumentos.⁶¹

Al respecto cabe apuntar que la interpretación de que los actos inhumanos sean delitos de lesa humanidad “conforme al artículo 7 ECPI” es perplejamente intrépida. Si bien la cláusula residual con carácter analógico del artículo 7.1.k ECPI emplea la fórmula “otros actos inhumanos de carácter similar”, con lo que da a entender que los actos enumerados en los literales *a* al *j* son considerados actos inhumanos, éstos sólo pueden reputarse crímenes de lesa humanidad en el marco del ECPI cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (artículo 7.1), es decir, cuando se han cumplido los requerimientos del *chapeau*. El *chapeau* o núcleo de la definición de los crímenes de lesa humanidad (artículo 7.1 ECPI) constituye el estándar que distingue a éstos de los delitos ordinarios o comunes.⁶²

⁵⁹ TC, *ibidem*, cuarto párrafo.

⁶⁰ TC, nota supra 57, II.2. Cumplimiento de requisitos, tercer párrafo.

⁶¹ TC, *ibidem*.

⁶² Herman von Hebel: “Crimes against Humanity under the Rome Statute”, en Peter Johan van Krieken (ed.): *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, La Haya: TMC Asser Press, 1999, p. 106.

6.2. Delitos de narcotráfico

a. El TC se pronuncia en revisión sobre un recurso de hábeas corpus que había sido interpuesto dentro de un proceso penal por delitos de narcotráfico, en razón de que, habiendo transcurrido un tiempo superior a la duración máxima de tres años prevista por el artículo 133 CPP, correspondía la extinción de la acción penal. Uno de los contrargumentos de la Fiscalía fue que el narcotráfico es un delito de lesa humanidad, razón por la cual los plazos para la extinción de la acción penal no se aplicarían. El recurrente replicó que ningún instrumento internacional, como el ECPI o la CICGLH, otorga a los delitos de narcotráfico la calidad de delitos de lesa humanidad, argumento que el TC reiteró en la narración de los hechos y argumentos, pero sobre el que no se pronunció al aprobar la improcedencia del recurso, considerando que el elegido por la recurrente —el hábeas corpus— era impertinente para revisar si la decisión de la autoridad judicial (juez séptimo de Instrucción en lo Penal de La Paz) recurrida, sobre la excepción de extinción del proceso y la respuesta de la Fiscalía, vulneraban sus derechos, y que debía haber interpuesto, en opinión del TC, un recurso de amparo constitucional, previo recurso de reposición.⁶³ El voto coincidente, si bien consideró que el TC debió pronunciarse sobre el fondo del recurso, discrepando con que el rechazo a la solicitud de extinción de la acción penal no guarde relación directa con el derecho a la libertad física protegido por el hábeas corpus,⁶⁴ tampoco ingresó en consideraciones específicas respecto del mencionado argumento de la Fiscalía.

b. La CSJ ha sido consistente en calificar los delitos de narcotráfico como delitos de lesa humanidad y derivar de dicha calificación el atributo de la imprescriptibilidad.⁶⁵ Así, por ejemplo, dentro de una acción penal seguida por la Fiscalía por el delito de tráfico de sustancias controladas (artículo 48 de la ley 1008), en la que el procesado solicitó la extinción de la acción penal en razón del plazo transcurrido, la CSJ, siguiendo el racional de la Fiscalía, consideró que “los delitos de narcotráfico afectan la estabilidad y paz social del pueblo boliviano”⁶⁶ y que:

⁶³ TC, sentencia Constitucional 0543/2006-R, de 12 de junio de 2006. III.2: Fundamentos jurídicos del fallo, primer párrafo.

⁶⁴ TC *ibídem*, fundamentación voto coincidente, de 22 de junio de 2006, primer párrafo.

⁶⁵ CSJ, *cf.*, autos supremos n.º 190, de 14 de junio de 2006, segundo considerando, tercer párrafo; n.º 189, de 14 de junio de 2006, único considerando, tercer párrafo; n.º 101, de 29 de marzo de 2006, tercer considerando, tercer párrafo; n.º 191 de 14 de junio de 2006, tercer considerando, tercer párrafo; n.º 195 de 14 de junio de 2006, tercer considerando, tercer párrafo.

⁶⁶ CSJ, auto supremo n.º 179, de 13 de junio de 2006, tercer considerando, cuarto párrafo.

[...] están considerados como delitos de lesa humanidad no sólo por el artículo 145 de la Ley 1008, sino por organismos internacionales, motivo por el cual la Corte Suprema de Justicia no puede quedar al margen de tales disposiciones, así como los mismos son considerados por Tratados Internacionales “imprescriptibles” (Ley 2116 de 11 de setiembre de 2000), aspecto que impide declarar la extinción de la acción penal en favor del procesado por el principio constitucional de legalidad.⁶⁷

Si bien el artículo 145 de la ley 1008, sobre coordinación y cooperación internacional, califica al narcotráfico como un delito “transnacional de lesa humanidad” y contrario al derecho internacional, corresponde precisar que, si bien el término *crímenes de lesa humanidad* ha sido definido de distintas maneras desde la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y el ECPI,⁶⁸ en ninguno de los casos se consideró al narcotráfico como un crimen de lesa humanidad y difícilmente podría considerarse *per se* dentro del ámbito de aplicación de la cláusula residual del artículo 7.1.k ECPI, al diferir su *naturaleza*⁶⁹ respecto a la de los otros actos enumerados en el artículo 7.1. No obstante, como señala Werle, es controversial la posición de que otros delitos, tales como los relacionados con el narcotráfico y el terrorismo, también sean de responsabilidad penal individual directa conforme al derecho internacional, áreas en las que habrá de observarse el desarrollo del derecho internacional.⁷⁰ Por otro lado, cabe señalar que la ley 2116, que menciona el auto supremo en cuestión, eleva a rango de ley, *inter alia*, la CICGLH. Sin embargo, dicha Convención no es aplicable a los delitos de narcotráfico sino sólo a los crímenes de lesa humanidad —entre los que la Convención incluye al genocidio— y de guerra (artículo 1.b CICGLH).

En consecuencia, puede advertirse la fragilidad de las conclusiones a que la CSJ arriba en este caso —cuya formulación aparece de manera similar en los autos supremos mencionados en la nota 64— *vis-à-vis* el estado actual del derecho penal

⁶⁷ CSJ, *ibidem*, quinto párrafo.

⁶⁸ Para historia de la formulación de los crímenes de lesa humanidad véase Roger Clark, “Crimes Against Humanity”, en George Ginsburgs and Vladimir Kudriavtsev (eds.): *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht: Nijhoff, 1990, 177 ss. También Roger Clark: “Crimes Against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court”, en Roger Clark, et al. (eds.): *International and National Law in Russia and Eastern Europe: essays in honor of George Ginsburgs*, La Haya: Nijhoff, 2001, pp. 139-142.

⁶⁹ Los EC precisan que por “carácter similar a cualquiera de los otros actos” ha de entenderse que la naturaleza y gravedad del acto sean similares; véase *pie de p.* 30. Al respecto, Gerhard Werle: *Principles of International Criminal Law*, La Haya: TMC Asser Press, 2005, pp. 264-265.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 26.

internacional, sin ingresar en consideraciones respecto de su implicación en cuanto al debido proceso del caso en cuestión. Así, la CSJ establece una línea jurisprudencial delicada, si no cuestionable, al validar una disposición que aparentemente no fue objeto de debate previo a la aprobación de la ley 1008, dado que la discusión se centró en la regulación de la coca más que en los aspectos penales y procesal penales que incorporó la ley.⁷¹ Aun más: a efectos de otorgar el atributo de la imprescriptibilidad a los delitos de narcotráfico, la CSJ recurre a una Convención inaplicable respecto de dichos delitos, violentando así la seguridad jurídica que constituye el fundamento de la institución de la prescripción, lo que necesariamente redundará en el debido proceso.

6.3. Desaparición forzada de personas

En el caso *Trujillo*, una de las desapariciones acaecidas durante el régimen de facto del extinto presidente Bánzer (1971-1978),⁷² como consecuencia de la sentencia condenatoria de la CIDH del 27.2.2000, que ordenaba, *inter alia*, la apertura del procedimiento sobre reparaciones, el TC se pronunció en revisión de un recurso de amparo constitucional que había sido declarado improcedente y que se suscitaba en razón de que el proceso penal interno, abierto como consecuencia del fallo de la CIDH, se había archivado en razón de la cuestión previa de prescripción interpuesta por los imputados. El TC declaró la procedencia del recurso, revocó la resolución revisada y anuló las decisiones judiciales que habían dispuesto y confirmado el archivo de obrados. El TC basó su determinación de imprescriptibilidad en razón de considerar el carácter de delito permanente de la privación ilegal de libertad o detenciones ilegales⁷³ —delito por el que, *inter alia*, se había interpuesto el proceso penal ante la falta de tipificación en la legislación interna del delito de desaparición forzada de personas en el momento de la comisión de las conductas—. ⁷⁴ Al margen de

⁷¹ Human Rights Watch: "Bolivia. Violaciones a los derechos humanos y la guerra anti-drogas", en *Human Rights Watch*, 1995, <http://hrw.org/spanish/informes/1995/bolivia3.html> (14.2.2007).

⁷² Para una síntesis del caso que llegara al sistema interamericano de protección de los derechos humanos contando con sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27.2.2000, véase Elizabeth Santalla Vargas, nota supra 45, pp. 105-106.

⁷³ TC, sentencia constitucional n.º 1190/01-R, de 12 de noviembre de 2001, quinto considerando, párrafos tercero y cuarto.

⁷⁴ Sobre los desarrollos y críticas en el proceso de tipificación del delito de desaparición forzada de personas, véase Elizabeth Santalla Vargas, nota supra 26, p. 70.

considerar si la desaparición forzada de personas en este caso constituía o no un delito de lesa humanidad, el caso también refleja que la relativa discusión de los delitos del derecho internacional en el contexto boliviano se ha motivado como consecuencia de aspectos de prescripción/imprescriptibilidad.

7 ● Víctimas de delitos sexuales: aspectos procesales

En el caso *De Angulo* en revisión y con voto disidente, el TC declaró procedente el recurso de amparo constitucional, con lo que revocó la sentencia de la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Cochabamba, que había declarado la improcedencia del mencionado recurso interpuesto por los señores De Angulo contra los vocales de la Sala Penal Segunda de la Corte Superior, quienes anularan el proceso penal interpuesto por los señores De Angulo, padres de una adolescente de 16 años de edad que fue objeto de violación —según se consideró en la imputación inicial—, contra el primo hermano de la víctima. La anulación del proceso respondía a que la declaración de la víctima se había recibido a puertas cerradas, sólo con la participación del Tribunal y una psicóloga, pero sin la presencia del imputado. Los vocales consideraron que dicha variante del procedimiento limitaba el derecho de la Defensa de interrogar y contrainterrogar a la víctima-testigo, violentando así el artículo 169.2 CPP, que establece la imposibilidad de subsanar los defectos procesales concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, más aun cuando a raíz de dicha declaración se había modificado la imputación penal por el delito de estupro,⁷⁵ por el que el acusado fue condenado en primera instancia.⁷⁶ En el balance de intereses y derechos a proteger, el TC consideró que la especial situación de la víctima —menor de edad y víctima de un delito sexual— ameritaba la adopción de medidas procesales especiales tendentes a evitar una doble situación victimaria, que no implicaba una violación del derecho a la defensa. Como respaldo de dicha conclusión, el TC trajo a

⁷⁵ Artículo 309 CP (Estupro): “Quien mediante seducción o engaño tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, mayor de catorce (14) años y menor de dieciocho (18), será sancionado con privación de libertad de dos (2) a seis (6) años” (modificado por Ley de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual, n.º 2033, de 29.10.99).

⁷⁶ TC, sentencia Constitucional 1015/2004-R, de 2 de julio de 2004, I: Antecedentes con relevancia jurídica.

colación el artículo 68.2 ECPI y la regla 88 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la CPI, y recomendó que en la declaración de la víctima se encontrara presente el abogado defensor del imputado.⁷⁷

La discusión respecto al delicado balance de intereses —por un lado, la garantía del inviolable derecho a la defensa y, por otro, la obligación de prever medidas tendientes a proteger a las víctimas y testigos, en particular aquellas menores de edad y víctimas de agresiones sexuales— se suscitó por primera vez en el plano internacional en *Tadic*, cuando la Fiscalía solicitó la adopción de medidas de protección para víctimas y testigos. Entre las medidas solicitadas, de interés para el caso en cuestión, figuran las solicitudes 7 y 9, relacionadas con que el testimonio de los testigos se efectúe mediante circuito cerrado de televisión y que se lleve a cabo a puertas cerradas, respectivamente. Conforme a la Sala de Primera Instancia, las medidas solicitadas corresponden a las siguientes categorías: medidas destinadas a proteger de un doble trauma al impedir la confrontación con el acusado y medidas destinadas a asegurar la confidencialidad, de modo que las víctimas y los testigos no sean identificados por el público y los medios de comunicación. La defensa no objetó la medida relacionada con el testimonio a puertas cerradas, la cual, como bien señala el voto disidente de la sentencia constitucional comentada en este apartado, ha de entenderse que se verifica “con la concurrencia del tribunal, *las partes* y el personal de apoyo indispensable para el desarrollo de la actuación”.⁷⁸ Sin embargo, la solicitud del testimonio a través de circuito cerrado de televisión sí fue objeto de oposición por la Defensa, por considerar que tal medida —a la par de otras carentes de relevancia para el caso en cuestión— infringiría el derecho del acusado a un juicio justo,⁷⁹ teniendo en cuenta que uno de los componentes de dicho derecho es el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar al testigo, lo que implica que el acusado debe estar en una situación que le permita comprender lo que el testigo declara y poder valorar y cuestionar dicha prueba.⁸⁰

⁷⁷ *Ibidem*, parte final, 3.º disposición.

⁷⁸ TC, voto disidente, II.3: Compatibilidad del derecho a la defensa con la protección constitucional a la infancia, primer párrafo, nota supra 56 (énfasis añadido).

⁷⁹ TPIY, nota supra 78, § 6.

⁸⁰ *Ibidem*, § 7.

La Sala de Primera Instancia consideró cierta práctica de los tribunales nacionales; por ejemplo, el caso de Sudáfrica, que permite el uso de circuitos cerrados de televisión cuando se trata de delitos sexuales y el testigo es un niño, y de los Estados Unidos, donde varios estados permiten el uso de dicho mecanismo, y citó el caso *Maryland v Craig* de 1990, en el que la Corte Suprema consideró que el uso de circuitos cerrados de televisión no violaba la Sexta Enmienda sobre el derecho a la confrontación, en los casos en que resultaba necesario proteger a un testigo menor de edad de daño psicológico.⁸¹ Asimismo, mencionó otros mecanismos empleados, como el uso de testimonio grabado en video de niños objeto de abuso sexual, común en, por ejemplo, los Estados Unidos y previsto en la legislación australiana (modificaciones a la Ley sobre Prueba de 1989).⁸² Añadió que, en el balance de derechos a proteger, tienen un peso especial las consideraciones de víctimas de agresiones sexuales,⁸³ por lo que confirió la protección solicitada en mérito a la regla 75 RPP TPIY.

El voto disidente de la sentencia constitucional en cuestión, que bien atribuye a la autoridad judicial la obligación de adoptar medidas de protección de las víctimas que no redunden en perjuicio del derecho a la defensa, se refiere a la potestad, *inter alia*, de recurrir a “medios técnicos como circuitos cerrados de televisión”. Dicho mecanismo, u otro, no debiera considerarse imposible de efectivizarse en el medio en razón de recursos económicos, ya que si es necesario se puede recurrir a la cooperación de, por ejemplo, organismos internacionales y/u ONG de protección de los derechos de la niñez y adolescencia.

Si bien se trata de delitos sexuales “ordinarios” o “comunes”, al margen de la decisión y el racional que adopta la mayoría resulta interesante que el TC haya recurrido a la normativa de la CPI como una fuente de consulta, aunque ésta, en particular las RPP, no sean directamente vinculantes para los Estados partes sino sólo para la CPI, ni tampoco deban interpretarse en el sentido de permitir la recepción de prueba testimonial sin el conocimiento directo del acusado y su defensa.⁸⁴ Dicha práctica

⁸¹ *Ibidem*, § 47.

⁸² *Ibidem*, § 48.

⁸³ *Ibidem*, § 50.

⁸⁴ La regla 88 (2) RPP, al señalar, entre las medidas especiales de protección de víctimas y testigos, “[...] ordenar que esté presente durante el testimonio de la víctima o el testigo un abogado, un representante, un psicólogo o un familiar”, ha de entenderse, por la redacción y el espíritu, a un abogado de la víctima o el testigo. Interpretar la norma en el sentido de referirse al abogado defensor, excluyendo la participación del acusado, podría contravenir la previsión del artículo 68 (1) ECPI: “Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos”.

coincide con el artículo 15 del Proyecto de Ley de Implementación del ECPI, que expresamente establece que serán fuentes de consulta el ECPI, los Elementos de los Crímenes (EC) del ECPI y las RPP, “la jurisprudencia o decisiones de la Corte Penal Internacional y cualquier otra jurisprudencia internacional relevante”.⁸⁵

8. Conclusiones

Lo escueto de este informe refleja la incipiente aplicación e interpretación del derecho penal internacional por la CSJ y el TC, que adolece de imprecisiones. Sin embargo, cabe reconocer que, aunque necesitado de perfeccionamiento, dicho inicio constituye una base, y es importante desarrollar una línea jurisprudencial especial o particular respecto de los delitos y otros aspectos del derecho penal internacional, tendente a distinguir el derecho penal del derecho penal internacional, cuya consolidación como una rama independiente del derecho internacional se verifica con la adopción del ECPI. El desarrollo de una línea jurisprudencial en ese sentido cobra importancia *vis-à-vis* la eventual implementación del ECPI.

Bibliografía

- ALEXANDER KNOOPS, Geert-Jan: *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures*, Ardsley: Transnational Publishers, Inc., 2002, pp. 188-193.
- AMBOS, Kai: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción E. Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 35-36.
- CLARK, Roger: “Crimes Against Humanity”, en George Ginsburgs y Vladimir Kudriavtsev (eds.): *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht: Nijhoff, 1990, 177 ss.
- “Crimes Against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court”, en Roger Clark, et al. (eds.): *International and National Law in Russia and Eastern Europe: essays in honor of George Ginsburgs*, La Haya: Nijhoff, 2001, pp. 139-142.

⁸⁵ Artículo 15, Anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI en Bolivia, nota supra 33.

- COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR, Conclusión n.º 17 (XXXI) *Problemas de extradición que afectan a los refugiados* (en particular, c).
- DEFENSOR DEL PUEBLO (ed.): *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, La Paz: Defensor del Pueblo-GTZ, 2005, pp. 197-198.
- GIL GIL, Alicia: “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en Kai Ambos (coord.): *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 94.
- “The Flaws of the *Scilingo Judgment*”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, pp. 1084-1088.
- HUMAN RIGHTS WATCH: “Bolivia. Violaciones a los derechos humanos y la guerra anti-drogas”, en *Human Rights Watch*, 1995, <http://hrw.org/spanish/informes/1995/bolivia3.html>.
- KLEFFNER, Jan: “The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 1, 2003, p. 89.
- LAUTERPACHT, Elihu, y Daniel BETHLEHEM: “The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion”, en Erika Feller, et al (eds.): *Refugee Protection in International Law. UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 112-113.
- MALARINO, Ezequiel, y Emanuela FRONZA: “Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 61.
- MALARINO, Ezequiel: “Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 492.
- PINZAUTI, Giulia: “An Instance of Reasonable Universality”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, pp. 1099-1104.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth: “Ensuring Protection and Prosecution of Alleged Torturers: Looking for Compatibility of *Non-Refoulement* Protection and Prosecution of International Crimes”, en *European Journal of Migration and Law*, n.º 8, 2006, p. 41.
- “Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Bolivia: análisis del ordenamiento jurídico interno y de los procesos de implementación en la legislación comparada”, en DEFENSOR DEL PUEBLO (ed.): *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, La Paz: Defensor del Pueblo-GTZ, 2005, pp. 166-167.

- Informe Bolivia”, en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 86-87.
 - “Informe sobre Bolivia”, en Kai AMBOS et al. (eds.): en Kai Ambos et al. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 115-116.
 - “Informe sobre Bolivia”, en KAI AMBOS et al. (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 82-89.
- VON HEBEL, Herman: “Crimes against Humanity under the Rome Statute”, en Peter Johan van Krieken (ed.): *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, La Haya: TMC Asser Press, 1999, p. 106.
- WERLE, Gerhard: *Principles of International Criminal Law*, La Haya: TMC Asser Press, 2005, pp. 264-265.
- ZAFFARONI, Eugenio: “Llámense ‘leyes penales en blanco’ a las que establecen una pena para una conducta que resulta individualizada en otra ley (formal o material)”, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Editor S. A., 1988, p. 397.

Jurisprudencia

- Corte de Casación de Francia. Caso *Klaus Barbie*. Sentencia de 26 de enero de 1986.
- Corte Especial para Sierra Leona. *Prosecutor against Sam Hinga Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), de 31 de mayo de 2004,
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Sentencia del 27 de febrero de 2002. Serie C, n.º 92.
- Corte Penal Internacional. *Situación de la Rep. Democrática del Congo*. Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, n.º ICC-01/04 de 17 de enero de 2006,
- Corte Suprema de Justicia de Bolivia. Autos Supremos n.ºs 190, 189, 101, 191, 195, 179 de 2006,
- Corte Suprema de Justicia de Bolivia. Sala Penal 1-079. Caso *Mogrovejo*. Sentencia de 16 de diciembre de 1999.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Caso *Andrea Schnabel ante Jacinto Morón Sánchez, Vocal de la Sala Penal Segunda y otros*. Auto constitucional 163/2005-CA, de 15 de abril de 2005.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Caso *de Angulo y otra c/ Eduardo Guamán Prado, Vocal de la Sala Penal 2.º*. Sentencia Constitucional 1015/2004-R, de 2 de julio de 2004.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Caso *Leigue Hurtado Diputado Nacional c/ Sandro Giordano Presidente de la Cámara de Senadores*. Sentencia Constitucional 0034/2006, de 10 de mayo de 2006.

- Tribunal Constitucional de Bolivia. Caso *Quisberth Herrera c/ Soledad Molina Pereira, Fiscal adjunto a sustancias controladas*. Sentencia Constitucional 0543/2006-R, de 12 de junio de 2006.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Caso *Samartino*. Sentencia constitucional 0037/2007-R, de 31 de enero de 2007.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Caso *Sánchez de Lozada*. Sentencia constitucional 0020/2004, de 4 de marzo de 2004.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Caso *Soto Vargas*. Sentencia constitucional n.º 1166/00-R – Amparo Constitucional, 11 de diciembre de 2000,
- Tribunal Constitucional de Bolivia. Caso *Trujillo Oroza*. Sentencia constitucional n.º 1190/01-R, de 12 de noviembre de 2001,
- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-I-72, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 de agosto de 1995.
- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-I-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995.
- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. *Prosecutor v. Duško Tadic aKA “Dule”*. Caso n.º IT-94-I-T, 10 de agosto de 1995. Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses.

Instrumentos internacionales

- Convención Interamericana sobre Extradición (1981)
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948)
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad (1948)
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950)
- Convenio Europeo de Extradición (1957)
- Cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional (1998)
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (1993)
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra (1949)
- Protocolo Adicional II (1977) a los Convenios de Ginebra (1949)
- Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (2000)
- Tratado de Derecho Penal Internacional (1889).

BRASIL

IBCCrim, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

COM A PARTICIPAÇÃO DE

Maria Thereza Rocha de Assis Moura,

Marcos Alexandre Coelho Zilli e

Fabiola Girão Monteconrado Ghidalevich

1 • Introdução

Almeja-se com o presente relatório uma sistematização dos casos enfrentados pela jurisprudência nacional, em especial aquela formada pelo Supremo Tribunal Federal (STF),¹ relacionados, direta ou indiretamente, com aspectos do Direito Penal Internacional. Não são muitos, diga-se de passagem. A exigüidade deve-se a vários fatores. De um lado, há que ser apontada a ausência de regulamentação jurídica do Estatuto de Roma (ER), a despeito de sua promulgação interna.² De outro, a dificuldade de tipificação de determinadas condutas como crimes internacionais cujo exemplo mais evidente é o crime de genocídio. Com efeito, a amplitude e a extensão da ação típica que lhe são inerentes acabam levando à subsunção de muitos dos casos ao tipo penal do homicídio. Por fim, mas certamente não por último, não se pode olvidar

¹ O STF é a mais alta corte jurisdicional do país. Embora a CF tenha restringido a sua competência para o exame de matéria constitucional, tal não o converte em uma corte constitucional, a exemplo de outros sistemas jurídicos. É que no Brasil vigora um modelo misto de controle da constitucionalidade que combina o critério difuso, por via de defesa, com o critério concentrado, por via de ação direta de inconstitucionalidade. Na prática, qualquer juízo pode conhecer, por via de exceção, a questão de inconstitucionalidade. Ver, para tanto: José Afonso da Silva: *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 478-479.

² O ER foi assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000 e ratificado em 20 de junho de 2002. Na verdade, ele foi aprovado pelo Congresso Nacional em 6 de junho de 2002, por meio do decreto legislativo n.º 112 e foi promulgado em 25 de setembro de 2002, pelo decreto n.º 4 388. Dois grupos de trabalho foram formados para a elaboração de um anteprojeto de lei de implementação. O primeiro apresentou o resultado de seus trabalhos, o qual foi encaminhado para a Sub-Chefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República. Em razão de sugestões apresentadas para modificação do texto, a Secretaria Especial de Direitos Humanos nomeou, em 10 de maio de 2004, novo grupo de trabalho. Não há notícias oficiais sobre a conclusão das atividades.

da deficiência dos órgãos estatais envolvidos na atividade persecutória. Isso fica muito evidente ao se considerar a demora, para muito além do razoável, na investigação e no julgamento de vários casos e, em outros, a ausência de quaisquer providências. Dessa forma e, em face do material levantado, optou-se por delimitar o relatório em quatro grandes temas, quais sejam: “genocídio”, “racismo e imprescritibilidade”, “cooperação penal internacional” e “anistia aos crimes praticados durante o regime militar no Brasil”.

A análise dos dois únicos casos de genocídio – ambos envolvendo a população indígena – levados ao conhecimento da mais alta corte nacional demonstra ser ainda tímida a resposta estatal frente aos mais graves atentados contra a humanidade. As discussões, como se verá, foram motivadas por questões processuais e relacionadas com a fixação da competência jurisdicional. Nesse ponto, a prevalência da Justiça Federal foi tecnicamente correta, haja vista o interesse direto da União na proteção destas etnias.³

Não obstante, ainda que os aspectos processuais tenham tomado a atenção dos debates, o “Massacre do Haximu” se destacou em razão da profundidade com que foram discutidos o bem jurídico tutelado pelo crime de genocídio, a sua distinção com os crimes dolosos contra a vida e a configuração do concurso formal imperfeito – autonomia de desígnios – entre o genocídio e os eventuais homicídios praticados. Trata-se, sem dúvida, de importantíssimo precedente.

Os casos referentes ao racismo e à imprescritibilidade abordam, é certo, aspectos tangenciais do Direito Penal Internacional. A escolha foi informada, principalmente, pelo grau de profundidade com que foram discutidos determinados conceitos intimamente relacionados com os crimes internacionais. Fala-se aqui do paradigmático caso que envolveu o escritor e editor Siegfried Ellwanger, acusado por crime de racismo por escrever, editar, distribuir e vender obras consideradas anti-semitas que negavam a ocorrência do holocausto. Neste julgamento, o STF fixou as bases para quaisquer futuras discussões porventura travadas nos tribunais brasileiros sobre os termos “raça”, “racismo” e “preconceito racial”.

O terceiro tópico foi relegado para o exame de alguns casos relacionados com a cooperação penal internacional. Ainda que em bases jurídicas diferentes daquelas previstas pelo ER para com os Estados-parte, os dois casos de extradição que aqui

³ O artigo 22, XIV, da CF prescreve a competência privativa da União para legislar sobre a população indígena, e ainda, em seu artigo 109, XI, atribui aos juízes federais a competência para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas.

foram destacados ilustram um posicionamento histórico do STF frente aos requerimentos fundados na perspectiva de imposição de prisão perpétua, qual seja: a tomada de compromisso do Estado-requerente em comutar a pena em prisão temporária.

Foi este o principal motivo que levou à apresentação do caso Norambuena. O extraditando, chileno, havia sido condenado pela Justiça de seu país à pena de prisão perpétua pela prática de atos terroristas. Após rechaçar qualquer possibilidade de definição dos fatos como crime de natureza política, o STF retomou antigo posicionamento e modificou entendimento vigente há mais de uma década. Assim, por maioria de votos, condicionou a entrega do extraditando à não-aplicação da pena de prisão perpétua, ficando a Justiça chilena comprometida a adequar a pena ao limite de condenação permitido no Brasil, ou seja: de trinta anos.⁴ Teme-se que este insistente raciocínio do STF possa ser equivocadamente empregado no exame de futuros pedidos de entrega formulados pelo Tribunal Penal Internacional (TPI).

No mais, o outro caso de extradição que aqui foi destacado tem interesse histórico. Envolveu os pedidos de extradição de Franz Paul Stangl formulados pela Alemanha, Áustria e Polônia, em virtude de diversos crimes cometidos no instituto de extermínio de Hartheim e nos campos de concentração de Sobibór e Treblinka, todos durante a Segunda Guerra Mundial. Várias foram as questões jurídicas enfrentadas pelo STF, dentre as quais merece especial relevo a discussão, ainda que tangencial, sobre a causa de exclusão da culpabilidade da obediência hierárquica.

Finalmente, o relatório aborda a deficiente resposta do Estado brasileiro aos crimes praticados durante o regime militar, em razão de terem sido beneficiados os agentes do Estado acusados por prática de homicídios, seqüestros e torturas, com a extinção da punibilidade por meio da anistia. O benefício não tem sido objeto de questionamento no âmbito da jurisprudência nacional, mesmo porque, desde a publicação da Lei n.º 6 683/79, foi considerado fato jurídico intransponível.

⁴ O artigo 5º, XLVII, b, da CF veda expressamente as penas de caráter perpétuo.

2. Genocídio

2.1. Introdução

A prática do genocídio foi tipificada como conduta punível pela Lei n.º 2 889, de 1º de outubro de 1956,⁵ tendo sido elevada à categoria de crime hediondo em 1990, com a publicação da Lei n.º 8 072.⁶ Decorrido mais de meio século desde a publicação do primeiro diploma, apenas dois casos foram levados ao STF, ambos envolvendo etnias indígenas.

A resposta jurisdicional dada até aqui, no entanto, não parece ser satisfatória, sobretudo a se considerar o grande número de denúncias de ataques perpetrados contra a população indígena no Brasil. Há, reconhecidamente, uma série de obstáculos para uma eficaz persecução penal. O primeiro deles se liga à dificuldade de subsunção das condutas praticadas ao tipo penal de genocídio. Com efeito, via de regra os diversos comportamentos são classificados como homicídios individuais e, dessa forma, ficam desvinculados da idéia de ataque à existência física do grupo.⁷ Mas, para além desta questão técnico-jurídica, dificuldades materiais também podem ser apontadas, quais sejam: a localização das áreas conflituosas, a insuficiência do aparato estatal e o descaso de algumas autoridades.

Nesse terreno, aliás, os conflitos entre indígenas e o “homem civilizado” revelam dados no mínimo alarmantes. Com efeito, o levantamento preliminar elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) durante o ano de 2006 aponta para a morte de pelo menos quarenta índios em todo o território nacional.⁸ Destes, vinte

⁵ O tipo penal foi descrito à semelhança do artigo 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Genocídio, concluída em Paris a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Esta convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do decreto legislativo n.º 2, de 11 de abril de 1951, tendo sido depositado o instrumento brasileiro de ratificação em 15 de abril de 1952, no secretariado geral da Organização das Nações Unidas, em Lake Success, e em 6 de maio de 1952 foi publicado o decreto n.º 30.822, que a promulgou.

⁶ Sob o pretexto de regulamentar o artigo 5º, XLIII da CF que vedou a concessão de anistia, da graça e da fiança aos crimes hediondos, o legislador infraconstitucional editou a Lei n.º 8 072 em 25 de julho de 1990. A definição de crimes hediondos foi dada com base em um rol taxativo de tipos penais, dentre os quais figurou o genocídio, a incitação e a associação para a sua prática, descritos, respectivamente, nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n.º 2 889/56. Extrapolando os ditames constitucionais, a Lei n.º 8 072/90 foi mais além ao proibir, também, a concessão da liberdade provisória – e não só da fiança –, como também do indulto.

⁷ Nesse sentido, Kai Ambos ressalta a proteção de determinado grupo nacional, racial, religioso ou étnico contra um ataque que vise à sua destruição total ou parcial. Destarte, a lesão ao bem jurídico tutelado se verifica ainda que o grupo protegido tenha sido atingido parcialmente, desde que presente o elemento subjetivo, qual seja, a finalidade direta e incondicional de sua destruição. Kai Ambos: *La Parte General del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005 (2002), pp. 116-123.

⁸ Informe n.º 747, de 04 de janeiro de 2007, <<http://www.cimi.org.br>> (23.1. 2007).

homicídios teriam ocorrido somente no estado do Mato Grosso do Sul, dos quais ao menos doze vítimas pertenceriam à etnia Guarani Kaiowá. O número de mortos desta etnia – que conta com 35 a 40 mil membros, aproximadamente –, representa uma taxa de em torno de 50 homicídios por 100 mil habitantes, o dobro da taxa nacional de homicídios, que é de 26,7 por 100 mil.

De acordo com a professora de antropologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Lúcia Rangel, organizadora do relatório intitulado “A violência contra os Povos Indígenas no Brasil”, lançado pelo CIMI em maio de 2006, a situação de crescente violência que atinge a etnia Guarani-Kaiowá é perfeitamente classificável como genocídio.⁹ Em sua visão, na raiz dos conflitos repousa um problema de natureza fundiária que tem provocado, inclusive, um aumento do nível de tensão entre os membros do próprio grupo, assim como do número de suicídios.

Não obstante a especial gravidade da situação dos Guarani-Kaiowá, o crescimento da violência atinge muitas outras etnias. Segundo o CIMI, a média de assassinatos de indígenas era de 20 por ano entre 1995 e 2002, saltando para 40 entre 2003 e 2005, números que coincidem com a paralisação nas demarcações das terras indígenas.¹⁰ Homicídios,¹¹ lesões corporais,¹² racismo¹³ e violência sexual¹⁴ estão entre as principais violações perpetradas nos mais recônditos territórios do país. Povos inteiros têm sido vítimas de sistemáticos atos de violência.¹⁵

⁹ Informe n.º 717, de 1º de junho de 2006, <<http://www.cimi.org.br>> (23.1.2007).

¹⁰ Idem.

¹¹ Segundo o relatório, foram registrados 42 homicídios em 2003, 37 em 2004, dos quais 33 foram de autoria indígena, e 43 vítimas em 2005. A maior parte dos crimes ocorreu no estado do Mato Grosso do Sul, 13 em 2003, 16 em 2004 e 28 em 2005, todos eles envolvendo vítimas pertencentes ao povo Guarani-Kaiowá, em diversas modalidades de motivação.

¹² O relatório indica 21 vítimas em 2003, 83 em 2004, sendo 15 membros do povo Maxakali, de Minas Gerais, e 55 casos de lesão corporal dolosa foram registrados até o mês de agosto de 2005.

¹³ Consta na p. 115 do relatório a seguinte informação: “No período de janeiro de 2003 a agosto de 2005 foram localizadas 62 ocorrências de discriminação contra indígenas no Brasil, das quais 60% se referem a casos de racismo. Do total de ocorrências, 30,76% foram comunicadas ao Ministério Público Federal, mas apenas 10,76% delas foram objeto de medida judicial”.

¹⁴ Foram registrados 41 casos de violência sexual, abrangendo os crimes de estupro, atentado violento ao pudor e favorecimento da prostituição. As crianças e adolescentes são vítimas em cerca de 70% dos casos.

¹⁵ São inúmeras as notícias veiculadas na imprensa que denunciam ataques a comunidades indígenas. Destacam-se os seguintes casos: Em outubro de 2003, uma carta enviada pelos índios cinta-larga aos representantes do Estado Brasileiro, inclusive ao Presidente da República, reclamou medidas efetivas para coibir nova ameaça de genocídio perpetrada pela invasão de garimpeiros em terras indígenas. Segundo a carta, a nova ameaça indicaria o risco de conflitos e mortes, nos moldes do Massacre do Paralelo 11, ocorrido na Década de 60, classificado como genocídio em que nenhuma medida foi tomada pelo Estado Brasileiro. Registrou-se em 2003 ataque contra a comunidade Pataxó Hã-Hã-Hãe, localizada no município de Pau Brasil, na região chamada Água Vermelha, por um grupo de pistoleiros que disparou vários tiros durante uma visita da Comissão dos Direitos Humanos para avaliar a situação dos índios. Foram feitas denúncias ao Ministério Público Federal e à Comissão dos Direitos Humanos da Assembléia Legislativa da Bahia. Em 2004, na terra indígena Raposa Serra do Sol, município de Normandia, no estado de Roraima, um grupo de 40 pessoas, entre os quais havia rizicultores, fazendeiros, jagunços e índios cooptados por eles, invadiram a aldeia Jawari, derrubando e ateando fogo em residências, destruindo plantações e fechando a estrada de acesso à região. No episódio, os tiros disparados atingiram um homem que, além de ferido por 2 tiros, foi

O relatório aponta ainda que dos 60 povos indígenas isolados, já detectados, 17 correm risco de desaparecimento, situação que se acentua em razão da ausência de políticas públicas que promovam a demarcação e a preservação das terras indígenas. A omissão estatal foi igualmente destacada durante os debates ocorridos na X Conferência Nacional de Direitos Humanos, em junho de 2006, como fator determinante para a violação sistemática dos direitos fundamentais dos povos indígenas do Brasil.¹⁶

2.2 Massacre de Haximu (recurso extraordinário [RE] 351.487-3 Roraima)

2.2.1. Introdução

Dentre os poucos casos levados ao Judiciário relativamente à prática de genocídio, a morte de pelo menos doze índios Yanomami¹⁷ – conhecida por *Massacre de Haximu* –, ocorrida em junho de 1993 em uma longínqua região nas proximidades do rio Taboca, afluente do rio Orinoco, região de Haximu situada na fronteira do Brasil com a Venezuela,¹⁸ constituiu, sem dúvida, o mais emblemático. Com efeito, até então as raras discussões levadas ao STF se cingiam a aspectos tangenciais da temática, mais especificamente sobre o exame da competência para processamento e julgamento de crimes envolvendo, na condição de vítimas, a população indígena. Foi, aliás, o ocorrido quando do julgamento do *habeas corpus* (HC) 65.912-8/MG (06.05.1988)¹⁹ e do RE 179.485-2/AM (06.12.1994).²⁰

espancado. Em 2005, 30 pistoleiros atacaram o grupo Guaraní-Kaiowá na tentativa de retomada da terra indígena Sombreiro, Mato Grosso do Sul. Com tiros, mataram um homem, feriram outros 4 e uma mulher grávida; as vítimas foram espancadas, insultadas, amarradas em árvores e ameaçadas por disparos de tiros. <<http://reportersocial.com.br>> (28.12.2006) e <<http://cimi.org.br>> (20.12.2006).

¹⁶ <<http://www.cimi.org.br>> (20.12.2006).

¹⁷ Os Yanomami constituem uma sociedade indígena cujo território cobre aproximadamente 192.000 Km² situados em ambos os lados da fronteira Brasil-Venezuela na região do interflúvio Orinoco-Amazonas. No Brasil, a população é estimada em 12.500 pessoas. As causas para os mais recentes conflitos têm sua origem após o levantamento dos recursos minerais existentes no estado de Roraima realizado em 1975. A publicidade dada ao potencial mineral provocou um movimento de invasão garimpeira que alcançou o seu clímax no final da década de 80, quando estimativas apontaram para um número de 30 a 40.000 garimpeiros. Mesmo hoje, com a redução da atividade, alguns núcleos de garimpeiros ainda estão encravados na região, perpetuando, assim, os conflitos. Para maiores informações sobre o tema, em especial sobre os índios Yanomami, ver: <www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag.html> (20.12.2006).

¹⁸ O Relatório de Inspeção elaborado para dirimir as dúvidas sobre a localização exata da prática criminosa constatou que o genocídio ocorreu em território venezuelano. O delito foi julgado no Brasil por força do artigo 7º, I, d, do CP, que consagra o princípio da universalidade ao tratar como caso de extraterritorialidade incondicionada o cometimento de crime de genocídio por agente brasileiro ou domiciliado no Brasil. Relativamente às demais acusações formuladas contra os réus (ver item 2.1.2), a competência da justiça brasileira é condicionada, decorrente do artigo 7º, II, b, e, conseqüentemente, do preenchimento dos requisitos previstos no parágrafo 2º do mesmo artigo.

¹⁹ <www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> (20.12.2006).

²⁰ Idem.

No primeiro, o STF reconheceu a competência da Justiça Federal²¹ para julgamento de homicídios praticados contra três índios que ocupavam a reserva indígena do Xacriabá, no município de Itacarambi em Minas Gerais. Tomando por base o disposto no artigo 125, IV, da Constituição Federal (CF) de 1967,²² que fixava a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento dos crimes que afetassem os bens, serviços ou interesses da União, o STF entendeu que os fatos haviam atingido o dever jurídico daquela em sua tarefa de tutela e de resguardo da população indígena fixada em terras de domínio federal. O exame sobre a possibilidade de tipificação dos fatos ao crime de genocídio, embora suscitado, foi, ao final, desconsiderado sobre o argumento de que qualquer análise exigiria um estudo aprofundado das provas, o que extrapolaria os limites de cognição do *habeas corpus*.

No caso ocorrido contra a etnia Tikuna, no estado do Amazonas, uma vez mais o âmbito da discussão ficou concentrado no exame sobre as regras de competência. A diferença é que os fatos criminosos foram tipificados como genocídio contra etnia indígena e não como simples homicídio. A matéria aportou ao STF, após o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²³ afastar a competência da Justiça Federal sob argumento de que o artigo 109, XI, da CF de 1988 estabelecia uma regra de competência estrita e que não comportaria exegeses ampliativas. Dessa forma, a expressão ali constante – “disputa sobre direitos indígenas” – não poderia alcançar os crimes cometidos contra a população indígena, mas direitos de outra natureza. O STF, no entanto, por unanimidade de votos, decidiu que a abrangência do texto constitucional não poderia ser restringida. De fato, os ministros consideraram que os direitos dos indígenas

²¹ As normas gerais sobre a organização judiciária foram previstas pela Constituição de 1988. Em síntese, são seis as Justiças, das quais quatro têm caráter federal, sendo, portanto, Justiça da União. A expressão, note-se, visa contrapor a idéia de Justiça dos Estados. De qualquer modo, são elas: Justiça Federal (comum), Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar. A Justiça Federal, por sua vez, é composta pelos juízes federais de primeiro grau e pelos Tribunais Regionais Federais – TRF. Como observam Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco: *Teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 202: “O dualismo jurisdicional brasileiro tem origem na República, que instituiu também o regime federalista: foi em consequência deste que se entendeu a conveniência de distribuir as funções jurisdicionais entre os Estados e a União, reservadas para estas as causas em que é parte, para que não ficasse o Estado federal com seus interesses subordinados ao julgamento das Magistraturas das unidades federais. A Justiça Federal (comum) foi assim criada antes da Constituição de 1891 (a qual veio a consagrá-la). Depois foi extinta (Constituição de 1937) e a Constituição de 1946, sem instituir uma Justiça Federal em primeiro grau de jurisdição, criou apenas o Tribunal Federal de Recursos (as causas federais continuaram a ser julgadas, em grau inferior, por juízes estaduais das Capitais dos Estados – as Varas Privativas da Fazenda Nacional). Foi só com o ato institucional n.º 2 (27.10.1965) que, dando nova redação ao artigo 94 daquela Constituição, restabeleceu em sua plenitude a Justiça Federal, com a criação de três Tribunais Federais de Recursos (Distrito Federal, São Paulo e Recife), mas somente um chegou a ser criado e funcionar (Distrito Federal)”.

²² “Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: IV – os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

²³ Criado pela CF/88. O traço distintivo do STJ é a sua atribuição de controle da uniformidade de interpretação da lei federal.

alcançariam todos os bens e interesses daquela etnia, dentre os quais, obviamente, o direito à vida.

A competência também constituiu o cerne da discussão no *Massacre de Haximu*, mais especificamente o conflito entre o tribunal do júri e o juízo singular. O grande diferencial sobre os casos precedentes – e que reforça a importância jurídica do caso – ficou por conta das premissas lógicas tomadas e do raciocínio desenvolvido para a solução da problemática. Com efeito, pela primeira vez o STF fez uma análise detida sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de genocídio, diferenciando-o, assim, dos crimes dolosos contra a vida. Nesse ponto, constitui, inegavelmente, importante referência jurisprudencial para os próximos casos que eventualmente sejam levados ao conhecimento do Judiciário.

2.2.2. *Histórico*

Em 17 de agosto de 1993, um bilhete subscrito por uma freira chegou ao posto da comissão pró-Yanomami (CCPY), relatando a morte de sete crianças, cinco mulheres e dois homens em Haximu.²⁴ Os fatos, divulgados como genocídio étnico, logo alcançaram as principais manchetes dos meios de comunicação em massa. Em 25 de agosto de 1993, sessenta e nove sobreviventes chegaram ao posto de atendimento em Totoboi. Relataram, então, a ocorrência de dois ataques promovidos por garimpeiros. No primeiro, verificado em meados de junho, quatro homens adultos haviam sido mortos por armas de fogo em uma emboscada armada por garimpeiros.²⁵ Foi sucedido por uma retaliação com a morte de um garimpeiro. No segundo, entre os dias 22 e 23 de julho, um grupo de garimpeiros, armados com facão, espingardas e revólveres, cercou uma maloca²⁶ onde se encontrava um grupo de indígenas, a maioria crianças e mulheres. Os adultos foram mortos a tiros e mutilados com facão, as crianças com golpes de facão na cabeça e no peito e uma idosa, já cega, a golpes de pontapé.²⁷

Vinte e dois garimpeiros foram denunciados perante a Justiça Federal pela prática dos delitos de lavra garimpeira ilegal,²⁸ contrabando ou descaminho,²⁹

²⁴ www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia (19.12.2006).

²⁵ Segundo o relato de dois sobreviventes.

²⁶ Termo que indica habitação típica dos indígenas.

²⁷ Ver nota 27.

²⁸ Artigo 21 da lei n.º 7.805/89: “A realização de trabalhos de extração de substâncias minerais, sem a competente permissão, concessão ou licença, constitui crime, sujeito a penas de reclusão de 3 (três) meses a 3 (três) anos e multa”.

²⁹ Artigo 334, *caput* do CP: “Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

ocultação de cadáver,³⁰ dano qualificado,³¹ formação de quadrilha ou bando,³² todos em conexão com genocídio³³ e associação para o genocídio.³⁴ Desses, cinco³⁵ foram condenados, em 19.12.96, a penas variáveis de 19 a 20 anos de reclusão pelos crimes de genocídio e de 6 meses de detenção pelo crime de dano qualificado.

Julgando o recurso de apelação interposto pelos réus condenados, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, em 30.06.98, anulou, por maioria de votos, a sentença de primeiro grau, após reputar competente para processamento e o julgamento dos fatos o tribunal do júri, em razão de conexão com os crimes dolosos contra a vida. O cerne da argumentação tomou por base a prevalência da norma constitucional – artigo 5º, inciso XXXVIII – que assegura, como garantia fundamental, o julgamento de qualquer pessoa acusada pela prática de crime doloso contra a vida pelo tribunal do júri. Após a interposição de recurso especial pelo Ministério Público Federal (MPF), os autos aportaram ao STJ. Por unanimidade, os ministros restabeleceram a validade da sentença de primeiro grau, enfatizando, para tanto, as características próprias do genocídio (objetividade jurídica, descrição típica e sujeitos ativo e passivo), que não se confundiriam com aquelas inerentes aos crimes dolosos contra a vida. É o que se infere do seguinte trecho do voto do relator que ora é destacado:

A conjunção destas duas normas, uma inserta no Texto Maior e a outra na legislação infraconstitucional, leva-nos à conclusão de que todas as ações que configurem o crime de genocídio não estão subordinadas ao Tribunal do Júri, posto que estes delitos não se dirigem, em primeira linha, somente contra a vida do indivíduo, mas contra um grupo ou parte de um grupo de pessoas. Anote-se que o crime de genocídio tem objetividade jurídica, tipos objetivos e subjetivos, bem, como sujeito passivo, inteiramente distintos daqueles arrolados como crimes contra a vida.

³⁰ Artigo 211 do CP: “Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.

³¹ Artigo 163, parágrafo único do CP: “Se o crime é cometido: I – com violência à pessoa ou grave ameaça; II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave; III – contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa, além da pena correspondente à violência”.

³² Artigo 288 do CP: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

³³ Artigo 1º, a da Lei n.º 2889/56: “Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo [...] Será punido: com as penas do artigo 121, parágrafo segundo do Código Penal, no caso da letra a”.

³⁴ Artigo 2º da Lei n.º 2889/56: “Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para a prática dos crimes mencionados no artigo anterior. Pena – metade da cominada aos crimes ali previstos”.

³⁵ Pedro Emiliano Garcia, Eliézio Monteiro Néri, Juvenal Silva, João Pereira de Moraes e Francisco Alves Rodrigues; este último faleceu, tendo sido reconhecida a extinção de sua punibilidade, nos termos do artigo 107, I do CP.

[...]

Outrossim, o bem jurídico tutelado é a vida em comum dos grupos de homens da comunidade de povos, ou seja, da etnia, sendo, no presente caso, a existência da tribo HAXIMU, dos YANOMAMI, localizada em terras férteis para lavra garimpeira. Logo, garantem-se, como bem jurídico, os ideais humanitários de que todos os povos ou grupos de pessoas, entre eles os silvícolas, não obstante suas diferenças, têm a pretensão ao reconhecimento de sua dignidade humana e existência. Não se trata, logicamente, de considerar a humanidade como bem jurídico tutelado, o que dificultaria qualquer pretensão punibilidade dos atos praticados, mas de identificar valores particularmente dignos de proteção jurídica no respeito humano às pessoas que integram certos grupos que de outros se destacam apenas por sua raça, nacionalidade ou religião.

Deste acórdão os réus interpuseram recurso extraordinário ao STF, alegando, para tanto, a violação da norma constitucional que reservaria ao tribunal do júri, de forma soberana e exclusiva, a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais estaria incluído o genocídio.

2.2.3. *A delimitação do bem jurídico*

Para o deslinde da questão afeta à competência, o STF examinou, em um primeiro momento, o bem jurídico tutelado pelo crime de genocídio, quando então identificou a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como o seu objeto jurídico e que, dessa forma, não se confundiria com os bens primários lesados pelo genocídio. Em outras palavras, a lesão à vida e à integridade física seriam apenas meios para a realização deste crime. Tal constatação, segundo o STF, seria suficiente para afastar qualquer equiparação entre o genocídio e os crimes dolosos contra a vida, razão pela qual estaria ele afeto ao juízo monocrático e não ao tribunal do júri.

Ocorre que o STF foi mais além, enfrentando também a problemática sobre eventual multiplicidade de crimes de genocídio na hipótese de prática de várias condutas homogêneas, tais como diversos homicídios. Dessa forma, e na esteira das considerações doutrinárias de Alicia Gil Gil³⁶ sobre a primeira sentença

³⁶ Alicia Gil Gil: "Comentario a la primera sentencia Del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio (Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999 – 3 StR 215/98 – OLG Dusseldorf): relaciones concursales entre un delito contra un bien jurídico colectivo – genocidio – y los delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos cometidos en su ejecución", em Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 4, Madrid, 1999, 2.ª época, pp. 771-798.

do Tribunal Supremo alemão relativamente ao crime de genocídio, o STF concluiu o seguinte:

[...] todas as distintas ações previstas – ‘matar’, ‘causar lesão grave’, ‘submeter o grupo a condições capazes de causar sua destruição total ou parcial’, ‘adotar medidas para impedir nascimentos’, ‘efetuar transferência forçada de crianças’ – não [representariam] tipos independentes, senão modalidades diversas de comissão do crime de genocídio.

Tratando-se, pois, de tipo misto alternativo, cada uma das modalidades significaria apenas um distinto grau no desvalor da ação criminosa, razão pela qual uma só aplicação do tipo penal já realizaria todo o juízo de desvalor. Tal conclusão, acrescentou o STF, se adequa perfeitamente à estrutura típica do crime de genocídio, cuja “intenção de destruir o grupo compreende a intenção de praticar os atos individuais que levam à destruição perseguida.

Diante de tais premissas, o STF considerou correta a solução dada pelas instâncias inferiores ao *Massacre de Haximu*, as quais reconheceram a unidade delitiva e reputaram os fatos ocorridos da seguinte forma:

[...] os diversos ataques (homicídios) [constituem] uma unidade delitiva, e por um só crime de genocídio foram os recorrentes condenados com base na pena atribuída à forma de ataque mais grave, ou seja, a prevista na primeira parte da cominação, equivalente à pena prevista pelo artigo 121, parágrafo segundo do Código Penal.³⁷

O STF, entretanto, questionou a ausência de solução para os vários crimes de homicídio os quais, no entendimento dos ministros, não teriam sido absorvidos pelo genocídio. Para eles, o ataque ao bem jurídico coletivo não afastaria os diversos ataques aos bens jurídicos individuais, uma vez que o “desvalor do crime de genocídio não absorve nem dilui o desvalor dos crimes contra bens jurídicos individuais ofendidos na prática dos atos próprios de cada modalidade de sua execução”.

Seguindo por essa linha de raciocínio, o STF afastou toda e qualquer possibilidade de concurso aparente de normas no *Massacre de Haximu*. Com efeito, para os ministros, a relação de especialidade não estaria configurada, haja vista não ser o genocídio o resultado da soma do tipo do *homicídio mais um elemento especial*. De mais a mais, o homicídio não é a única forma pela qual o genocídio poderia ser executado, havendo outras formas que,

³⁷ A pena é de 12 a 30 anos de reclusão.

a rigor, constituiriam outros tipos penais. Quanto à subsidiariedade, a diversidade de bens jurídicos a tornaria igualmente inaplicável. Finalmente, quanto à consunção, o STF afirmou não ser o genocídio resultante de uma fusão normativa, e sim tipo penal autônomo, o que se infere da seguinte assertiva:

Finalmente, quanto à consunção, o STF afirmou não ser o genocídio resultante de uma fusão normativa, mas tipo penal autônomo que visa especificamente à proteção de bem jurídico próprio, qual seja a existência de grupo nacional étnico, racial ou religioso, e o faz por meio da proscrição de condutas que, em contexto diverso, constituem crimes contra outros bens jurídicos individuais (vida, integridade física, liberdade etc.), nos quais o desvalor da conduta não coincide com o genocídio.

Partindo dessas premissas e invocando uma vez mais as considerações doutrinárias de Alicia Gil Gil,³⁸ o STF entendeu que a solução mais adequada seria a de considerar existente um concurso real de crimes entre o genocídio e os homicídios. Assim, entre os diversos crimes de homicídio haveria continuidade delitiva nos termos do artigo 71 do Código Penal (CP).³⁹ E entre este e o genocídio haveria concurso formal imperfeito – desígnios autônomos –, conforme preceituado pelo artigo 70, *caput*, segunda parte do CP.⁴⁰ Tal solução, conclui o STF, implicaria no reconhecimento de um concurso entre crime doloso contra a vida e o genocídio, o que levaria à competência do Tribunal do Júri. Entretanto, como os réus haviam sido condenados apenas pelo genocídio e não pelo homicídio, e como o recurso havia sido exclusivo da defesa – o que levaria à proibição da *reformatio in pejus* –, o STF negou provimento ao recurso extraordinário mantendo, dessa forma, a sentença de primeiro grau.⁴¹

³⁸ Comentário..., op. cit., p. 791. Aliás, o acórdão destacou o seguinte trecho da autora: “cuando un sujeto atenta contra varios individuos cometiendo lesiones de bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, etc., y además lo hace con la intención de destruir el grupo al que dichos individuos pertenecen, está cometiendo un genocidio, delito para el que todas esas conductas suponen únicamente una progresión en el ataque al mismo bien jurídico y quedan integradas en una unidad delictiva, y comete al mismo tiempo los respectivos delitos de homicidio o asesinato, lesiones, agresiones sexuales, etc”.

³⁹ Artigo 71, *caput*: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e pelas condições de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”. Parágrafo único: “Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do artigo 70 e do artigo 75 deste Código”.

⁴⁰ Artigo 70, *caput*: “Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no parágrafo anterior”.

⁴¹ A decisão do Supremo Tribunal Federal que negou provimento do Recurso Extraordinário foi publicada em 10.11.2006 e transitou em julgado em 12.12.2006.

2.3. Massacre do Capacete (RE 179485-2 Amazonas)

Outro caso igualmente emblemático foi o massacre dos índios Tikuna⁴² ocorrido no dia 28 de março de 1988 em uma localidade conhecida como Boca do Capacete, no município de Benjamim Constant, na região do alto Solimões, no estado do Amazonas. Na ocasião, índios da etnia Tikuna das comunidades de Bom Pastor, São Leopoldo, Porto Espiritual e Novo Porto Lima, inconformados com o desaparecimento de um boi, dirigiram-se até a Boca do Capacete, onde aguardaram a presença de componentes da Polícia Militar e do advogado da Fundação Nacional do Índio (FUNAI),⁴³ na busca por uma solução para o incidente. Os registros oficiais⁴⁴ dão conta de que estavam calmos e tranquilos, tanto que se puseram a colher açaí visando a preparação de vinho que seria consumido por todos. Todavia, ao notar a presença dos índios, um produtor rural, fazendo uso de seu deslizador, subiu e desceu o rio convocando vários moradores para, armados, dirigirem-se ao encontro dos indígenas. Quando retornaram, sem qualquer diálogo prévio, passaram a efetuar vários disparos, perseguindo os índios pelo interior da mata, assim como pelo rio. Do evento, quatro índios foram mortos – dentre os quais uma criança de seis anos – e outros dezenove sofreram lesões corporais. Os corpos de dez índios jamais foram achados. Doze pessoas foram processadas como co-autoras no genocídio e uma na condição de partícipe.⁴⁵

A grande discussão jurídica que permeou o caso, e que inclusive foi objeto de numerosos recursos, foi o conflito positivo de competência entre a Justiça Estadual e

⁴² O povo Tikuna, também denominado Tukuna, ou Maguta, habita a região do Alto Solimões, no Estado do Amazonas, próximo da fronteira do Brasil com o Peru e com a Colômbia. Há quatro séculos foram registrados os primeiros contatos com este povo. O etnólogo alemão, Kurt Nimuendaju, autor do primeiro estudo sistemático sobre essa etnia, identificou o seu território, espalhado por uma vasta área da Amazônia, que incluía desde o alto Solimões até o município de Berure, próximo a Manaus. É rica a cultura e a atividade artística dos Tikuna, as quais compreendem um vasto universo de cerimônias e rituais que celebram diversas facetas da vida humana. Os tikuna somavam 24.883 membros no estado do Amazonas em 2005, 4.200 no Peru em 1988, e 4.535 na Colômbia em 1988. A informação sobre o número de membros no estado do Amazonas está disponível em <http://www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=991&eid=324> (10.1.2007) e o número de membros do grupo existentes no Peru e na Colômbia está disponível em <http://socioambiental.org/pib/epi/verbetinho/comfoto/tikuna.htm> (14.1.2007). Demais informações disponíveis em <http://indian-cultures.com/Cultures/tikuna.html> (15.1.2007) e <http://www.brasiloeste.com.br> (20.12.2006).

⁴³ Órgão governamental oficialmente responsável pela implementação de políticas indígenas.

⁴⁴ Conforme narrativa exposta na denúncia pelo Ministério Público.

⁴⁵ Ainda que a legislação penal não tenha feito uma distinção expressa, as figuras de co-autor e partícipe não se confundem. Com efeito, embora o Código Penal tenha adotado, como regra, a teoria monista (artigo 29), fez concessões à concepção dualista ao conferir tratamento diferenciado a autores e partícipes. De fato, autor é quem realiza a conduta típica. Entre os vários co-autores não há diversidade de crimes. Todos se nivelam, pois contribuíram para a realização do evento. O partícipe, por sua vez, é quem concorre, de qualquer modo, para a realização do tipo penal. Para um exame mais detalhado sobre o assunto, ver: Paulo José da Costa Júnior: *Comentários ao código penal. Parte geral*, São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 232-239, V.1.

Federal, o qual foi solucionado pela prevalência desta após decisão do STF no RE 179.485-2/AM, proferida em 06 de dezembro de 1994. Aliás, como visto,⁴⁶ serviu este como precedente quando do julgamento do *Massacre de Haximu*. De qualquer modo, diferentemente daquele, a questão não envolveu a discussão sobre a competência do tribunal do júri ou do juiz singular, mesmo porque, desde o início, a denúncia havia limitado a imputação jurídica apenas à prática do genocídio. Superada, dessa forma, a problemática relativa à competência, em 18 de maio de 2001 a 1ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado do Amazonas condenou doze dos réus a penas variáveis de 15 a 25 anos de reclusão pela prática de genocídio, absolvendo-os, todavia, da imputação relativa à associação para o cometimento de tais crimes.

No julgamento de apelação interposta por alguns dos réus, o TRF da 1ª Região reduziu a pena de todos para 12 anos de reclusão, reformando, ainda, a decisão monocrática para decretar a absolvição de um deles. A par de uma pequena referência quanto à possibilidade de subsunção dos fatos ao crime de homicídio – ao invés de genocídio –,⁴⁷ o acórdão concentrou o seu exame nos critérios utilizados pelo juiz singular para a individualização da pena. Nesse sentido, reputou exageradas as considerações aduzidas para o aumento da pena base, que no seu entender teriam sido produto de uma nefasta influência decorrente da cobertura feita pelos meios de comunicação.⁴⁸

Já em sede de execução criminal, seis dos condenados obtiveram o livramento condicional após o cumprimento de um terço da pena. Os fatos delituosos, note-se, haviam sido cometidos antes do advento da Lei n.º 8.072/90, que fixou um regime punitivo mais rigoroso para o que se convencionou denominar de crimes hediondos.⁴⁹ Dentre as diversas medidas ali previstas restou estabelecida a exigência de cumprimento de mais de dois terços da pena para a obtenção do livramento condicional.⁵⁰ Por tratar-se de notório exemplo de lei penal mais severa, não lhe foi reconhecida

⁴⁶ Conforme item 2.1.1 supra.

⁴⁷ Como se depreende do seguinte trecho: “Em tais circunstâncias, com a morte de quatro pessoas, fica difícil dizer que os acusados tivessem a intenção deliberada e orquestrada de eliminar a etnia Tikuna, praticando o genocídio”. http://arquivo.trf1.gov.br/AGText/2001/046900/200101000469534_2.doc (03.1.2006).

⁴⁸ “Como se vê, a douta julgadora, dentro do clima emotivo do caso, que se diz insuflado pela mídia nacional e internacional, derramou toda uma catilinária de adjetivos contra os acusados, a ponto de desprezar, expressamente as circunstâncias da primariedade e da ausência de antecedentes, para impor-lhes pesadíssimas penas, a começar por uma pena-base oito anos acima do mínimo legal”.

⁴⁹ Ver nota 9.

⁵⁰ Conforme redação do artigo 83, V do CP, dada pela Lei n.º 8.072/90: “O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade, igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...] V- cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

a aplicação retroativa, razão pela qual prevaleceram as disposições originais do CP sobre a matéria.⁵¹

Posteriormente, dois dos condenados foram beneficiados com a concessão de indulto – decreto 5.295/04⁵² –, com a conseqüente extinção da punibilidade. As decisões, entretanto, não foram tecnicamente corretas. Isso porque as penas privativas pelas quais se viram condenados extrapolavam o limite máximo previsto pela legislação para a concessão do benefício – “não superior a seis anos” –. A circunstância, todavia, passou despercebida pelos órgãos públicos envolvidos na execução criminal.⁵³ Já os pedidos formulados por outros dois condenados foram corretamente indeferidos, tendo sido, então – e com fundamento no mesmo decreto –, agraciados com a comutação de um quarto de suas penas.⁵⁴

3. Racismo. Caso Siegfried Ellwanger. (HC 82.424-2 Rio Grande do Sul).

3.1. Histórico

O grande marco desta paradigmática decisão do STF foi o de fornecer uma conceituação jurídica para a expressão “crime de racismo”, prevista pelo legislador constituinte quando a associou à imprescritibilidade. Trata-se de importante precedente para futuros julgamentos e interpretações de todas as questões que envolverem a discussão sobre os termos “raça”, “racismo” e “preconceito racial”. Daí a sua importância como futuro padrão exegético para o tipo penal de genocídio previsto pelo ER,

⁵¹ Artigo 83, I do CP: “[...]: I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; [...]”.

⁵² <http://www.planalto.gov.br> (10.12.2006).

⁵³ Com efeito, o artigo 1º, I do aludido decreto dispôs: “É concedido indulto condicional: I – ao condenado à pena privativa de liberdade não superior a seis anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiado com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2004, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente” (grifo nosso).

⁵⁴ Artigo 2º, do decreto n.º 5.295/04: “O condenado à pena privativa de liberdade, não substituída por restritiva de direitos ou multa e não beneficiado com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2004, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber o indulto, terá comutada a pena remanescente de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente, aferida na data acima mencionada”.

assim como para orientação do legislador quando da regulamentação deste perante o sistema jurídico nacional.

Na qualidade de escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., Siegfried Ellwanger escreveu, editou, distribuiu e vendeu obras consideradas anti-semitas. Algumas de sua autoria – *Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século* – e outras da lavra de autores nacionais e estrangeiros – *O judeu internacional* de Henry Ford, *A história secreta do Brasil*, *Brasil colônia de banqueiros* e *Os protocolos dos sábios de Sião*, os três de Gustavo Barroso e *Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra* de Louis Marschalko. Todas, de acordo com a acusação, negavam fatos históricos relacionados com o holocausto e continham mensagens “*racistas e discriminatórias*”, semeando entre os leitores “*sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica*”.

Absolvido em primeiro grau, Siegfried foi condenado, por unanimidade, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), após o processamento de apelação interposta pelos assistentes de acusação, à pena de dois anos de reclusão com *sursis*,⁵⁵ pelo prazo de quatro anos, como incurso no artigo 20, *caput* da Lei n.º 7 716/89⁵⁶ com redação dada pela Lei n.º 8 081/90.⁵⁷ Questionando a incidência da cláusula da imprescritibilidade, seus advogados impetraram *habeas corpus* perante o STJ que, por sua vez, denegou a ordem.⁵⁸ A decisão fez com que Siegfried se valesse do mesmo meio processual perante o STF. O ponto central da impetração repousou no argumento de que o delito de discriminação contra os judeus não constitui, no rigor técnico, um crime de racismo e, dessa forma, não poderia estar sujeito à cláusula da imprescritibilidade prevista pelo artigo 5º, inciso XLII da CF/88.⁵⁹ Com apoio em

⁵⁵ Suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade. Seus requisitos estão definidos pelo artigo 77 do CP, a saber: a) pena privativa não superior a 2 anos, b) condenado não reincidente em crime doloso, c) culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizarem a concessão do benefício, d) não seja indicada ou cabível a aplicação de pena restritiva. A legislação prevê, ainda, o chamado *sursis* etário, para os condenados maiores de setenta anos, desde que a pena não seja superior a quatro anos, e o *sursis* humanitário, quando razões de saúde justificarem a suspensão.

⁵⁶ <http://www.planalto.gov.br> (10.1.2007).

⁵⁷ “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos”.

⁵⁸ Com a seguinte ementa: “Criminal. Habeas Corpus. Prática de racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Pedido de afastamento da imprescritibilidade do delito. Considerações acerca de se tratar de prática de racismo, ou não. Argumento de que os judeus não seriam uma raça. Sentido do termo e das afirmações feitas no acórdão. Impropriedade do writ. Legalidade da condenação por crime contra a comunidade judaica. Racismo que não pode ser abstraído. Prática, incitação e induzimento que não devem ser diferenciados para fins de caracterização do delito de racismo. Crime formal. Imprescritibilidade que não pode ser afastada”.

⁵⁹ “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”.

diversos estudos, inclusive de autores de origem judaica, aduziu não constituir o povo judeu uma raça, razão pela qual pediu fosse suspensa a averbação de imprescritibilidade constante na condenação com a conseqüente extinção da punibilidade em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. O STF, por maioria, indeferiu o *habeas corpus*. Dos dez ministros que tomaram parte no julgamento, sete votaram pela denegação da ordem, dois a favor e um a concedeu *ex-officio* para absolver o paciente por falta de tipicidade da conduta.⁶⁰

3.2. Delimitando os conceitos de raça e racismo

De acordo com o exposto pelos votos minoritários, por encontrar-se associada à imprescritibilidade, a expressão racismo prevista pela CF deveria ser interpretada restritivamente. Para tanto, valeu-se o ministro Moreira Alves de uma exegese histórica, após reputar inviável uma interpretação evolutiva diante da proximidade temporal entre os fatos e o texto constitucional. No seu entender, os motivos que teriam justificado a inclusão de tal dispositivo na Constituição estariam associadas ao desejo de proteger e combater as manifestações de preconceito contra a raça negra. Dessa forma, e com apoio em vários autores, concluiu não serem os judeus uma raça e, além disso, decidiu que o conceito de racismo estaria jungido à seguinte categoria:

[...] crimes humanos assinalados por diferentes características físicas [e] que podem ser transmitidas por herança, [quais sejam]: a cor da pele, a estatura, a forma de cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo.⁶¹

Partindo dessas considerações, aduziu o ministro: “não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado”.

O posicionamento majoritário do STF, bem expressado pelo voto do ministro Maurício Corrêa, entendeu insuficiente uma concepção puramente biológica do termo

⁶⁰ Votaram por denegar a ordem os ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluzo. Foram vencidos os votos dos ministros Moreira Alves e Marco Aurélio. Pela atipicidade da conduta votou o ministro Carlos Britto.

⁶¹ Referências extraídas de Nicola Abbagnano: *Diccionario de Filosofía*. Trad. Galleti, México: Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 977-978.

racismo o qual, na verdade, deveria ser compreendido em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados. Com base em recentes estudos, questionou a base científica para a divisão dos homens em raças. De acordo com o seu entendimento, tal divisão seria decorrente de um processo político-social originado da intolerância dos [próprios] homens. Nesse ponto, o anti-semitismo seria uma inegável forma de racismo, por sustentar sua filosofia na superioridade de uma raça sobre a outra. É o que se dessume do seguinte trecho que ora é destacado de seu voto:

Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem-no discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros.

Destarte, para a posição majoritária do STF o racismo está associado a uma concepção histórica, política e social que, na verdade, é a que teria inspirado o legislador constitucional quando circunscreveu tal prática à imprescritibilidade do poder-dever punitivo estatal. O anti-semitismo, que havia sido amplamente pregado pelos nazistas a ponto de figurar como um dos pontos centrais de sua dogmatização, é, portanto, uma destas típicas formas de racismo justamente por se opor ao que reputa uma raça inferior. Nessa linha, os livros escritos e publicados pelo réu, sob o manto de um pretenso revisionismo, objetivaram, em realidade, distorcer fatos históricos e restaurar aquela doutrina. Para tanto, negaram a existência do holocausto e imputaram aos judeus todas as responsabilidades da Segunda Guerra Mundial. É, note-se, o que asseverou o ministro Maurício Corrêa:

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e

é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.

[...]

Dessa forma, dúvida não pode haver de que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se opõe a determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos humanos. Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de “revisão”, como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.

Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração é apresentado como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir os horizontes que permitem a sua hegemonia. Pretende, pois, alterar fatos históricos incontroversos, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu.

Em busca de reforço para um conceito mais amplo de racismo que não ficasse limitado ao agrupamento de certas características físicas, o STF buscou amparo em diversos documentos internacionais de direitos humanos, entre os quais a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada e ratificada pelo Brasil sem reservas (decreto n.º 65 810/69). Com efeito, seu artigo 1º qualificou como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e seu artigo 4º condenou a incitação às práticas discriminatórias que se inspirassem “*em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais*”. Outra alusão foi ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966,⁶² que também proibiu a “*apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência*”, dispositivo reiterado pelo Pacto de São José da Costa Rica (artigo 13.5),⁶³

⁶² Ratificado pelo Brasil pelo decreto legislativo n.º 226, de 12.12.1991 e promulgado pelo decreto n.º 592/92. <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm> (10.1.2007).

⁶³ “A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação à hostilidade, ao crime ou à violência”.

igualmente incorporado ao direito brasileiro.⁶⁴ Também foi objeto de lembrança a Resolução 623 da Assembléia Geral da ONU de dezembro de 1988, que instou os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame das formas contemporâneas de racismo, entre as quais o anti-semitismo. Todas as referências, segundo o STF, indicam que a relação anti-semitismo e racismo é respaldada pelo Direito Internacional, fato que não teria passado despercebido para o legislador constituinte. Nesse sentido, assinalou o ministro Maurício Corrêa:

Como visto nos tratados internacionais, o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidos como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, a escravidão e o apartheid sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei 7.716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8.081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais.

Por fim, após afirmar não serem as liberdades públicas incondicionais, o STF afastou qualquer possível incongruência entre a condenação do réu e a garantia da liberdade de expressão. E ainda que algum conflito entre elas houvesse, prevaleceria, necessariamente, a solução mais consentânea com a proteção dos direitos humanos, qual seja: o combate a toda forma de racismo:

Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.

Em conclusão, o STF decidiu que qualquer exegese meramente gramatical do dispositivo constitucional de modo a limitar os direitos de determinados grupos da sociedade implicaria negação do princípio da igualdade e, em conseqüência, a própria prevalência dos direitos humanos, pois significaria tratar de forma desigual aqueles que, essencialmente, deveriam gozar das mesmas garantias.

⁶⁴ Decreto n.º 678/92. <http://www.planalto.gov.br> (10.1.2007).

4. Cooperação penal internacional

Tratar-se-á de examinar dois casos de extradição passiva em que o STF enfrentou temas controvertidos, como a delimitação jurídica de crime político, cuja caracterização veda a possibilidade de extradição,⁶⁵ e o condicionamento da concessão da extradição à tomada de compromisso diplomático firmado com o Estado requerente para comutação de penas proscritas pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁶

A extradição está disciplinada nos artigos 76 a 94 do Estatuto dos Estrangeiros (EE)⁶⁷ e nos artigos 207 a 214 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).⁶⁸ Fundada em tratado entre o Estado requerente e o Estado requerido, ou em promessa de reciprocidade entre ambos,⁶⁹ a extradição poderá ser instrutória quando houver processo penal em curso no Estado-requerente, tendo sido a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente; ou poderá ser executória quando tiver origem em condenação penal transitada em julgado com imposição de pena privativa de liberdade.

4.1. Caso Franz Paul Stangl⁷⁰

4.1.1. Histórico

Em 1967 foram submetidos ao STF três pedidos de extradição requeridos pela República Federal da Áustria (extradição 272), pela República Federal da Alemanha (extradição 274) e pela República Federal da Polônia (extradição 273), figurando

⁶⁵ Artigo 5º, III, da CF – “Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”.

⁶⁶ Artigo 5º, XLVII, da CF – “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. O mesmo artigo 5º, em seu inciso II, veda ainda a extradição de brasileiro, “salvo o naturalizado em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

⁶⁷ Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980.

⁶⁸ Conforme o artigo 102, I, g da CF, compete originariamente ao STF o processamento e julgamento de pedido de extradição de Estado estrangeiro.

⁶⁹ Artigo 76, da Lei n.º 6.815/80: “A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade”. (Renumerado e alterado pela Lei n.º 6.964, de 9 de dezembro de 1981).

⁷⁰ Para considerações doutrinárias sobre o caso, ver: Florisbal de Souza Del’Olimo: A extradição no alvorecer do século XXI, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. O acórdão foi publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 43/168.

como extraditando Franz Stangl, sobre quem pesavam várias acusações de prática de homicídios em massa cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, a saber: a) no instituto de Hartheim, Áustria, em 1940; b) no campo de extermínio de Sobibór, construído em 1942 na comarca de Lublin, Polônia, e c) no campo de extermínio de Treblinka, construído a partir de 1º de junho de 1942, a oitenta quilômetros de Varsóvia.⁷¹

Embora na aparência Hartheim figurasse como um instituto médico, na verdade integrava a rede da chamada *Ação Brak*, iniciada na Alemanha e posteriormente estendida à Áustria. Destinava-se à eliminação de doentes mentais, de idosos, dos incapacitados para o trabalho e daqueles reputados politicamente perigosos. De acordo com o apurado, os métodos de extermínio variavam desde o uso de veneno até o emprego de câmaras de gás. Franz Stangl foi acusado de participar da direção juntamente com os Drs. Rudolf Lonauer e Georg Reno. Sobibór, por sua vez, era um campo de extermínio onde foram largamente utilizadas as câmaras de gás. Estimativas apontam para a morte de 250.000 judeus entre abril de 1942 e outubro de 1943. Stangl foi acusado de comandar aquele campo, cabendo-lhe, entre várias funções, a chefia das equipes de vigilância. Treblinka também era um campo de extermínio. Cálculos elaborados pela Comissão Central de Investigação dos Crimes Alemães

⁷¹ Destaca-se também o caso Gustav Fraz Wagner, acusado como co-autor de crimes de homicídio praticados no Instituto de Extermínio de Hartheim, instalado na Áustria, em 1940, e no campo de extermínio de Sobibór, na Polônia, pelo assassinato de, pelo menos, 150 mil pessoas. Pediram a extradição de Wagner a Alemanha (extradição 356-9), Israel (extradição 358-5), a Áustria (extradição 359-3) e a Polônia (extradição 360-7), tendo sido os quatro pedidos processados conjuntamente, sob a relatoria do ministro Cunha Peixoto. O STF indeferiu o pedido por unanimidade em razão da extinção da punibilidade, pela prescrição. O pedido de Israel foi de pronto rejeitado sob o argumento de não existir aquele Estado à época dos fatos, razão pela qual o mesmo não teria legitimidade para requerer a extradição, além de ter sido o pedido fundado em lei posterior à ocorrência do fato (Lei n.º 5 710/50, do Estado de Israel), o que violaria o princípio da anterioridade da lei penal, e de se encontrar o crime prescrito, conforme a legislação brasileira. Os pedidos da Áustria e da Polônia foram rejeitados porque, no entendimento do STF, os requerentes não praticaram nenhum ato interruptivo da prescrição, requerendo-a após o transcurso do prazo de 20 anos, o que foi de encontro à proibição inserta no Decreto Lei n.º 941/69, legislação vigente à época e que já vedava a extradição de crime prescrito, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente. Reconhecida a competência da Alemanha para julgar os crimes praticados, com fundamentos no precedente criado pelo julgamento de Stangl, é de se destacar a análise da legislação alemã, pois, neste caso, o ministro relator entendeu que, embora não se tivesse operado a prescrição, pela legislação brasileira (por força das causas de interrupção decorrentes das sentenças proferidas contra os co-réus, na Alemanha), o mesmo não se deu no país requerente, onde a interrupção do prazo prescricional de um réu não aproveita aos demais. Entendeu o STF que o juiz brasileiro, quando provocado a decidir questão envolvendo direito internacional, *está autorizado a interpretar esse direito positivo estrangeiro, até mesmo porque, não fosse assim, estaria ele impedido de exercer o poder judicante que a lei pátria lhe conferiu*. Destarte, concluiu que os crimes imputados ao extraditando já estavam prescritos segundo a legislação alemã, porque, sendo o prazo prescricional do crime de homicídio de 20 anos, segundo a lei daquele país à época dos fatos, e tendo os crimes do campo de extermínio de Sobibór ocorridos até 1943, o prazo prescricional se encerrou em 1963. Considerou a corte constitucional que durante todo o período não foi realizado nenhum ato judicial hábil a interromper a prescrição, somente sendo praticado o primeiro em 1967, quando já se encontrava extinta a punibilidade do réu.

apontaram para o assassinato de 700.000 pessoas. O mais alto índice de mortes – agosto a novembro de 1942 – coincidiu com o período da administração de Stangl.

Com o término da Segunda Guerra, Stangl foi detido pelas autoridades americanas de ocupação, em 2 de junho de 1945. Fugiu em 30 de maio de 1948 e acabou sendo detido em São Paulo, onde trabalhava como técnico-mecânico da Volkswagen. Quando interrogado, admitiu ter ingressado no país em 8 de agosto de 1951, onde conseguiu obter documentos de identidade em nome de Paul Stangl. Reunidos os pedidos de extradição para julgamento único, o STF, por unanimidade, autorizou a entrega, primeiramente à Alemanha, com o compromisso de conversão da pena de prisão perpétua em prisão temporária, bem como de ulterior entrega à Justiça da Áustria.

Várias foram as questões jurídicas suscitadas perante o STF quando do exame dos requerimentos de extradição. As limitações do presente trabalho, obviamente, impedem sejam todos analisados, motivo pelo qual serão alvo de exame os pontos relacionados com a comutação da pena, a aplicação retroativa da Convenção Internacional sobre Genocídio, o afastamento de seu caráter político, e, por fim, a obediência hierárquica como causa excludente de culpabilidade.

4.1.2. Comutação de pena⁷²

Tomando por base o precedente da extradição 241, em que a extradição foi concedida com a condição de comutação da pena de trabalhos forçados, o STF vinculou a execução da medida ao compromisso do governo alemão de converter a pena de prisão perpétua em prisão de caráter temporário. Reputou prevalente a norma constitucional que expressamente vedava a imposição de determinadas penas, entre as quais a de caráter perpétuo. Lembrou fundarem-se, tanto o direito extradicional quanto as previsões da CF de 1967,⁷³ por sentimentos humanitários os quais não poderiam ser desconsiderados no exame da medida.

⁷² A imposição da comutação da pena de prisão perpétua como condição para concessão da extradição constituía o posicionamento pacífico do STF até 1985, quando foi afastada no julgamento da extradição 426-3, requerida pelo governo dos Estados Unidos (vide item 4.2.3). A condição passou a ser novamente exigida a partir do caso Norambuena, extradição 855-2, requerida pelo Chile, que será objeto de análise a seguir.

⁷³ Art 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”.

4.1.3. *Genocídio: aplicação retroativa da Convenção Internacional.*

O STF afastou as alegações de violação do princípio *nullum crimen sine lege* aduzidas pela defesa do extraditando. Isso porque os requerimentos haviam sido fundados na prática de homicídios qualificados e não no cometimento de genocídio. Dessa forma, o deferimento da medida não induziria à aplicação retroativa da respectiva Convenção Internacional. Ademais, conforme aduzido pelo STF, várias das condutas inseridas como elementares para composição do tipo penal de genocídio já constituíam figuras delituosas autônomas nos ordenamentos dos países envolvidos. É o que restou assentado pelo ministro Victor Nunes:

Os crimes imputados ao extraditando estão hoje qualificados como genocídio, em Convenção que foi ratificada, entre outros, pelo Brasil e pela Polônia, e ambos esses países promulgaram leis a respeito (decreto de 13.8.44; lei bras. n.º 2 889, de 1.10.56). Esta circunstância, entretanto, não permite contrapor-se o princípio da irretroatividade ao exame dos presentes pedidos de extradição, pois na tipificação do crime de genocídio estão compreendidas outras figuras delituosas – especialmente o homicídio – que já se encontravam nos códigos de todos os povos civilizados.

Semelhante raciocínio também foi empregado para o enfrentamento das discussões relativas à configuração de criminalidade política.⁷⁴ De fato, o deferimento da medida não tomou por fundamento as disposições constantes da Convenção sobre Genocídio, ou mesmo da legislação brasileira, que impediam qualquer equiparação entre genocídio e crime político. Na verdade, o STF seguiu uma linha diversa. Não considerou hábil a simples alegação de motivação política para caracterizar os fatos como tais, principalmente em razão da perversidade e crueldade com que teriam sido cometidos. Ou seja, *o presumido altruísmo dos delinquentes políticos* seria absolutamente incompatível com *a fria premeditação do extermínio em massa*.

4.1.4 *Obediência hierárquica*

Embora o STF tenha aduzido que um exame mais aprofundado sobre a configuração da obediência hierárquica seria matéria afeta à competência do juízo de

⁷⁴ A CF de 1967 já vedava a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião: artigo 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 19. Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem em caso algum, a de brasileiro”.

conhecimento, não deixou de tecer comentários sobre a questão, concluindo, então, pela insuficiência de elementos demonstrativos da excludente.

No seu entender, interpretações exageradamente amplas da obediência hierárquica poderiam conduzir à completa impunidade dos responsáveis pelos mais graves crimes de Estado. Por outro lado, em vários sistemas jurídicos, não sendo diferente com o brasileiro, o legislador restringiu o alcance da excludente, eliminando-a quando a conduta tivesse sido resultante do cumprimento de ordem manifestamente ilegal.⁷⁵

Dessa forma, afirmou inexistir qualquer prova indicativa de que os extermínios em massa estivessem de alguma forma amparados por alguma lei do Estado nazista. Reconheceu, ademais, que o discernimento quanto à ilegalidade do ato é perfeitamente presumível em determinadas situações e que Stangl, em face de suas circunstâncias pessoais e da forma como desempenhou suas funções, não ignorava o caráter ilícito da política de Estado da qual era executor. É o que se depreende do seguinte trecho do voto do relator:

[cuidava-se] de um graduado servidor da polícia judiciária, que em razão do cargo não deveria desconhecer a legislação da Alemanha sobre o homicídio. Por outro lado, as providências tomadas pelos alemães para manter as vítimas inscientes do seu destino e para eliminar os vestígios materiais da carnificina é presunção mais forte ainda de que os dirigentes e os executores dessa política não ignoravam a criminalidade do seu procedimento.

De qualquer modo, restou decidido que esta problemática resvalava em aspectos probatórios, os quais estariam jungidos à competência do juízo da ação penal e não à do juízo da extradição. É o que atesta o seguinte trecho:

O problema, portanto, desliza da justificativa “respondeat superior” para a coação moral, cujo teste jurídico é a possibilidade de escolha, aplicado também pelos tribunais internacionais do após-guerra. Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, quanto ao ônus da prova em tais casos. De qualquer modo, caiba a prova do erro de direito ou da coação moral à defesa, ou caiba à acusação a prova contrária, o que se tem é um problema de prova, cujo exame compete ao juízo da ação penal e não ao da extradição.

⁷⁵ O artigo 18 do decreto n.º 2 848/40, anterior à Lei n.º 7 209/84 (Reforma da Parte Geral do Código Penal), com redação idêntica a do atual artigo 22 do CP, já determinava “se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Desta feita, reputando tratar-se a análise concernente à ocorrência da obediência hierárquica de questão vinculada ao exame probatório, o STF não deixou de registrar a flagrante incongruência entre a biografia de Stangl e as alegações de desconhecimento da ilegalidade das ordens recebidas.

4.2. Terrorismo. Caso Maurício Fernandez Norambuena (extradição 855-2 República do Chile).

4.2.1. *Histórico*

Condenado pela Justiça da República do Chile a duas penas de prisão perpétua pelas práticas de homicídio do senador Jaime Guzmán Errázuriz, em abril de 1991, de extorsão mediante seqüestro de Cristián Edwards Del Rio e de formação de quadrilha armada, estes últimos cometidos entre setembro de 1991 e fevereiro de 1992, todos qualificados como atos delituosos de caráter terrorista, Mauricio Fernandez Norambuena⁷⁶ foi igualmente condenado pela Justiça brasileira à pena de 30 anos de reclusão pela prática dos crimes de extorsão mediante seqüestro,⁷⁷ de formação de quadrilha⁷⁸ e de tortura⁷⁹ aqui cometidos.⁸⁰ Em razão de sua custódia cautelar, a República do Chile, com fundamento em tratado de extradição bilateral, celebrado em 1935 e incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo decreto n.º 1 888/37, postulou fosse ele entregue àquele país para cumprimento das condenações lá proferidas e transitadas em julgado. Ao oferecer a defesa, o extraditando manifestou expressa concordância com o pedido e requereu fosse ele imediatamente concretizado.

⁷⁶ Que também usava os nomes de Mauricio Fernández Norambuena, Mauricio Hernández Norambuena ou Mauricio Hernandez Norambuena.

⁷⁷ Artigo 159 do CP.

⁷⁸ Artigo 288 do CP.

⁷⁹ A tipificação dos crimes de tortura foi dada pela Lei n.º 9 455/97.

⁸⁰ Conforme consta no relatório do ministro Celso de Mello, em 13 de novembro de 2003 o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) julgou a apelação criminal n.º 397 278-3/0-00, exasperando a reprimenda fixada no primeiro grau de jurisdição para o crime de extorsão mediante seqüestro, e, em concurso material, condenou o extraditando e outros acusados nos crimes de bando ou quadrilha (artigo 8º da Lei n.º 8 072/90) e de tortura (artigo 1º, I, a; II, da Lei n.º 9 544/97), fixando as penas no total de 30 (trinta) anos de reclusão. <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/VotoExt855.pdf> (22.1.2007).

4.2.2. Terrorismo: criminalidade política?

Um dos grandes pontos enfrentados pelo STF foi a abordagem do conceito de crime político e a possível subsunção a esta categoria do delito de terrorismo. A questão não era irrelevante. Isso porque a CF, a exemplo de outros sistemas jurídicos, expressamente vedou a extradição de estrangeiros por criminalidade política.⁸¹ Daí a necessidade de se perquirir se os fatos praticados pelo extraditando poderiam ser reputados à luz de tal conceituação. Por unanimidade, os ministros rechaçaram qualquer paralelismo entre estas modalidades criminosas.⁸²

Com efeito, partindo do exame dos princípios vetores inseridos na CF, o STF lembrou os compromissos assumidos pelo estado brasileiro na prática de suas relações internacionais, dentre os quais o de frontal hostilidade ao terrorismo.⁸³ O vigor de tal postura, com reflexos, inclusive, na legislação infraconstitucional,⁸⁴ seria, pois, absolutamente incompatível com qualquer tratamento benigno que conferisse ao terrorista *um inadmissível círculo de proteção*, de modo a torná-lo imune ao poder extraditacional. Conforme lembrado pelo ministro Celso de Mello, tal posicionamento já havia sido reafirmado quando da 32ª Assembléia Geral da OEA, realizada em Barbados, ocasião na qual a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo fora firmada pelo Brasil. Em seu voto o ministro também trouxe à colação o teor da exposição de motivos que instruíra a mensagem presidencial de encaminhamento do texto da Convenção ao Congresso Nacional. Naquela, com efeito, foi expressamente consignada a impossibilidade de qualificação do terrorismo como ato de criminalidade política.⁸⁵

⁸¹ Artigo 5º, inciso III: “Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. Examinando a exceção relativa aos crimes políticos, esclarece Heleno Cláudio Fragoso: *Lições de direito penal. A nova parte geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 136: “A razão de ser de tal privilégio reside no caráter contingente desses crimes, dependentes que são de circunstâncias puramente históricas. É a criminalidade que Ferri chamava de evolutiva e que pode transformar os réus em heróis e chefes de Estado”.

⁸² Importante precedente é o julgamento do pedido de Extradição 615 – Bolívia, relatado pelo ministro Paulo Brossard. Em julgamento proferido em 19 de outubro de 1994, o STF firmou o seguinte posicionamento: “Não havendo a Constituição definido o crime político, ao Supremo cabe, em face da conceituação da legislação ordinária vigente, dizer se os delitos pelos quais se pede a extradição constituem infração de natureza política ou não, tendo em vista o sistema da principalidade ou da preponderância”.

⁸³ Artigo 4º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII – repúdio ao terrorismo...”.

⁸⁴ Cujas diretrizes foram dadas pela própria CF, conforme artigo 5º, XLIII – “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Não há, na legislação infraconstitucional, definição penal típica do terrorismo.

⁸⁵ No voto do ministro relator foi destacado o seguinte trecho: “A Convenção tem por objetivos contribuir para o desenvolvimento progressivo e codificação do direito internacional, a coordenação de ações com entidades internacionais competentes na esfera de delitos transnacionais e o fortalecimento e estabelecimento de novas formas de cooperação regional contra o terrorismo. Tendo

No entender do STF, esta manifestação foi crucial para afastar qualquer possibilidade de equiparação entre estes dois conceitos. A conclusão, aliás, é igualmente sustentada por ampla doutrina.⁸⁶

4.2.3. *Extradição versus prisão perpétua*

O caso reabriu, no STF, uma antiga – e até então superada – discussão sobre a possibilidade de estabelecimento de condições, ao Estado-requerente, para efetivação da extradição, consistente na comutação da prisão perpétua em prisão temporária não superior a trinta anos. A questão foi posta pelo ministro Celso de Mello para quem o tema envolveria a correta delimitação das duas ordens normativas: a representada pelos tratados internacionais – em especial aquele celebrado entre o Brasil e o Chile – e a CF. Isso porque o estatuto constitucional brasileiro assegurou, no plano dos direitos e garantias fundamentais, a proibição de penas de caráter perpétuo,⁸⁷ o que conflitaria, diretamente, com as pretensões de outros Estados, voltadas à execução de sanções desta natureza.

Em seu voto, acompanhado pela maioria, o ministro Celso de Mello atacou anterior decisão do STF, proferida na extradição 426-3 de 1985⁸⁸ e requerida pelo Governo dos Estados Unidos, em que fora afastada a possibilidade de comutação de prisão perpétua em pena privativa limitada. Segundo o seu raciocínio, nem os tratados internacionais, nem as regras de natureza ordinária podem se sobrepor ao preceito constitucional que veda a possibilidade de prisão perpétua.

Nesse sentido, o ministro Celso de Mello alinhou-se ao voto vencido do então ministro Rafael Mayer e proferido na referida extradição para quem não seria admissível

em mente a consecução dessas metas, o texto estabelece compromissos para os seus signatários no tocante à adoção de medidas de prevenção, combate e erradicação do financiamento do terrorismo; combate a delitos prévios à lavagem de dinheiro, embargo e confisco de fundos e outros bens; cooperação entre autoridades encarregadas da aplicação da lei; cooperação fronteiriça; assistência judiciária mútua; traslado de pessoas sob custódia; denegação de assistência judiciária em vista de possível discriminação; jurisdição; inaplicabilidade de caracterização de ato terrorista como delito político, denegação de asilo e refúgio a pessoas suspeitas da prática de atos terroristas; capacitação e treinamento; cooperação através da OEA e reuniões e consultas”.

⁸⁶ Apenas para mencionar aqueles expressamente referidos pelo STF: Luiz Roberto Araújo; Luiz Régis Prado: “Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar”, em *Revista de Informação Legislativa*, v. 76, Brasília, 1982, pp. 65-86; Carolina Cardoso Guimarães Lisboa: *A relação extraditacional no direito brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001; José Afonso da Silva: *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸⁷ Artigo 5º, XLVII: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX, b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

⁸⁸ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=extradi%E7%E3o+pris%E3o+perp%E9tua&p=3&d=SJUR>. (25.1. 2007).

ao Brasil entregar “*alguém, submetido à sua jurisdição, para sofrer pena, que, no País, não se aplicaria, por absoluta incompatibilidade com os seus preceitos*”.⁸⁹ Já os ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim mantiveram a linha até então consagrada pela jurisprudência do STF, reputando incabível o condicionamento de outro país à ordem jurídica brasileira. É o que ficou bastante claro no voto proferido pelo primeiro:

O Estado estrangeiro tem a sua ordem jurídica. Nela se inclui a sua legislação penal, que estabelece tipicidades e penas. Penso que o fato de o extraditando ter passado pelo Brasil, ter aqui se escondido, não deve levar o Tribunal brasileiro, só por isso, a estabelecer restrições oponíveis à ordem jurídica do País requerente.

Ao final, todavia, prevaleceu a tese contrária, de modo que a extradição ficou condicionada à tomada de compromisso diplomático pela República do Chile, consistente na comutação em penas temporárias não superiores a 30 anos. O seu imediato cumprimento, por seu turno, foi considerado prerrogativa que assistiria, exclusivamente, ao Presidente da República.⁹⁰

5 • Anistia aos crimes praticados durante o regime militar

O Brasil experimentou, entre 1964 e 1985, período de forte repressão política, apelidado de *anos de chumbo*,⁹¹ à semelhança de outros países da América Latina, igualmente assolados por regimes autoritários durante a segunda metade do século XX. No Brasil, o processo de transição democrática resultou, no entanto, na publicação da Lei da Anistia,⁹² cujo texto tem sido interpretado, desde então, de forma a

⁸⁹ Publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 115/969.

⁹⁰ O EE, em seu artigo 89, condiciona a execução da extradição à conclusão do processo ou ao cumprimento da pena privativa de liberdade a que estiver sujeito o extraditando no Brasil, ressalvada a hipótese de conveniência ao interesse nacional de imediata expulsão, conforme artigo 67 do mesmo diploma legal.

⁹¹ A expressão “anos de chumbo”, usada pela imprensa, é uma paráfrase do título em português de um filme da cineasta alemã Margarethe Von Trotta (chamado “Die Bleierne Zeit”) sobre a repressão ao grupo revolucionário Baader Meinhof nos anos 70. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anos_de_chumbo>, (20.5.2007).

⁹² Artigo 1º, da Lei n.º 6 683, de 28 de agosto de 1979: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com

beneficiar os agentes do Estado com o reconhecimento da extinção da punibilidade.⁹³ Por sua vez, as torturas e os homicídios têm sido considerados crimes conexos aos delitos de natureza política, o que explica a ausência de precedentes jurisprudenciais nesta seara.

Insta esclarecer que o advento da Lei n.º 9 140, de 4 de dezembro de 1995, que “reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências”, não gerou qualquer mudança no cenário definido pela Lei da Anistia, tratando a nova lei apenas – e de forma insuficiente – de reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro nos desaparecimentos provocados por atividades políticas praticadas no período compreendido entre setembro de 1961 e agosto de 1979, estabelecendo o direito à indenização às famílias das vítimas. Antes disso, a Lei da Anistia somente permitia que familiares de desaparecidos políticos solicitassem uma “declaração de ausência”, a qual gerava presunção do falecimento do desaparecido.

Por reputar subsistente, ainda, a responsabilidade do Brasil, a seção brasileira do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) e a *Human Rights Watch*/Américas (HRWA) apresentaram petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 7 de agosto de 1995, visando à responsabilização internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos. A acusação feita ao Estado brasileiro refere-se aos desaparecimentos de membros da Guerrilha do Araguaia entre 1972 e 1975, quando Júlia Gomes Lund e outras 21 pessoas foram presumivelmente mortas durante as operações militares ocorridas na região do Araguaia, sul do Pará.⁹⁴ A

fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º – Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” (grifamos).

⁹³ Até o momento, não há qualquer questionamento na jurisprudência brasileira, em matéria penal, que ponha em xeque a extinção da punibilidade dos agentes do Estado beneficiados pela anistia. O tema tem sido tratado, como opina Reale, como “fato jurídico intransponível” na seara penal brasileira. Vide, neste sentido, Miguel Reale Jr: “A Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos”, em Janaína Teles (org.): *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?*, São Paulo: Humanitas, 2001, p. 210. Em sentido contrário posicionou-se Dalmo de Abreu Dallari para quem “os torturadores homicidas, aqueles que mataram suas vítimas, nunca foram anistiados, não podendo se esconder atrás da Lei da Anistia para fugir à punição. A própria Constituição impedia que eles fossem anistiados”. Para este autor, a Constituição de 1967, vigente à época da publicação da Lei n.º 6 683/79, estabelecia, em seu artigo 153, a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, não podendo pois, para ele, ser suprimida a sua competência constitucional por uma lei ordinária. Aduz ainda que os crimes praticados pelos algozes do regime militar são autônomos relativamente aos crimes políticos praticados por seus superiores. Dalmo de Abreu Dallari: “Crimes sem anistia”, em Janaína Teles (org.): *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* São Paulo: Humanitas, 2001, pp. 31-33.

⁹⁴ A Guerrilha do Araguaia foi um movimento popular iniciado no campo, organizado pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), contrário ao regime militar em vigor no Brasil na década de 70. Eram considerados terroristas pelo poder instituído por pretenderem implantar o comunismo no Brasil. O nome da operação foi dado em virtude da situação geográfica em que

Comissão Interamericana de Direitos Humanos admitiu a petição,⁹⁵ dispensando o esgotamento dos recursos internos, com base no artigo 46 (2) (c) da Convenção Americana,⁹⁶ não existindo ainda, no entanto, decisão de mérito da Corte como resposta a tais violações.

6. Conclusões

6.1 O pequeno número de casos envolvendo matéria, direta ou indiretamente relacionada com o Direito Penal Internacional se deve a vários fatores. Dentre esses destaca-se a ausência de implementação do ER no ordenamento jurídico interno, o que acaba levando à subsunção de determinados fatos a outros tipos penais cujo campo de tutela originária não estava informado pela necessidade de proteção dos bens jurídicos mais caros à humanidade. Mas, para além disso, sobressai, outrossim, a precariedade do aparelhamento estatal, que em muitas regiões é incapaz de levar a cabo, com eficiência, investigações e processos judiciais, sobretudo quando emergentes suspeitas de ocorrência de massacres.

6.2 Nesse cenário, obviamente que os dois únicos casos que aportaram no STF relativamente à prática de genocídio contra indígenas – Massacre do Capacete e Massacre de Haximu – não traduzem a real situação vivida pelo Brasil. E mesmo nestes, intermináveis discussões jurídicas relacionadas, sobretudo, com a fixação da competência jurisdicional impediram que a resposta do Judiciário fosse célere. De qualquer modo, independentemente de futura implementação do ER, a jurisprudência já consolidou entendimento de que a competência para o processamento e julgamento de crimes cometidos contra índios é da competência da Justiça Federal. Isso

ocorreram as operações, às margens do rio Araguaia, próximo às cidades de São Geraldo e Marabá, no Pará, e de Xambioá, no norte de Goiás, atualmente Estado do Tocantins. <<http://www.guerrilhadoaraguaia.com.br/>>, (11.3.2007).

⁹⁵ Relatório 33/01, caso 11.552. <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/araguaia/oea.html>>, (11.3.2007).

⁹⁶ Entendeu a comissão que o processo judicial em tramitação no Brasil desde o ano de 1982, com a interposição de inúmeros recursos por parte da União, sem que tivesse sido proferida, após 18 anos, sequer sentença de mérito em primeira instância justificam a aplicação do artigo 46 (2) (c) da Convenção para dispensar o esgotamento dos recursos internos.

porque a CF impôs à União (chamou para si) a responsabilidade pela tutela de todos os bens, direitos e interesses destas populações.

6.3 Quanto ao conflito de competência entre o tribunal do júri e o juízo comum, de acordo com recente decisão do STF, havendo concurso real entre genocídio e homicídios, deve prevalecer a competência do primeiro, por se tratar de garantia individual inserta na CF.

6.4 No que se refere aos crimes de racismo, a paradigmática decisão do STF no Caso Siegfried Ellwanger sedimentou o terreno para a interpretação dos termos “raça”, “racismo” e “preconceito racial”. Foram repudiadas, assim, quaisquer acepções puramente biológicas. A questão foi resolvida com base nos aspectos históricos, políticos, culturais e sociais que dão singularidade a um grupo, razão pela qual, o povo judeu foi considerado raça e, como tal, sujeito ao crime de racismo na condição de vítima.

6.5 No terreno da cooperação internacional, a matéria do STF é vastíssima. Apenas dois casos foram aqui destacados. Ambos refletem uma tradição histórica da mais alta corte do país – rompida apenas por duas décadas – de subordinar a legislação estrangeira aos ditames constitucionais. Daí o condicionamento da execução das extradições à tomada de compromisso diplomático do Estado-requerente em proceder a comutação da pena de prisão perpétua em temporária. O receio é que esta postura possa ser estendida de maneira absolutamente equivocada para os eventuais pedidos de entrega que porventura venham ser apresentados pelo TPI, o que poderia significar a denúncia do tratado, face à impossibilidade do Estado de fazer reservas ao ER.

6.6 Embora não tenha constituído o cerne da questão, o STF analisou, brevemente, a invocação da obediência hierárquica quando do exame da extradição de Franz Stangl. Assinalou que o conhecimento sobre a ilegalidade de uma ordem poderia ser presumido em razão das circunstâncias que cercaram o fato, especialmente as condições subjetivas do agente. No caso de Stangl, o fato de ter sido funcionário graduado no regime nazista e promovido, em diversas ocasiões, pelo reconhecimento dos serviços prestados, seria incompatível com a alegação de desconhecimento quanto à natureza das ordens que estavam sendo executadas.

6.7 Quanto ao terrorismo, que não encontra uma figura penal típica no sistema brasileiro, o STF afastou a possibilidade de ser considerado como crime de natureza política. No seu entender, a perversidade e a crueldade dos meios empregados não seriam compatíveis com os ideais que normalmente alimentam a criminalidade política.

6.8 Por fim, relativamente aos crimes praticados durante o período do regime militar no Brasil, não há precedentes jurisprudenciais em matéria penal ou mesmo que tenham posto em discussão a constitucionalidade do ato de anistia que beneficiou os agentes do Estado pela prática de homicídios e outros delitos de igual gravidade cometidos contra a população civil naquele período.

Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola: *Dicionário de Filosofia*, tradução de Galletti, México: Fondo de Cultura Económica, 1993 (1986).
- AMBOS, Kai: *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*, tradução de Ezequiel Malarino, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005 (2002).
- ARAÚJO, Luiz Roberto; Luiz Régis Prado: "Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar", em *Revista de Informação Legislativa*, v. 76, Brasília, 1982, pp. 65-86.
- CCPY. Comissão Pró-yanomami. Apresenta informações sobre o povo Yanomami, <<http://www.proyanomami.org.br>> (20.12.2006).
- CIMI. Conselho Indigenista Missionário. Apresenta informações sobre os povos indígenas no Brasil, <<http://www.cimi.org.br>> (10.1.2007).
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Ada PELLEGRINI GRINOVER; Cândido RANGEL DINAMARCO: *Teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2004 (1974).
- Código Penal e Constituição Federal*, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, São Paulo: Saraiva, 2007.
- Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília: Senado Federal, 1988.
- Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília: Senado Federal, 1967.
- DA COSTA JÚNIOR, Paulo José: *Comentários ao código penal. Parte geral*, São Paulo: Saraiva, 1987 (1976), V.1.

- DA SILVA, José Afonso: *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2003 (1976).
- DALLARI, Dalmo de Abreu: "Crimes sem anistia", em Janaína Teles (org.): *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?*, São Paulo: Humanitas, 2001, pp. 31-33.
- Decreto n.º 4 388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, <http://www.planalto.gov.br> (5.4.2004).
- Decreto n.º 5 295, de 2 de dezembro de 2004. Concede indulto condicional, comutação e dá outras providências, <http://www.planalto.gov.br> (10.12.2006).
- Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, <http://www.mj.gov.br> (10.1.2007).
- Decreto n.º 65 810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, <http://www6.senado.gov.br> (26.1.2007).
- Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, <http://www.planalto.gov.br> (10.1.2007).
- Decreto lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede a anistia e dá outras providências, <http://www.planalto.gov.br> (11.3.2007).
- Decreto lei n.º 7 716, de 5 de janeiro de 1989, com redação dada pela Lei 8.081/90. Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, <http://www.planalto.gov.br> (10.1.2007).
- Decreto lei n.º 7 805, de 18 de julho de 1989. Altera o decreto-lei 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá outras providências, <http://www.lei.adv.br> (22.1.2007).
- Decreto lei n.º 8 072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências, <http://www.planalto.gov.br> (22.1.2006).
- Decreto lei n.º 9 140, de 4 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências, <http://www.planalto.gov.br> (11.3.2007).
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza: *A extradição no alvorecer do século XXI*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007 (2006).
- FRAGOSO, Heleno Cláudio: *Lições de direito penal. A nova parte geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1986 (1958).
- GIL GIL, Alicia: "Comentario a la primera sentencia Del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio (Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999 – 3 StR 215/98 – OLG Dusseldorf): relaciones concursales entre un delito contra un bien jurídico colectivo – genocidio – y los delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos cometidos en su ejecución", em *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 4, 2.ª época, Madrid, 1999, pp. 771-798.

ISA. Instituto Socioambiental. Apresenta informações sobre bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos, <www.socioambiental.org> (10.1.2007).

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães: *A relação extradicional no direito brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE JR, Miguel: "A Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos", em Janaína Teles (org.): *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?*, São Paulo: Humanitas, 2001, pp. 205-210.

ROTA BRASIL OESTE. Apresenta informações sobre aspectos históricos, sociais, culturais e de meio ambiente do interior do Brasil, <http://www.brasiloeste.com.br> (14.1.2007).

1. Introducción

Para entender la evolución, los rasgos y el estado actual de la jurisprudencia chilena en materias que hacen al derecho internacional penal, es preciso tener en cuenta varias consideraciones.

En primer término, y como hemos destacado en otro lugar,¹ el derecho interno consulta un escuetísimo número de delitos contra bienes de titularidad supraestatal, y éstos apenas guardan puntos de contacto con los del Estatuto de Roma. Pese a que el país ha ratificado una serie de tratados y otros documentos multilaterales sobre el particular, entre otros, la Convención de 1948 sobre el Genocidio, los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, continúa sin incorporar a su legislación, mediante específicas descripciones delictuosas, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y la mayoría de los crímenes de guerra que conoce hoy el panorama extranjero. Asimismo, las escasas figuras de que se dispone, como el tormento aplicado a personas detenidas y ciertas fechorías perpetradas por militares o civiles durante un conflicto armado, tampoco guardan

* El autor agradece a don Sebastián Cabezas Chamorro, miembro del Seminario de Derecho Penal en la Universidad de Valparaíso, la colaboración que le prestó en la selección y búsqueda de los fallos glosados aquí.

¹ Cf. "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España* (prólogo de Albin Eser y Helmut Kreicker), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. (163-200) 163-165.

cabal correspondencia con los tipos del derecho internacional penal —la tortura, por nombrar sólo un ejemplo, no está concebida para que se perpetre en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil.

Es verdad que la falta de un equivalente exacto, en la legislación vernácula, del genocidio o de cualquier otro crimen internacional no implica que éstos hayan de quedar necesariamente impunes. Basta con que los actos que los constituyan puedan ser castigados conforme a algún delito de los que enumera el Código punitivo, que data de 1874. Así, aunque éste no conoce formal y terminológicamente el genocidio, el caso es que el asesinato, el secuestro, las lesiones, la aplicación de tormentos y demás delitos comunes comprendidos en el concepto de aquél pueden perfectamente caer bajo pena. Este punto de vista es unánime en la doctrina² y, por cierto, prevalece también en la jurisprudencia, como luego se verá.

El problema radica en que la carencia de tipos *ad hoc* puede determinar que el contenido de injusto de esos crímenes no quede suficientemente reprobado con la sola aplicación de las disposiciones sobre el asesinato, secuestro, etcétera. Y no sólo eso. También van de por medio las relaciones entre los derechos internacional y nacional, las fuentes de uno y otro en asuntos penales, la preferencia que habrá de acordarse a aquél o éste y, en fin, si pueden recibir vigencia interna las reglas especiales sobre exención y extinción de la responsabilidad criminal reinantes en el primero, mas no en el segundo, ya que Chile no ha ratificado todavía, verbigracia, la Convención de 1968 sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Contra la Humanidad, como tampoco el Estatuto de la Corte Penal Internacional.³

Este piélagos de complejos problemas jurídicos, oriundos del rezago o la franca desatención de los crímenes internacionales en el quehacer legiferante del Estado, no se había hecho sentir en la jurisprudencia hasta tiempos muy recientes. En efecto, exceptuado el proceso de extradición instruido infructuosamente a principios de la década de los sesenta contra Walther Rauff —del que haremos mérito más adelante—, un antiguo alto funcionario de la Oficina Central de Seguridad del gobierno nacionalsocialista en Alemania, hubo que esperar hasta el último quindenio del siglo XX para que tales cuestiones cobrasen inusitadas ocurrencia y significación en el foro.

² Cf., por todos, Politoff Lifschitz: *Derecho penal*, 1 vol., Santiago de Chile: Jurídica ConoSur, 1997, p. 152.

³ Sobre los proyectos chilenos al respecto y los entorpecimientos que ha enfrentado su tramitación, cf. Guzmán Dalbora: "Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. (171-195) 171-175.

Emerge entonces una serie que se insinúa a mediados de los años ochenta, se intensifica promediando los noventa y llega hasta nuestros días, en un considerable volumen de procesos, todos ellos relativos a graves infracciones cometidas dentro y fuera de Chile por autoridades, miembros y colaboradores del aparato de poder que gobernó el país entre 1973 y 1990. Aquí hemos de ceñirnos a algunos de los casos más interesantes o representativos, dando nuestra preferencia, naturalmente, a aquellos ya afinados por sentencia firme.⁴ Si bien en los acápite sucesivos abordaremos el tratamiento judicial de clásicas cuestiones de derecho internacional penal, conviene adelantar que los tropiezos que han entabado ese manejo son un fiel trasunto de la desarmonía, que antes señalamos, entre el ordenamiento interno y el rostro actual de los crímenes internacionales allende las fronteras del país.

Por último, dentro de esa secuencia jurisprudencial se pueden vislumbrar dos etapas: la más antigua, que se extiende hasta 1998, aproximadamente, caracterizada por una clara reluctancia de los tribunales superiores a dar aplicación a los preceptos legales y consuetudinarios del derecho internacional penal, y la segunda, no concluida aún, en que se invierte la tendencia, buscándose una conciliación entre los derechos interno y de gentes a través de diversas soluciones interpretativas. En todo caso, tampoco estamos ante una fase bien definida y firmemente asentada, porque los tribunales superiores, incluida la misma Corte Suprema, no han dejado de emitir resoluciones que la desmienten, sea en votos de mayoría, sea a través de prevenciones o votos particulares. Las razones de ello yacen, por una parte, en que el sistema jurídico chileno no atribuye efecto vinculante a los fallos de sus tribunales más allá del específico caso sometido a la apreciación del sentenciador, por lo cual incluso la tarea de unificación de la jurisprudencia por vía de la casación —no ordenada legalmente⁵— está expuesta a que el órgano mude su criterio, y, por

⁴ Como se sabe, no es correcto en obras científicas citar procesos pendientes de sentencia ejecutoriada, algo que suele pasarse por alto en los estudios de derecho internacional penal, tal vez porque su propia jurisprudencia está aún en ciernes por doquier —por lo cual cada nuevo fallo suscita inmediata atracción en la doctrina especializada—. En tanto no hay una palabra definitiva de los jueces, tampoco existe interpretación y, por ende, aplicación jurisdiccional de las disposiciones penales que corresponda, sin nombrar que los hechos mismos pudieran ser modificados por instancias superiores en algunos sistemas jurídicos, o sea, precisamente lo que sucede en Chile conforme al régimen de enjuiciamiento en que se ventilan las causas que comentamos, el Código Procesal Penal de 1906, que admite la apelación de la sentencia definitiva, a diferencia del Código Procesal Penal del 2000.

Sólo por excepción, e indicando la circunstancia, nombraremos fallos no provistos del efecto de cosa juzgada, atendida la fijeza de los hechos que documentan, harto compleja de desdecir, según pensamos, para los demás tribunales que se entiendan en el negocio. Asimismo, y salvo que se indique otra cosa, todas las citas de jurisprudencia están recogidas de la base de datos correspondiente del *Portal Jurídico* de LexisNexis, disponible en www.lexisnexis.cl/?a=g.

⁵ Antes bien, el artículo 3.º, párrafo 2, del Código Civil establece que “las sentencias judiciales [todas, también las de casación] no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Por lo demás, tampoco existe un único órgano de casación. El recurso correspondiente es de competencia de las Cortes de apelaciones y, cuando la causa que

otra, en la composición de las salas de los tribunales de mayor jerarquía, que cambia anual o bianualmente, y para nadie en el medio forense es un misterio que los jueces alientan concepciones discrepantes acerca de los hechos en palabra, el régimen político bajo el cual sucedieron, las disposiciones con que éste procuró cohonestarlos o impedir su investigación, y si y cómo éstas han de ceder plaza frente a las obligaciones jurídicas del Estado ante la comunidad internacional.

2. Los crímenes internacionales

Hasta donde llegan nuestras fuentes de información, no se han perseguido en el país crímenes internacionales en el estricto sentido del término. Los procesos que han tenido lugar fueron o son sustanciados subsumiendo los hechos en delitos comunes, dada la falta de casi todos los tipos existentes en el derecho externo.

A este respecto, interesa destacar que no existe en Chile la posibilidad de que un crimen internacional, en cuanto tal figura delictiva, surja directamente del derecho supraestatal, general o particular. En efecto, si bien el artículo 5.º, párrafo segundo, de la Constitución política de 1980, dispone que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*, y que *“es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*, y aun considerando que el grueso de la doctrina y parte de la jurisprudencia constitucionales estiman que la protección de los derechos fundamentales establecida por los tratados negociados por el gobierno adquiere jerarquía constitucional desde su ratificación, de forma que a partir de ésta la tutela no puede sufrir limitaciones en la legislación ordinaria,⁶ por lo que los tribunales del

lo motiva es la errónea aplicación del derecho o, en asuntos penales, la infracción de garantías reconocidas por la Constitución política o tratados internacionales ratificados por el país, la Corte Suprema. El artículo 376 del Código Procesal Penal es la sola disposición proclive a la unificación de la jurisprudencia, ya que allí se dispone que cuando sobre el tema jurídico en cuestión existieren interpretaciones diversas emanadas de distintos tribunales superiores, el conocimiento de la casación (llamada recurso “de nulidad”) toca siempre a la Corte Suprema. Pero ni siquiera en tal hipótesis su pronunciamiento es vinculante para ella misma ni para los tribunales inferiores.

⁶ “Los tratados en materia de derechos humanos integran el bloque dogmático de la Constitución”, sostienen enfáticamente Verdugo Marinkovic, Pfeffer Urquiaga y Nogueira Alcalá: *Derecho constitucional*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, t. 1, 1994, p. 130.

país deben “aplicar e interpretar directamente las normas contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos”,⁷ no es menos cierto que todo delito requiere, por mandato de la propia Constitución,⁸ una *lex scripta*. De suerte que la legislación o costumbre internacionales pueden ser fuente de prohibiciones, pero no tienen fuerza bastante como para dar vida a ninguna infracción penal, en tanto en cuanto la ley interna se abstenga de configurarla. Éste es un punto *némine discrepante* en el medio penalista del país, impera también, en principio, para las reglas especiales que contempla el derecho internacional sobre tales crímenes⁹ y merece nuestra personal aquiescencia, ya que una cosa son las disposiciones penales del derecho internacional, cuya naturaleza es sancionadora o secundaria, y otra, muy diversa, las normas que aseguran derechos fundamentales, que tienen índole constitutiva o primaria.

Delitos comunes, entonces. La persecución y el exterminio políticos instaurados durante el régimen militar,¹⁰ especialmente en su período más cruel, desde setiembre de 1973 hasta finales de 1976, se tradujo en un crecido número de secuestros de personas consideradas como enemigos del gobierno, seguidos de la tortura y, a menudo, el asesinato del detenido, sin nombrar allanamientos de morada, asociaciones ilícitas, amenazas extorsivas, falsedades documentales, reproducción ilegal o supresión de expedientes judiciales, etcétera, e incluso homicidios cometidos para encubrir el hecho principal.¹¹ Con todo, la mayoría de las condenas producidas en el

⁷ *Ibidem*, p. 131.

⁸ Su artículo 19, 3.º, párrafo antepenúltimo, consagra el principio de legalidad de delitos y penas en estos términos: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Creemos de interés consignar que el párrafo siguiente estampa el principio de tipicidad, o determinación: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

⁹ Por ejemplo, a propósito de la imposibilidad de amnistiar o declarar prescritos los crímenes de guerra y contra la humanidad, mientras no sean ratificados los tratados correspondientes. Sin embargo, en seguida veremos lo que sustenta la última jurisprudencia al respecto.

¹⁰ Minuciosamente documentados en el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, 2 vols., Santiago de Chile, 1991, y en el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, Santiago de Chile, 2005. Ambos textos, fruto de comisiones oficiales creadas por el Ejecutivo después del ocaso de aquel régimen, han tenido resonancia en los casos de que hablamos, sobre todo el primero, atendida su mayor antigüedad. Como parte de la prueba de los hechos se lo cita, por ejemplo, en la causa por el secuestro de la joven Diana Arón Svigilsky, ocurrido en noviembre de 1974, según el fallo del ministro de fuero, de 14 de mayo de 2004, apartado I, considerando 1.º, letra d), número 10. La valoración de estos informes como parte del proceso de reconstrucción de los crímenes perpetrados por el aparato dictatorial ha sido lisonjera allende el país. Como “historia exitosa”, e incluso “caso modelo en Latinoamérica”, califican el proceso Ruth Fuchs y Detlef Nolte: “Vergangenheitspolitik in Chile, Argentinien und Uruguay”, en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, suplemento del semanario *Das Parlament*, número 42, 16 de octubre de 2006, pp. (18-24) 24.

¹¹ El caso más sonado es el de un humilde carpintero de Valparaíso, Juan Alegría Mundaca, al que se dio artera muerte durante julio de 1983, en que los malhechores, con una burda simulación de suicidio del infeliz porteño, pretendieron presentarlo como responsable de otro asesinato, el del dirigente sindical Tucapel Jiménez Alfaro, cuya vida segaron tras siniestra planificación autoridades y personal de la Dirección de Inteligencia del Ejército a finales de febrero de 1982. Cuando, nueve años después, se supo que uno de los autores directos del crimen deseaba colaborar con la investigación judicial, una densa red de personas

último decenio cifra su parte resolutive en los delitos de secuestro y, cuando quiera que se consiguió dar con los restos del plagiado, homicidio. Llama especialmente la atención que, hasta donde sabemos, no se hayan impuesto penas por las torturas que registran profusamente los expedientes, en circunstancias en que la aplicación de tormentos a detenidos es delito que existe de antiguo en el Código Penal, y que la actitud de negligencia de los altos tribunales ante las denuncias de su generalizada irrogación por el aparato represivo en los años setenta y primeros ochenta¹² hubiese debido recomendar una disposición más atenta en un clima libre de los yugos de antaño.

Esto guarda relación con el problema que apremia poner de relieve en el presente argumento. En no pocos casos esos delitos comunes han sido examinados bajo la óptica de los crímenes internacionales que los amadrigarían, de contar el país con una tipificación satisfactoria. Puesto que en modo alguno es así, se acude directamente a las normas internacionales que vienen a cuento. Tales fallos forman hoy un conjunto relativamente nutrido, cuyo punto de arranque ha sido siempre el mismo, a saber, el problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad del cuestionado decreto ley 2191, de 19 de abril de 1978,¹³ así como del instituto de la prescripción de la acción penal a los dolorosos casos de los llamados *detenidos-desaparecidos*, muchos de los cuales se remontan a las primeras semanas del gobierno militar. Ambos extremos se han revelado como un campo propicio para establecer interpretaciones judiciales acerca de los elementos típicos de algunos crímenes internacionales, en especial los de guerra y contra la humanidad, y para sustentar doctrinas a propósito de los vínculos entre los derechos nacional e internacional, amén de las fuentes del último —cuestiones que reservamos para su momento.

La ruta fue abierta por los tribunales de apelación, ya que la Corte Suprema, que había apoyado resueltamente al régimen cuyos servidores perpetraron los

y operaciones, encabezada nada menos que por el auditor general del Ejército (e integrante, a la sazón, de la Corte Suprema para causas castrenses), lo hizo salir del país e informó mendazmente al tribunal acerca de datos relevantes para el proceso. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en el primer caso tiene fecha 19 de julio de 2000; la del ministro en visita que falló el segundo (hoy en trámite de apelación), 5 de agosto de 2002.

¹² Oprobioso baldón de la Justicia chilena, al que escapan pocas e individuales excepciones entre algunos magistrados que tomaron en serio las denuncias e hicieron lo posible por indagar el destino y la condición de los detenidos. Muy ilustrativo al respecto, el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, cit., pp. 171-177.

¹³ Su artículo 1.º concedió amnistía a “todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio comprendida entre el 11 de setiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”.

maleficios, se sumaría años después y con reticencias —todavía hoy no exhibe una postura asegurada— al predicamento. Especial interés revisten las providencias de la Corte de Santiago. Su postura se perfila en el temprano fallo de 30 de setiembre de 1994. Con acopio de citas de los Convenios de Ginebra, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declara imprescriptibles y no sujetos a amnistía los crímenes de guerra, y de este modo califica el hecho objeto de enjuiciamiento, o sea, el secuestro, la tortura y desaparición de Bárbara Uribe Tambley y Edwin van Jurick Altamirano en julio de 1974, durante la situación de beligerancia interna que había reconocido el gobierno militar mediante el decreto ley n.º 5, de 12 de setiembre de 1973. Si no se abunda aquí en los elementos o requisitos de los crímenes en palabra, sentencias posteriores abordan el problema. La de 31 de julio de 2002, en el secuestro de Carlos Contreras Maluje, delito cometido el 2 de noviembre de 1976 por el llamado *comando conjunto*, contiene un largo voto complementario de la mayoría, donde se indica que el contexto en que ocurrieron el plagio y la posterior desaparición del paciente permite considerarlos como “un acto criminal reconocido en el derecho internacional y en el derecho interno de Chile desde mucho antes de la fecha de su comisión”. Basándose en los principios generales del derecho internacional, entendidos como *ius cogens* también para el Estado de Chile, y en los Convenios de Ginebra, declara que “en el caso de autos se está en presencia de un delito de lesa humanidad”, por cuanto actuaron agentes del Estado, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, en ejecución de éste y planificadamente. De un ataque global y programado contra un sector de la comunidad por obra de agentes estatales, discurre también la sentencia de 20 de abril de 2006, que llega a la conclusión de que el caso de marras, esto es, la detención y ulterior ejecución sumaria de un grupo de personas a las que se sacó de La Moneda¹⁴ durante las jornadas del golpe de Estado, reúne todos los requisitos de un delito de lesa humanidad, que debe ser perseguido en dicha condición. Por análogo criterio —la afirmación de un crimen contra la humanidad— se decantó la sentencia de 6 de julio de 2005 sobre el secuestro de los hermanos Barría Basay, al hilo de una larga argumentación apoyada en los Estatutos y la jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg

¹⁴ Nombre del palacio de gobierno de Chile.

y para la antigua Yugoslavia, los Convenios de Ginebra y sobre el Genocidio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a más de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Barrios Altos*, ocurrido durante el 2001 en Perú, y por los Tribunales Constitucional alemán y Europeo de Derechos Humanos a propósito de los tiradores del Muro de Berlín, en 1996 y 2001, respectivamente. Incluso la sentencia de primera instancia dictada el 15 de mayo de 2006 por un miembro de la Corte de Santiago, en calidad de ministro de fuero, que versa sobre la detención y el asesinato por personal militar de varios funcionarios de la Corporación de Reforma Agraria entre setiembre y octubre de 1973, caso conocido con el nombre de *caravana de la muerte de San Javier*,¹⁵ el magistrado dio aplicación al decreto ley de amnistía y absolvió a los reos, pero sólo por estimar que la prohibición correspondiente de los Convenios de Ginebra no tenía asidero aquí, ya que, en su opinión, que procuró fundar en una interpretación sistemática de los mismos Convenios, “la situación vivida por el país con posterioridad a los sucesos del 11 de setiembre de 1973, en caso alguno configura un ‘conflicto armado no internacional’”.¹⁶ Pese a inscribirse en una larga cohorte de fallos que reputaron inaplicables las normas internacionales sobre protección de civiles, sobre la base de un pseudo carácter ficticio del estado de guerra interna a que aludía el citado decreto ley n.º 5¹⁷ —una orientación que cambia recién en 1998—¹⁸ y cubrir con un poroso manto de impunidad a los reos, este último pronunciamiento tiene interés porque enfoca el problema de los supuestos generales de los crímenes de guerra y, precisamente, la existencia de la situación bélica a partir de normas internacionales, no desde el derecho interno.¹⁹

¹⁵ Porque por esa ciudad pasó la comitiva militar comandada por un general de la República, en su tarea de eliminar personas a la espera de ser enjuiciadas o ya sentenciadas por la judicatura castrense. Las víctimas fueron conducidas por un juez militar, para una supuesta reconstitución de escena, a un polígono de tiro, donde se les ordenó escapar y acribilló por la espalda.

¹⁶ Considerando 61. En el 57 se define tal conflicto como aquel “que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, que surge entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”.

¹⁷ Véase, entre muchas, la sentencia de la Corte Suprema en 11 de marzo de 1998.

¹⁸ Con la sentencia de 9 de setiembre de ese año, donde la Corte Suprema dictaminó que “el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas; quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores [...] En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido, en especial si se tiene presente que [...] los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe; de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos”.

¹⁹ Por lo demás, a la pregunta de si estos crímenes suponen necesariamente un conflicto armado internacional, el ordenamiento chileno responde que no. El artículo 418 del Código de justicia militar contiene una interpretación auténtica contextual de lo

El mismo punto de vista, pero ahora a propósito de la prescripción de la acción penal, leemos en un fallo de la Corte Suprema, de 4 de agosto de 2005, sobre el secuestro (y asesinato), por una patrulla militar, de Ricardo Riosco Montoya y Luis Cotal Álvarez, cuyos pasos se pierden en Angol el 5 de octubre de 1973. En voto dividido, la mayoría del tribunal estima que la definición de un conflicto armado no internacional que fluiría de los Convenios de Ginebra impide pensar que existiese entonces “una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados, que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno” (considerando 7.º). Esto, asociado a la “insuficiencia” del decreto ley n.º 5 para dar por establecidos los presupuestos fácticos de un crimen del guerra, transformaría en un error jurídico la aplicación que había concedido la Corte de Apelaciones de Temuco a los Convenios, con la consiguiente nulidad del fallo condenatorio.²⁰

Quien, con razón, vea en ello un quiebre del camino emprendido siete años antes por el máximo tribunal, se reencontrará con la prioridad de los Convenios de Ginebra sobre la amnistía dispuesta por el régimen militar, en la sentencia de 17 de noviembre de 2004, relativa al secuestro del joven sastre Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, atormentado y hecho desaparecer a principios de 1974 en uno de los muchos centros ilegales de detención que surgieron entonces, pero acaso el de más negra celebridad, la Villa Grimaldi, parcela enclavada en el borde cordillerano de la capital chilena. La Corte de Apelaciones de Santiago ya había declinado aplicar la amnistía a los autores del secuestro, con una nutrida glosa de tratados y jurisprudencia

que para los efectos de sus disposiciones —incluidas, por cierto, aquellas que describen crímenes de guerra, pocos y anticuados— debe considerarse como estado de guerra o tiempo de guerra. La cláusula expresa que se entiende que éstos existen o se dan, “no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”. La referencia al estado de sitio, que es un estado de excepción constitucional que decreta el presidente de la República, con acuerdo del Congreso, precisamente “en caso de guerra interna o conmoción interior” (artículo 40, número 2.º, de la Constitución política de 1980), lleva a pensar a la doctrina que la situación de guerra dentro de la cual pueden cometerse los mencionados crímenes, abarca tanto los conflictos externos como la guerra interna. Sobre el particular, cf. Guzmán Dalbora: *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile*, o. cit., p. 173.

²⁰ El voto disidente de los ministros Cury Urzúa y Rodríguez Espoz, provisto de un elevado valor científico y que nombraremos en otras oportunidades a lo largo de esta exposición, conviene en que el país no vivía en 1973 un estado de guerra según “los criterios imperantes en la doctrina y los criterios internacionales sobre la materia”, pero sí con arreglo a las normas internas, sin excluir una mañosa disposición aprobada para robustecer la persecución de quienes se oponían al régimen que la dictó. De lo cual resulta que “no es admisible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración del estado de guerra [...] pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que al quebrantamiento de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y otros instrumentos internacionales, ya entonces en vigor sobre la materia”.

internacionales, así como de la jurisprudencia de la propia Corte Suprema. Mas fue ésta, en sede de casación, la que dejó en claro que, contrariamente a lo alegado por los condenados en sus recursos,²¹ el delito en cuestión no era el de desaparición forzada de personas, al que se refieren diversas fuentes invocadas por los jueces de apelación sólo “a título ilustrativo”,²² sino el de secuestro previsto por el Código Penal (considerando 5.º), ya que el primero no existe en la legislación interna. Aunque el fallo de casación otorga su preferencia al carácter permanente del secuestro para reputar el de la especie aún no prescrito, tampoco deja de contemplarlo como uno de los actos prohibidos por los Convenios, en otras palabras, como un crimen de guerra no susceptible de ser amnistiado (considerandos 34 y 35).

Sería presuroso deducir de todo esto que con la combinación de disposiciones internas y externas la jurisprudencia acaricie el designio de crear tipos judiciales, esos crímenes nefandos sobre cuya estampa y exigencias típicas la ley guarda silencio. Se trata solamente del reconocimiento de que el derecho internacional penal de hoy interdice al legislador el uso de medios jurídicos que comporten la impunidad de las más graves ofensas contra derechos fundamentales del individuo, y a los jueces, aplicarlos. Sin embargo, es palmaria la tendencia a examinar los delitos comunes que entran en consideración *como si fuesen* crímenes contra el derecho de gentes. Esta cabeza de Jano, que puede resultar peligrosa para la legalidad penal, queda de manifiesto en un recentísimo fallo del tribunal supremo, fechado el 13 de diciembre de 2006, en que de nuevo el punto crucial era la prescripción, sólo que relativa, no a secuestros, sino al franco asesinato de dos miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionario, Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres, ametrallados por una pareja de carabineros en Choshuenco, entre las boscosas montañas del corazón de la Araucanía, donde las víctimas buscaron resistir al régimen *de facto*. Pues bien, la sentencia califica el delito como un crimen contra la humanidad y estima que la rotulación “no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional —homicidio— y en el derecho

²¹ Uno de los cuales fue jefe de la policía secreta del régimen, en los principales organismos que sirvieron al propósito de la persecución de disidentes o sospechosos de tales, la Dirección de Inteligencia Nacional y su sucesora, la Central Nacional de Informaciones.

²² “Ilustrando su decisión con las reglas de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la resolución que creó el Tribunal Internacional para juzgar los delitos perpetrados en la antigua Yugoslavia, así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional” (considerando 18).

internacional, como crimen contra la humanidad”, entendiendo por éstos aquellos “actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil” (considerandos 25 y 26), requisitos, huelga reiterarlo, completamente ajenos a los tipos nacionales de homicidio. Uno de los basamentos para esta configuración fue la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 26 de setiembre de 2006, en el juicio seguido contra el Estado de Chile a propósito de Luis Almonacid Arellano, víctima de una ejecución sumaria por agentes oficiales en setiembre de 1973. Pero si el derecho declarado allí, compuesto por normas decidida y únicamente internacionales, permite considerar el asesinato de Almonacid como un crimen de lesa humanidad, la cuestión es más delicada para jueces que no cuentan en sus Códigos con disposiciones semejantes. Entre la condena por delitos comunes y la declaración, fundada en el derecho internacional, de la vigencia de la acción punitiva en mérito a una calificación suplementaria del hecho, media un paso que puede ser excesivo.²³ Como sea, el esclarecimiento del problema depende de otro, el derecho aplicable a infracciones de esta índole.

3. El derecho aplicable

Como es sabido, recibe el nombre de derecho internacional penal un conjunto de reglas de derecho externo que establecen delitos y su correspondiente penalidad, reglas cuyo contenido deriva de una combinación de principios, unos oriundos del derecho internacional y otros procedentes del derecho penal.²⁴

La mención parece oportuna llegada la hora de reafirmar cuál es el ordenamiento declarado por los jueces chilenos a los supuestos que venimos reseñando. Pues bien, visto que los delitos establecidos por las sentencias y las penas que allí se dictaminan son invariablemente los regulados por el Código punitivo, puede concluirse que la premisa mayor del silogismo judicial no la provee el derecho internacional

²³ Existen vías para evitarlo y, empero, llegar a idéntico resultado, que no son del todo desconocidas a la jurisprudencia, incluso la Corte Suprema. De ello diremos una palabra *infra*, en el apartado 5.

²⁴ Ambos: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, cf. p. 34.

penal, sino el penal nacional. Pero como, al mismo tiempo, este último experimenta, según dijimos, cierta articulación con algunas reglas del primero, surgen dos órdenes de cuestiones que hacen a uno y otro.

Respecto del derecho internacional penal, importan sus fuentes y relaciones con el interno, lo mismo en la ordenación jerárquica de éste respecto de aquél que en el fundamento de validez de las normas supraestatales. El derecho internacional penal despliega sus fuentes de conocimiento en un espectro al que nutren tratados, costumbres, jurisprudencia y principios jurídicos admitidos como generales por la comunidad de los pueblos. Mas no todos los miembros de la cuatripartición hallan parejo desarrollo en el foro nacional, que se preocupa especialmente del primero. Los tratados son de lejos el tema medular de los fallos, y ninguno sobrepasa en significación a los Convenios de Ginebra, que comparecen por doquier al haber sido formalmente reconocidos por el país medio siglo atrás.²⁵ Sin embargo, ni la falta de ratificación de otros, como el Convenio de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad o el Estatuto de Roma, ni la ratificación *ex post facto* de documentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁶ han sido óbice para que se les preste acatamiento, sea directamente —verbigracia, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 5 de enero de 2004, en el caso de Miguel Ángel Sandoval—,²⁷ sea como expresión de normas consuetudinarias o principios jurídicos preexistentes a los hechos que sobrevinieron tras el *Putsch* de 1973. Así, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de julio de 2006, el voto aditivo de la mayoría columbra un crimen contra la humanidad cuyas reglas serían obligatorias para Chile “desde mucho antes” del que sufrió la víctima en noviembre de 1976, porque “nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los principios generales de derecho internacional de los derechos humanos o *ius cogens*”, a los cuales la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se limitó a confirmar en su prioridad respecto del ordenamiento interno (considerandos 5.º y 11). Semejante confusión entre las normas de

²⁵ El 5 de diciembre de 1950, es decir, apenas un año después de que fueron acordados en el plano internacional. Entre numerosísimas muestras de la aplicación judicial de los Convenios, puede nombrarse la causa relativa a Diana Arón Svigilsky, que citamos *supra*, nota 10, en sus sentencias de primera y segunda instancia, y el fallo de casación, de 30 de mayo de 2006.

²⁶ Ocurrida el 29 de abril de 1989, o sea, paradójicamente, cuando aún gobernaba el régimen militar.

²⁷ El considerando 96 declara que, siendo Chile suscriptor del Estatuto de Roma, está obligado por la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados (vigente desde 1981) “a no frustrar, de acuerdo con su artículo 18, el objeto y fin de dicha Convención, antes de su entrada en vigor”, lo que ocurriría de quedar impunes las situaciones a que alude el Estatuto, del que la sentencia cita los artículos 27, 28 y 33.

derechos fundamentales y las reglas punitivas del derecho internacional es también ostensible en el fallo dictado por el propio tribunal capitalino el 20 de abril de 2006, donde de un crimen contra la humanidad se discurre su imprescriptibilidad en cuanto “norma de derecho internacional general” y la escrituración de la obligatoriedad *ad intra* del derecho forzoso de gentes en los artículos 26, 27 y 53 del texto vienés (considerandos 5.º y 16).²⁸ A su vez, la Corte Suprema, en resolución de 13 de diciembre de 2006, razona sobre una norma consuetudinaria, es decir que, aunque la Convención de 1968 no esté vigente en Chile, nada obstaría a que se la reconociera como una práctica habitual de los Estados, vinculante incluso para aquellos que no admiten legalmente la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, ya que esa convención habría enunciado y, además, *declarado* una regla que “ya operaba a la fecha como derecho consuetudinario internacional” (considerando 16). Por cierto, hay providencias que se oponen frontalmente a este criterio, exigiendo que los tratados hayan sido ratificados y con precedencia a la comisión del delito, a fin de que un juez pueda darlos como norma en vigor para asuntos penales. Tal parecer luce en la de 4 de agosto de 2005, cuando la Corte Suprema rehúsa aplicar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de 1968 sobre Imprescriptibilidad y el Estatuto de Roma, ninguno de los cuales estaba vigente a la data del delito —lo que es desde todo punto exacto— ni “ha tenido la virtud de modificar tácita o expresamente las normas sobre la prescripción contenidas en el Código Penal” (considerando 13).

Era de suponer que la opinión que gestó el primer grupo de resoluciones sea también proclive a hacer primar el derecho internacional en su vínculo con el nacional, aunque también aquí se recae en el vicio metodológico de apelar, ahora como ordenamiento prioritario, al derecho internacional de los *derechos fundamentales*, no al internacional *penal*. Mírense, por ejemplo, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de julio de 2006,²⁹ 20 de abril del mismo año³⁰ y, muy

²⁸ El fallo de la misma Corte en 6 de julio de 2005, siempre a propósito de la imprescriptibilidad, estima que el deber de respetarla como *ius cogens* no depende en absoluto de “habérsela asumido convencionalmente por el derecho interno”, y cita al efecto diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención Europea relativa al particular, el Estatuto de Roma y el proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (considerando 8.º). Sin embargo de estas y otras referencias de derecho internacional penal, el punto de partida del razonamiento sigue siendo aquí el “derecho internacional de los derechos humanos” (considerando 5.º).

²⁹ “Los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos [...] gozan de primacía constitucional, cuya consecuencia —conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución— es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la perfeccionan y complementan” (considerando 6.º del voto complementario).

³⁰ Aquí, la prioridad de la norma internacional general que impide la prescripción de los delitos de lesa humanidad se recaba de la jerarquía constitucional de los tratados y *costumbres* relativos a derechos fundamentales (considerandos 13 y 19).

especialmente, 5 de enero de 2004, esta última basada en el artículo 5.º de la Constitución, con su cláusula sobre los derechos fundamentales como elementos que limitan la soberanía del Estado, la Convención de Viena de 1969 y el parecer de la Corte permanente de Justicia internacional.

Harto más parcos se muestran los tribunales en el fundamento de validez de normas a que se asigna tamaña relevancia.³¹ Sólo la sentencia de 30 de setiembre de 1994, en redacción de un reputado profesor de derecho constitucional como abogado integrante de la Corte de Apelaciones Santiago, toca de pasada este aspecto al expresar que la Constitución chilena no fundamenta la validez de los tratados internacionales, “sino sólo su aplicabilidad”. En otras palabras, no bien incorporada al derecho interno en los términos que determina aquélla —o sea, por ratificación—, “es la propia convención la que decide cómo deben ser aplicadas sus normas”, con la consiguiente imposibilidad de aplicar las leyes internas, anteriores o posteriores, que se refieran a la misma materia.³² Si recordamos lo que propone la jurisprudencia acerca de las costumbres y los principios generales del derecho internacional, se obtiene como resultado el consabido dualismo entre los derechos externo e interno respecto de las convenciones, y un monismo sin embozo en punto al *ius cogens* que contiene el primero. Maguer el último planteamiento, la prioridad y la autonomía del derecho internacional no son tantas —lo hemos dicho hasta la saciedad— como para engendrar los tipos delictivos de que están ayunas las leyes del país.

Esta disociación, así como la alianza de delitos comunes con reglas de derecho internacional llamadas “de derechos humanos”, comparecen asimismo en el ámbito de validez de la ley penal chilena. No, por lo pronto, en su vigencia espacial, regida por el principio territorial, que es el dominante en el país.³³ Y es lógico que así sea cuando quiera que en los tipos que atrapan los hechos se esquematizan conductas carentes de trascendencia cosmopolita. Así se aprecia, en la sentencia que condenó a los autores del asesinato de Orlando Letelier del Solar, un delito “a distancia” cuyo *iter criminis* comenzó en Chile y concluyó con la muerte en Washington del otrora

³¹ Concedamos, empero, que no es misión de la judicatura adentrarse en los enmarañados vericuetos de la unidad del ordenamiento jurídico. En este sentido tiene razón Luhmann cuando escribe que “ninguna sentencia debe mencionar, y mucho menos comprobar la unidad del sistema”, mas no en su idea de que la unidad “no es premisa operativa del sistema”. Sin esa premisa el jurista tampoco podría trabajar. *El derecho de la sociedad*, traducción de Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura, México: Herder, 2005, p. 129.

³² Considerando 6.º, letra i. Fue ponente el profesor Humberto Nogueira Alcalá.

³³ Cf. Guzmán Dalbora, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile*, cit., pp. 175-178.

canciller.³⁴ En cambio, la validez temporal de los preceptos internos, sometida a los principios de legalidad y extractividad de la ley más benigna,³⁵ ofrece un campo en que tornan a reñir las opuestas tendencias de la aplicación exclusiva del derecho nacional o la subordinación de éste a las exigencias de la comunidad jurídica de naciones, convencionales o no escritas. Justo es reconocer que los tribunales, fieles a su temperamento de sancionar delitos comunes, han observado escrupulosamente el *nullum crimen sine lege pravia* en cuanto a las infracciones y su penalidad; por ende, no abultan la cuenta de los acusados con las modificaciones sufridas por unas y otras durante los últimos treinta años si éstas perjudicarían su situación.³⁶ El *punctum dolens*, una vez más, atañe a la subsistencia de una acción punitiva amenazada por los plazos de prescripción, sobradamente cumplidos a la sola luz del Código Penal, y el decreto ley de amnistía de 1978. La Corte Suprema experimenta en ello una evolución. Si en 1996 se encastilló en los principios de legalidad e irretroactividad, siquiera admitiendo que, en virtud de éstos, el delito debía serlo “según el derecho nacional o internacional” anterior a la perpetración, el fallo de 13 de diciembre de 2006 afirma que “la prohibición de la retroactividad, predicada en los códigos penales clásicos, como el nuestro, ha perdido progresivamente vigencia con la creciente codificación de tipos de derecho penal internacional, como sucede, verbigracia, con los crímenes internacionales declarados imprescriptibles en el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional”. El ulterior e inquietante aserto de que “en el derecho internacional penal la irretroactividad no puede ser entendida de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito en el momento de la comisión del hecho, siendo suficiente, para estos efectos, con que la acción sea punible según los principios no escritos del derecho consuetudinario” (considerando 7.º de la sentencia de reemplazo), se ve por fortuna desdicho en la resolución misma, que condena por asesinato y no por algún vástago delictuoso de la

³⁴ La alegación que formularon los reos en el sentido de que los tribunales nacionales resultaban incompetentes para conocer del asunto fue rechazada porque el proceso versó sobre un delito cometido en el extranjero por chilenos contra chilenos y sus acusados estaban en el país —una simple aplicación del artículo 6.º del Código Orgánico de Tribunales— y porque “en todo caso, Chile está obligado a enjuiciar a los responsables, por exigencias del artículo 345 del Código de Bustamante”, o sea, el tratado multilateral suscrito por un crecido número de países americanos en la ciudad de La Habana (Cuba) el 20 de febrero de 1928. Esta es la única mención de derecho internacional que consignó al respecto el ministro Adolfo Bañados Cuadra en su extensísimo fallo de 12 de noviembre de 1993 (que puede consultarse en *Fallos del Mes*, publicación mensual de la jurisprudencia de la Corte Suprema, año XXXV, noviembre de 1993, sección criminal); pero no se trata de preceptos de derecho internacional penal, sino de reglas de cooperación jurídico-penal entre los Estados del continente.

³⁵ Axiomas que tienen enclave constitucional, como se advirtió supra, nota 8.

³⁶ Nos referimos en particular al secuestro, en el artículo 141 del Código Penal, que describe también las formas agravadas del plagio.

costumbre internacional. Esto aparte, la prohibición de aplicar retroactivamente disposiciones que menoscaben al reo reaparece cuando ellas constan en un tratado cuya ratificación sobrevino al crimen o no se produce aún.³⁷

Donde el derecho internacional penal no halla eco alguno es en los privilegios jurisdiccionales. Conviene tener presente que la única inmunidad penal recogida en el derecho interno es la que rodea a los diputados y senadores “*por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o comisión*”.³⁸ Pero existen condiciones de procesabilidad, concebidas como antejuicios o privilegios jurisdiccionales, impuestas por la Constitución³⁹ para detener o, en su caso, acusar criminalmente a ex presidentes de la República y a legisladores, jueces, fiscales, intendentes o gobernadores en ejercicio.⁴⁰ La observancia de tales privilegios está circunscrita a los órganos judiciales del Estado, y la Corte Suprema se encargó de subrayarlo en las resoluciones concernientes al proceso de extradición de Augusto Pinochet Ugarte y varios de sus colaboradores, requeridos por la Justicia argentina a raíz del asesinato en Buenos Aires, el 30 de setiembre de 1974, del general Carlos Prats González y su mujer, Sofía Cuthbert Chiarleoni. La sentencia de 11 de setiembre de 2001 rechazó la solicitud de tomar declaración indagatoria al primero de los nombrados mientras éste conservase su fuero senatorial.⁴¹ No hay en ella traza de las abundantes consideraciones de derecho internacional penal que esgrimió por su parte la judicatura trasandina.⁴²

³⁷ Por ejemplo, la sentencia de 4 de agosto de 2005, considerandos 12 y 13, a propósito de la Convención sobre la imprescriptibilidad de 1968, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Estatuto de Roma, así como el voto disidente del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago el 26 de octubre de 2006, en que el redactor postula que como la autolimitación al ejercicio de la soberanía en materia de derechos humanos data de la reforma en 1989 al artículo 5.º de la Constitución, los tratados internacionales que entraron a regir después no pueden aplicarse a sucesos anteriores a aquella fecha.

³⁸ Artículo 58 de la Constitución política. En cambio, desde la independencia política del país jamás se ha contemplado, y sería en verdad inconciliable con la forma república de gobierno, la inviolabilidad del presidente de la República u otros altos representantes del Poder Ejecutivo, todos los cuales están sometidos a la ley penal como cualquier ciudadano.

³⁹ En sus artículos 30, 58, 78, 80 H, 81 y 113.

⁴⁰ Sobre el particular, véase Cousiño Mac Iver: *Derecho penal chileno. Parte general*, 3 vols. publicados, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, t. I, 1975, p. 141.

⁴¹ Considerando 31. El desafuero ocurre el 8 de octubre de 2004 y la formación de causa, el 5 de enero de 2005. El reo fue sobreseído definitivamente el 1.º de abril de 2005, tras haber revocado la Corte Suprema lo decidido por la Corte de Apelaciones de Santiago en orden a abrir proceso en su contra.

⁴² En la resolución de la Cámara Federal de Buenos Aires el 15 de mayo de 2001, que vio en el delito uno contra la humanidad y, por consiguiente, lo reputó imprescriptible.

4. Las eximentes y la cuestión de la autoría

Parte significativa de los crímenes que jalonaron la opresión de la disidencia durante el régimen militar y, por cierto, varios de los más renombrados, nacieron dentro de estructuras organizadas del aparato estatal, a las que se instituyó revestidas de una reglamentación propia y dotadas de personal militar en sus diversas capas de mando y ejecución, con la consiguiente disciplina característica del mundo castrense. Puede uno suponer, pues, que la alegación más recurrente de la defensa de los responsables haya pedido para éstos asilo en el cumplimiento de un deber, causa de justificación que contempla el Código Penal en su artículo 10, número 10.º, y la obediencia jerárquica, a la que el Código de Justicia Militar otorga sólo efecto atenuante.⁴³

He aquí, sin embargo, que los tribunales han rechazado sistemáticamente, con sobrada razón y acopio de argumentos, dar paso a tales institutos como fundamento de una absolucón. Acerca del cumplimiento de un deber, la sentencia condenatoria en el caso de la joven Arón Svigliisky⁴⁴ constata que en la época de los hechos no había norma jurídica alguna que autorizase la detención, sin orden administrativa o judicial, de una persona por su militancia política, para interrogarla y perseguir con esa información a otros individuos, ni siquiera el decreto que dio origen a la Dirección de Inteligencia Nacional (considerando 25). Más rotundo, el fallo de la Corte Suprema sobre el secuestro de Miguel Ángel Sandoval. Los autores, también miembros de aquel organismo, adujeron que su conducta estaba amparada por el decreto ley n.º 521, que habría facultado a los integrantes del *servicio* para allanar morada y aprehender personas. Ello mereció la réplica de que esa fue una norma secreta, que su falta de publicación la torna ajena al derecho chileno y no puede esgrimirse en justificación

⁴³ Expresa el inciso segundo del artículo 214: “El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335 [o sea, la remonstratio], será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito”, y el artículo 211, que, “fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. Y si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada”. Sobre la obediencia jerárquica en el derecho penal chileno, cf. Guzmán Dalbora: *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile*, cit., pp. 183-184, y la bibliografía citada allí, a la que hay que agregar Politoff Lifschitz: *Obediencia y delito en contextos cambiantes*, en el libro de homenaje al profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba: *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 529-562.

⁴⁴ Que citamos supra, en nota 10.

de un delito, amén de que el lugar donde se retuvo al secuestrado jamás figuró entre los establecimientos de detención reconocidos por el gobierno⁴⁵ —en otras palabras, que la detención era ilegal incluso si se la confronta con esa pátina de juridicidad con que el régimen buscó recubrir sus disposiciones legiferantes—. ⁴⁶ En cuanto a la obediencia jerárquica, siendo uno de sus requisitos que la orden impartida por el superior concierna a la función y, por tanto, como el mandato no puede tender manifiestamente a la comisión de un delito, tampoco puede exculpar a quienes atormentan y matan a terceros por indicación de otros. Los acusados de secuestrar a Diana Arón no esbozaron siquiera el nombre de quien los mandó actuar, limitándose a decir que lo hicieron en virtud de una “política de Estado”, y mucho menos examinaron la licitud de la orden para representarla a sus superiores, reza el considerando vigésimo cuarto de la sentencia que los envió a prisión. Aún más representativa de ambas instituciones en la jurisprudencia es la condena de los asesinos de Orlando Letelier del Solar. Para el ministro instructor, “la excepción de la obediencia debida que puede alegar un subordinado depende [...] de que ese mandato haya sido impartido ‘como orden del servicio’, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto del servicio’”, y, “en el caso en examen, la orden impartida estaba notoriamente encaminada a la ejecución de un delito grave (*atrocitatem facinoris* de los romanos), era totalmente ajena a las funciones de la DINA y también a las atribuciones legítimas de su Director, es decir, no era una orden del servicio, ni provenía ni fue pronunciada con ocasión de un acto del servicio”, de todo lo cual se seguía la obligación, para quien la recibió, de no cumplirla; y como, por la inversa, lo hizo, “debe responder también como coautor mediato de este homicidio, ya que equivale a un acuerdo de voluntades con su jefe, el Director de la DINA, sobre el plan homicida”. ⁴⁷

Este último fallo es de interés, además, para la autoría. En efecto, en los juicios del período brillan por su ausencia disquisiciones finas sobre las formas que puede asumir la intervención principal en un delito y, en especial, una argumentación sobre la disyuntiva de inducción o autoría mediata, que hay que resolver cuando aquél se perpetra en el seno de organizaciones jerarquizadas, compactas y de ingente composición. Es probable que conspirase contra un mayor desarrollo del tema que el Código Penal (artículo 15), a pesar de distinguir autores y partícipes, somete a muchos de los segundos a las penas de los

⁴⁵ Antes bien, sus ministros del Interior y de Defensa negaron pertinazmente la existencia de Villa Grimaldi.

⁴⁶ “No existe, en el presente caso, ley o reglamento alguno con fuerza obligatoria vigente a la época, que haya autorizado la comisión del injusto en estudio” (considerando 26).

⁴⁷ *Fallos del Mes*, cit., p. 154.

primeros, no regula *expressis verbis* la autoría mediata y tampoco conoce un precepto general sobre la comisión por omisión. Existen excepciones, ciertamente. La condena de quienes aniquilaron a Tucapel Jiménez Alfaro⁴⁸ diferencia las situaciones de coautoría, autoría mediata e instigación, descarta calificar como inductor al alto oficial que involucró a los demás militares en la empresa y, en cambio, lo estima autor a partir de la doctrina del dominio del hecho, pues “en pocos casos como el presente quien ha planificado un ilícito, comprometido voluntades de terceros para su perpetración”, suspendiendo y reanudando el desenvolvimiento de ésta, demuestra el “control sobre la ejecución” que exige aquella teoría. Del control último de la operación por el jefe de la *caravana de la muerte*, en uso de la autoridad que le atribuía el mando militar, cuya verticalidad funcionó a pedir de boca, se explaya el fallo en las muertes de San Javier (considerando 41). Una autoría por omisión asoma tímidamente en el pronunciamiento de la Corte Suprema que rechazó, el 4 de enero de 2005, amparar a Augusto Pinochet Ugarte por su responsabilidad en la *operación Cóndor*,⁴⁹ si es verdad que éste tuvo “conocimiento de hechos que [...] estuvo en situación de impedir, atendida su investidura” (considerando 15). Pero, como se dijo, el caso donde estos problemas están mejor tratados es el del crimen de Washington. El sentenciador no apreció inducción en la conducta de la pareja de oficiales que desde Chile ordenó matar a Orlando Letelier, y se inclina por la figura de la autoría mediata, con expresa adhesión a la tesis de Roxin del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder, dentro del cual el autor material aparecía como un simple instrumento de la Dirección de Inteligencia Nacional.⁵⁰ Con todo y eso, tampoco el problema de la autoría solicita argumentaciones de derecho internacional penal, sino sólo las reglas del interno, de las que sentencias como las que se citó intentan extraer posibilidades interpretativas antes ignoradas en el foro.⁵¹

⁴⁸ Citada supra, nota 11. Véase el considerando 41.

⁴⁹ Nombre que se dio a las actividades de un organismo que reúne en 1975 a las policías secretas de Chile, Argentina Uruguay, Paraguay, Bolivia, Ecuador y Perú con el propósito de perseguir y eliminar a militantes de movimientos de izquierda.

⁵⁰ La especie de autoría prevista en el número 2.º del artículo 15 del Código Penal (“los que fuerzan a otro a cometer un delito”), la fungibilidad de los ejecutores de las órdenes impartidas por una organización cuyas características tornaban ilusoria toda resistencia a sus designios, retratan “un estado de cosas perfectamente aplicable al de Townley, inserto como estaba en la estructura jerarquizada y militar de la DINA, en términos que si legalmente no podía ser compelido a acatar esa orden, en la práctica el influjo, la autoridad y el ascendiente del Director, a través de la orden transmitida por el coronel Espinoza, debió gravitar sin contrapeso en el ánimo del agente de facto, como para poder afirmar que se encuentra en la situación de quien es forzado irremediablemente a cometer un determinado acto”. *Fallos del mes*, cit., p. 154. Por lo demás, Contreras y Espinoza fueron considerados coautores mediatos del delito, dada su proximidad en el escalafón de grados del Ejército y la falta de otros vínculos de dependencia entre ambos.

⁵¹ Hasta donde se nos alcanza, únicamente la Corte de Apelaciones de Santiago, en el secuestro de Miguel Ángel Sandoval, invoca jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en

5. Extinción de las responsabilidades penal y civil

Como adelantamos al desarrollar la caracterización de los crímenes internacionales en la jurisprudencia, el de la extinción de la responsabilidad penal ha quedado acotado a la amnistía y, últimamente, la prescripción de la acción punitiva.

A la génesis del decreto ley 2191, la amnistía *al revés* dictada en 1978,⁵² está íntimamente ligado un caso judicial al que cabe hacer referencia, porque retrata a la perfección las consecuencias a que condujo la sedicente norma jurídica mientras imperó el régimen militar. Ocurrido en octubre de 1973, pero descubierto sólo en 1978, el llamado *caso Lonquén* acapararía la atención pública de la época. No había transcurrido un mes desde el golpe de Estado de 11 de setiembre de 1973, cuando un grupo formado por miembros de la Policía de Carabineros, sin contar con orden judicial alguna, allana y detiene en Isla de Maipo, localidad rural contigua a Santiago de Chile, a quince humildes campesinos, quienes, luego de ser golpeados en el recinto policial del lugar, son llevados a unos hornos de cal sitios en el vecino sector de Lonquén. Allí encontraron alevosa muerte, por obra de los mismos carabineros y del oficial que los dirigía, quien decidió ocultar los cadáveres en los hornos. De este caso, que surgió a la luz pública a raíz de una denuncia anónima recibida por la Iglesia Católica en 1978, conoció primeramente el ministro Adolfo Bañados Cuadra. Antes de que éste tuviese que declinar su competencia a favor de un fiscal militar, pudo constatar la directa responsabilidad del oficial y los policías a su cargo, que el hecho

punto a la responsabilidad de los superiores por actos de los subordinados (considerandos 90-94). Pero no elucida de la mano de esas fuentes los problemas de autoría y participación planteados por el caso.

El medio judicial chileno no pudo hacer tesoro de una notable pieza forense, preparada a petición del Consejo de Defensa del Estado por el profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, para servir como base de los alegatos de dicho organismo en el proceso de desafuero de Augusto Pinochet Ugarte en la *caravana de la muerte*. El autor desarrolla allí tres opciones teóricas (dominio del hecho, autoría mediata por el dominio de la voluntad en un aparato organizado de poder y autoría por omisión), todas las cuales conducían por igual a la responsabilidad como autor del futuro encausado por... ¡encubrimiento! El planteamiento oficial desfiguró la construcción del desaparecido catedrático. Cf. "Alegato para desafuero al senador vitalicio Augusto Pinochet Ugarte", en *Violencia y justicia* (prólogo de José Luis Guzmán Dalbora y Epílogo de Eugenio Raúl Zaffaroni), Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 2002, pp. (141-154) 150-154. Pinochet fue sobreseído definitivamente por la Corte Suprema en junio del 2002.

⁵² Según expresa su "Exposición de motivos", la amnistía era fruto del "imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos". Prescindiendo del hórrido lenguaje en que quedó escrita, la afirmación, cuyos oportunismo y cruel hipocresía apenas si reconocen precedentes en la historia de Chile, era en verdad el disfraz con que disimular una burda autotutela del régimen y la impunidad así concedida a sus criminosos servidores, no menos que el mecanismo para anular la honda impresión que suscitaban sus hechos delictivos, con el correspondiente reclamo de hacer justicia a las víctimas.

fue perpetrado con ocasión del servicio y que las explicaciones dadas por la jefatura policial para cohonestar lo ocurrido, o sea, que los detenidos se habrían enfrentado a tiros con sus secuestradores, eran, en su puerilidad, absolutamente inverosímiles. El decreto ley de amnistía vino a la judicatura militar como anillo al dedo. El fiscal, en resolución luego confirmada por la corte marcial, sobreseyó la causa y a los malhechores.⁵³

Los demás hechos conocidos a partir de ese momento correrían igual suerte, incluso tras el fin de la satrapía castrense. Sólo en 1994, con la sentencia de 30 de setiembre de aquel año, la Corte de Apelaciones de Santiago empieza a declarar inaplicable la amnistía en virtud de los Convenios de Ginebra.⁵⁴ La Corte Suprema revocó el fallo el 26 de octubre de 1995, en sintonía con lo que había sido su práctica inveterada en la materia, a saber, dar uniforme aplicación al precepto. Mientras los tribunales de apelación emitirían en el período a caballo del cambio de siglo un creciente número de pronunciamientos en que declinaban aplicarlo, ora por la supremacía del derecho internacional relativo a la guerra, ora porque, desconociéndose el paradero de las víctimas, no es tampoco factible saber si el período de permanencia del secuestro concluyó allende el plazo fijado en 1978,⁵⁵ la Corte Suprema ha procedido parsimoniosamente y con serpentinos rumbos. Comenzó a denegar la aplicación en el fallo de 9 de setiembre de 1998 (*caso de Poblete y Córdoba*). Entonces se consideró que, estando el país obligado por los Convenios de Ginebra y en situación de guerra durante los primeros años de la dictadura militar, tiene también el deber de adecuar su derecho interno al internacional y, por consiguiente, la prohibición de conceder vigencia a la amnistía. El 17 de noviembre de 2004 reproduce el criterio. Pero el 4 de agosto de 2005 (*caso de Rioseco y Cotal*) vuelve sobre sus pasos y se pliega al olvido jurídico de los crímenes. En esta marcha a trompicones hay que reconocer por lo menos que el supremo tribunal, cuando decide emplear la amnistía, ya no lo

⁵³ Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, cit., vol. 1, t. 1, cf. pp. 223-225.

⁵⁴ El considerando noveno reza así: "El intento de un Estado de alterar la condición criminal y la responsabilidad consiguiente de actos que vulneran las leyes de la guerra y los derechos de las personas durante ella, está fuera de la competencia del Estado, mientras éste sea parte de las Convenciones de Ginebra sobre derecho humanitario; ello sería más grave aún, si con ello se persigue encubrir una responsabilidad no sólo individual, sino también de agentes del estado, lo que constituiría una situación de autoabsolución que repugna a toda noción jurídica básica de respeto a los derechos humanos...".

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 28 de julio de 2004 y 19 de abril de 2005, así como la de 7 de enero de 1999, en que la Corte Suprema declara que si el resultado del secuestro trasciende el período que abarca la amnistía, no corresponde aplicarla. Vuelve a sostenerlo en los fallos de 17 de noviembre de 2004 y 30 de mayo de 2006 (casos de Miguel Ángel Sandoval y Diana Arón, respectivamente).

Un resumen enunciativo de las sentencias en que los tribunales superiores rechazan aplicar el decreto puede leerse en la nota 94 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de setiembre del 2006.

hace en mérito a ella misma, como antaño, sino cotejándola con los requisitos internacionales de un estado de guerra, a los que, evidentemente, ya no puede desoír. Sea de ello lo que fuere, obsérvese que los jueces chilenos jamás han declarado inválido y mucho menos extrajurídico el decreto ley que comentamos; sólo proclaman su inaplicabilidad. Por cierto, el reproche puede encaminarse con los mismos títulos a los poderes legiferantes.⁵⁶

En la actualidad, el debate ya no se centra en la amnistía, que es cada vez menos utilizada. Ha cobrado primerísimo realce el tema de la prescripción. Contemplados a la sola luz de los preceptos del Código Penal, cuyo plazo máximo para la subsistencia de la acción punitiva es de quince años, todos los delitos cuyo resultado se produjo antes de 1991 —en otras palabras, el espectro entero de los que importan aquí— estarían extintos por el paso del tiempo. La jurisprudencia ha acometido la cuestión desde dos perspectivas. La primera, atenta únicamente al derecho interno, estima que, en tanto en cuanto no se tenga la certeza de que el secuestrado recuperó la libertad o perdió la vida, “hay que entender que el hecho criminal sigue en curso de consumación, sin que sea viable establecer una fecha en la que tal cosa cesa de ocurrir”.⁵⁷ La permanencia del delito, pues, determina la vigencia de la acción penal, cuyo inicio sólo puede contarse desde el término del período consumativo.⁵⁸ La otra acude al derecho internacional, por ejemplo, en las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago datadas el 6 de julio de 2005 y el 20 de abril de 2006, que califican los hechos de secuestro como crímenes contra la humanidad y los reputan imprescriptibles a causa de la existencia de una norma imperativa de derecho internacional general. A idéntica conclusión llega la Corte Suprema en el fallo de 13 de

⁵⁶ Luego del retorno de la democracia nunca ha habido un interés serio por expeler legalmente el decreto de amnistía del ordenamiento. Derogarlo o interpretarlo auténticamente, como intentaron algunos proyectos, carece de sentido, pues implicaría reconocerle valor jurídico y, por ende, atribuirle directa vigencia como ley intermedia más favorable. Mejor orientado, un proyecto reciente, de 21 de abril de 2006, que opta por la nulidad de derecho público. Nosotros habríamos preferido que en 1991 el Parlamento hubiera revisado, uno por uno, todos los decretos-leyes (y leyes) dictados desde 1973, decidiendo a cuáles se reconocería valor como derecho y a cuáles no —como el de 1978—. Tal parece que nuestra sensibilidad jurídica no llega a tanto; tampoco nuestra responsabilidad política. Como explicó el testigo propuesto por el Estado a la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos en la causa sobre la desaparición de Luis Alfredo Almonacid, “si se consideran inválidas las normas dictadas por los gobiernos de facto en Chile, buena parte del ordenamiento jurídico caería, incluyendo muchas de las normas que otorgan legitimidad al actual sistema político”. La elocuencia de estas expresiones nos ahorra comentarios sobre esa legitimidad.

⁵⁷ Fallo de casación de la Corte Suprema en 30 de mayo de 2006 (caso de Diana Arón).

⁵⁸ Parecer unánime entre los penalistas chilenos. Cf. Guzmán Dalbora, “De la extinción de la responsabilidad penal”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (único publicado), obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, con la coordinación de Jean Pierre Matus Acuña, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. (433-487) 470-471, donde se citan otros fallos de la Corte Suprema, del 19 de noviembre de 1993, 26 de octubre de 1995 y 9 de setiembre de 1998.

diciembre de 2006. Allí se argumenta (considerando 13) que, aunque el país no ha ratificado las convenciones correspondientes, tampoco ha sido un objetor pertinaz de la imprescriptibilidad como costumbre en los Estados contemporáneos. Esto último resulta asaz discutible, y para apercibirse de la falacia de la afirmación basta rememorar el caso de Walther Rauff.⁵⁹ Por lo demás, el problema de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales seguirá siendo un acertijo en Chile mientras persista esa cabeza de Jano que pusimos en evidencia.

Hay, sin embargo, una vía para salir de la encrucijada sin hollar el derecho interno ni infundir vida a un centauro delictuoso cuyo cuerpo lo ministra aquél y el torso, el supraestatal. Si la prescripción es una manifestación de la falibilidad y las limitaciones de la justicia humana, que el Estado no puede por menos que aceptar en la medida de lo que, sin ser buscado, se impone como inevitable a hombres e instituciones, entonces han de quedar al margen del efecto extintivo de responsabilidades aquellos casos en que los órganos estatales hicieron posible, con un aporte malicioso, dichas falibilidad y limitación. La inercia de los órganos de la persecución penal, aunque ajena al fundamento de la prescripción, asume en ella un significado que no se debe menospreciar. Esta inactividad representa una condición de procedencia de la prescripción. Por lo mismo, los plazos corren si y sólo en la medida en que el Estado pueda y quiera perseguir el delito o imponer la pena, pero, en el hecho, no lo hace. Tales datos de fondo permiten extraer el corolario de que la probada falta de una voluntad real de sostener la acción punitiva, o la presencia de superiores impedimentos jurídicos o fácticos a la persecución, produce que los plazos no pueden empezar a correr o, lo que es igual, que quedaron suspensos desde el principio.⁶⁰ De algún

⁵⁹ Lo mentamos supra, en la Introducción, pero ahora conviene conocerlo más de cerca. La extradición de Rauff, diseñador del mecanismo de asfixia colectiva de judíos mediante la inhalación de monóxido de carbono expelido por motores de combustión interna, fue negada en abril de 1963, a raíz de que los delitos que se imputaba al *extraditatus* —nada menos que noventa y siete mil asesinatos—, en opinión del alto tribunal, estaban prescritos conforme a la legislación del Estado requerido. Así se consumó la “impunidad de un nazi”, posibilitada por los rípios de la legislación interna y el talante burocrático con que los jueces de la Corte Suprema abordaron la cuestión del carácter imprescriptible del genocidio en el derecho internacional. Ante la falta de un tratado de extradición entre Chile y Alemania, el proceso concluyó con la imposición a un Estado europeo enteramente ajeno al Código de Bustamante, de un cuerpo legal que liga tan sólo a ciertos países de América hispana. En la fórmula alternativa del artículo 359 del Código se encontró la disposición propiciatoria. Véase Novoa Monreal: “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en *Grandes procesos*, Santiago de Chile: Bot, 1988, pp. 58-105.

⁶⁰ Hemos desarrollado esta interpretación en nuestro artículo “Crímenes internacionales y prescripción”, incluido en el volumen Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik: *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 103-115, y publicado, además, en la *Revista de Ciencias Sociales*, Edeval, Valparaíso, números 49-50 (“En recuerdo de Jorge Millas”), 2006, pp. 399-416, y, en portugués, Kai Ambos y Carlos Eduardo Adriano Japiassú: “Crimes internacionais e prescrição”, en *Tribunal penal internacional. Possibilidades e desafios*, Río de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 185-197.

modo lo intuye el voto de minoría en el fallo de 4 de agosto de 2005 de la Corte Suprema, cuyos redactores, a propósito de la cláusula de los Convenios de Ginebra que prohíbe al Estado liberarse de sus responsabilidades durante una situación bélica, sostienen que ello no sólo abarca “las amnistías autoconcedidas, sino implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamadas a servir, pero no en situaciones de quebrantamiento de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron esa infracción”.

Enlazado a lo anterior queda el problema de la responsabilidad civil nacida del delito o, mejor dicho, la vigencia o pérdida de la acción encaminada a perseguirla, a la que la legislación reserva un corto tiempo de prescripción, cuatro años. Sobre el particular la jurisprudencia ha sido menos generosa que en su entendimiento del cese de la acción penal. Párese mientes en que los crímenes de que hablamos fueron perpetrados por servidores públicos y en esa condición, con lo cual comprometieron la responsabilidad del Estado por los perjuicios civiles de todo orden, materiales y morales, causados a las víctimas y sus deudos, daño a menudo acrecentado por el largo espacio de tiempo sin obtener una compensación. Si estos delitos son comunes, con una acción penal prescriptible, pues es lógico que prescriba también la acción civil. Éste es hasta la fecha el pensamiento dominante entre los jueces —aunque sólo relativamente a la última, no la primera—. Pero si se los considera en serio como crímenes internacionales, cae entonces por su base la pretensión del fisco de Chile en orden a estar exento del deber de pagar. El voto disidente del fallo en el caso de Carlos Contreras Maluje deduce de ser el delito un crimen contra la humanidad, criterio compartido por la mayoría, la consecuencia de que resultan inaplicables las disposiciones del Código Civil sobre la prescripción de las acciones comunes de indemnización de perjuicios, “al estar en contradicción con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, que protegen el derecho de recibir la reparación correspondiente las víctimas y familiares de éstas”, normas que se habrían incorporado al derecho interno a través del artículo 5.º de la Constitución.⁶¹ Sin embargo, no es éste ni con mucho el parecer reinante en la jurisprudencia, que en ello vuelve a construir una figura híbrida, imprescriptible para lo penal y prescriptible para lo civil.⁶²

⁶¹ Considerandos 9 a 14. El pasaje entrecomillado está tomado del último.

⁶² La doctrina penal ha descuidado este aspecto del problema. Muy de pasada lo trata Zaffaroni: “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”, en su libro misceláneo *En torno de la cuestión penal*. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. (253-266) 263-264.

6. Fines de la pena

Muy breves seremos en este capítulo, dado que apenas si hay fallos que tomen posición ante el magno problema del fin de las punitciones en los crímenes de guerra o de lesa humanidad.

En verdad, lo que está aquí en discusión es la gravedad del fenómeno subyacente, unos hechos delictivos que tuvieron la intensidad traumática de una pesadilla aterradora. De ahí que sea fácil caer en la tentación de reverdecen en las penas correspondientes la única finalidad compatible con el miedo, a saber, la prevención general,⁶³ para que la comunidad que experimentó los hechos en carne propia u otras comunidades no se expongan al riesgo de verlos repetidos en el futuro. El punto de arribo de esta concepción es, como se sabe, siempre el mismo: un rigor punitivo que reclama las penas más severas,⁶⁴ fenómeno que encuentra perfecto encaje en el derecho internacional penal, con su nota predilección por el máximo suplicio y la prisión perpetua. Lo que vale parejamente para toda forma de escarmiento en cabeza ajena, incluso aquella que presenta la lección bajo los ropajes de un aseguramiento cognitivo. Pues bien, justamente en tales términos se pronuncia el voto disidente del fallo de la Corte Suprema en el caso de Rioseco y Cotal: “La sociedad, en efecto, no toleraría que transgresiones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir, pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa)”.

Puede que esto sea así, aunque no estamos en condiciones de nombrar un solo ejemplo de su comprobación empírica. Personalmente, suscribimos la opinión de que la mejor manera de prevenir episodios de este jaez implica atacar los factores que los posibilitan, cuyas raíces se hunden en el suelo de miseria, abandono y desesperación

⁶³ La prevención especial, a su turno, es hija del desprecio, por ver en el penado un ser inferior, precisado de tratamiento o al que simplemente hay que abozalar, como se hace con los perros bravos. Por lo demás, en la pena de los crímenes internacionales es una función que parece no tener cabida.

⁶⁴ Así, Rivacoba y Rivacoba: “Terrorismo penal”, en *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Depalma, 1993, cf. pp. 41 y 45.

que abruma hoy a amplias capas de tantos pueblos, suelo fértil en estigmatización e intolerancia y pronto a ser labrado por el primero que adopte posiciones mesiánicas de redención social, arrastrando en sus fantasías a espíritus incautos o derechamente malintencionados.⁶⁵ Y si estos medios no fueron suficientes para conjurarlos, en llegando el momento de conceder la palabra a la justicia penal, ésta debe hablar con un aparato de puniciones que refleje el desvalor colectivo de los hechos criminosos, pero sin perder de vista jamás que los últimos tuvieron ante todo víctimas individuales. O sea, que estas penas han de poseer un sentido eminentemente retributivo. Eso, y nada más. Porque no parece indispensable insistir en que la superación del pasado escapa a las posibilidades del derecho punitivo y pertenece, como el hecho psíquico que es, al foro de las conciencias individuales.⁶⁶

7. Conclusión

Al cabo de este cuadro resulta imposible negar que el derecho internacional penal penetró con pujanza en la última jurisprudencia sobre asuntos penales. Pero lo hizo en un contexto normativo poco propicio, no sólo por la inadecuación del ordenamiento interno al actual derecho penal de gentes, sino por la resistencia del sistema

⁶⁵ Semejante, Pastor, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, cf. pp. 131-134.

⁶⁶ “Cuando se expresa un escepticismo ante las posibilidades de recomposición de un pasado adverso por medio del derecho penal, se hace en función de los límites propios de éste. Expandirlo, hacerlo ilimitado y elaborar promesas hacia el futuro con base en él, es hacer ideología”, escribe con toda razón Aponte Cardona, *¿Derecho penal del enemigo o Derecho penal del ciudadano?*, Temis, Bogotá, 2005, p. 60. La experiencia alemana tras la reunificación, cuando se infringieron básicos principios del liberalismo penal —primero entre todos, la prohibición de las leyes retroactivas—, debiera servir de lección. Cf. Arnold: “La ‘superación’ del pasado de la rda ante las barreras del derecho penal del Estado de derecho” (traducción de Guillermo Benlloch Petit), en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 2000, pp. 307-340 (en la 338 comenta que “el modo en que se ha intentado resolver la cuestión del tratamiento del pasado de la RDA tras la reunificación no constituye una página gloriosa de nuestra historia”).

Algo no muy distinto podría predicarse de la llamada *búsqueda de la verdad a través de los juicios penales*. En efecto, “aquella verdad acerca de unos hechos que deba iluminar a los contemporáneos e ilustrar a la historia, no saldrá nunca de las salas de audiencias de los tribunales penales ni de los gabinetes de los cuerpos judiciales. Hay que dejar que los jueces, con todas sus limitaciones, juzguen, con la muy modesta calidad con que insuperablemente deben hacerlo, y que los historiadores, con sus métodos más aptos, expliquen los hechos al gran público y den las razones por las cuales los consideran probados”. Y es que “un juicio penal no es el juicio de la historia”, ni podría serlo con los toscos medios de que dispone. Pastor, o. cit., p. 126.

político a las demandas de la comunidad de naciones en materia de crímenes cosmopolitas. Las pocas válvulas abiertas por la Constitución dieron entrada a una entidad de estampa extraña, un derecho internacional de los derechos fundamentales entremezclado con ingredientes penales que en su gran mayoría el país no reconoce aún.

Que esto debía producir agudas tensiones con el aparato normativo medular de los fallos, es decir, las disposiciones del Código Penal, y enfrentarse a algunos principios que estructuran el arco toral del derecho punitivo del país —principalmente, el de legalidad—, era la consecuencia obligada en un Estado cuya legislación marcha a contrapelo de la historia. Tal vez esas tensiones hallen una fórmula de solución, para los hechos del pasado, en el quehacer presente de los jueces. Ojalá que estas páginas tuviesen la virtud de contribuir al propósito, ya que se trata de un servicio que sus criminalistas tienen que prestar al país. Para el porvenir, en cambio, no existe otra salida que la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y una apropiada reforma de la legislación interna, que sepa conjugar lo suscrito en Roma con la tradición liberal de las instituciones penales chilenas.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- Aponte Cardona, Alejandro: *¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá: Temis, 2005.
- ARNOLD, Jörg: “La ‘superación’ del pasado de la RDA ante las barreras del derecho penal del Estado de derecho” (traducción de Guillermo Benlloch Petit), en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 2000, pp. 307-340.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno. Parte general* (3 vols. publicados), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1975.
- FUCHS, Ruth, y Detlef NOLTE: “Vergangenheitspolitik in Chile, Argentinien und Uruguay”, en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, suplemento del semanario *Das Parlament*, n.º 42, 16 de octubre de 2006, pp. 18-24.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: “Crímenes internacionales y prescripción”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 103-115.

- “De la extinción de la responsabilidad penal”, en Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga (dirs.) y Jean Pierre Matus Acuña (coord.): *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I (único publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 433-487.
 - “Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación en Chile del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 171-195.
 - “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (prólogo de Albin Eser y Helmut Kreicker), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 163-200.
- Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, Santiago de Chile, 2005.
- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, 2 vols, Santiago de Chile, 1991.
- LUHMANN, Niklas: *El derecho de la sociedad* (traducción de Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura), México: Herder, 2005.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en *Grandes procesos*, Santiago de Chile: BAT, 1988, pp. 58-105.
- PASTOR, Daniel: *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio: *Derecho penal* (1 vol. publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1997.
- “Obediencia y delito en contextos cambiantes”, en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*, libro de homenaje al profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 529-562.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de: “Alegato para desaforar al senador vitalicio Augusto Pinochet Ugarte”, en *Violencia y justicia* (prólogo de José Luis Guzmán Dalbora y epílogo de Eugenio Raúl Zaffaroni), Valparaíso: Editorial de la Universidad de Valparaíso, 2002, pp. 141-154.
- *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Depalma, 1993.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, Emilio PFEFFER URQUIAGA y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ: *Derecho constitucional*, t. I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”, en su libro misceláneo *En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2005, pp. 253-266.

1. Presentación

El presente informe, que contiene un análisis crítico de la jurisprudencia nacional de Colombia respecto de la persecución nacional de crímenes internacionales, ha sido elaborado a partir de la búsqueda y selección detallada de diferentes decisiones de los diversos operadores implicados en dicha persecución. Se trata de un análisis de las providencias de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, de los jueces especializados, de los agentes de la Procuraduría General de la Nación y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. También, cuando es el caso, se reseñan providencias de la Corte Constitucional. Además del análisis de las decisiones, el informe se ha elaborado a partir de diversas entrevistas adelantadas por el autor con algunos funcionarios, especialmente con miembros de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía con sede en Bogotá y con jueces especializados de la misma ciudad.

El material es enorme, a pesar incluso, como se verá, de un marcado déficit de persecución. Y es enorme, por la aplicación tradicional de tipos penales comunes, cuando se trata de crímenes internacionales, proceso por demás lógico, ya que aún el país se encuentra en proceso de tránsito legislativo: muchas conductas que todavía se juzgan, fueron cometidas en vigencia del Código Penal de 1980 y no en vigencia del nuevo Código —julio de 2001—, que incorpora tipos penales concebidos como crímenes internacionales. Además, a pesar de ser cometidas muchas conductas en vigencia

del nuevo Código, los operadores continúan aplicando dichos tipos penales convencionales. Éste es un hecho que se subraya en el presente escrito. Por lo dicho, ha sido necesario seleccionar la información, en concordancia con ítems tradicionales, es decir, en función del terrorismo, del homicidio agravado, del concierto para delinquir, para citar algunos ejemplos. En cualquier caso, se reseñan y se estudian las providencias más significativas que se han producido sobre el tema que nos compete. Finalmente, en el desarrollo del informe, se mantiene la estructura general prevista para todos los informes, pero se agregan o se sustituyen aquellos ítems que son muy particulares del caso colombiano.

2. La tradición colombiana de aplicación del derecho internacional en el derecho interno

2.1. Las relaciones entre guerra y derecho y su influencia sobre las decisiones de la administración de justicia

Tal como se ha expuesto de manera reiterada en diversos informes escritos por el autor previamente como miembro del Grupo de Estudios Latinoamericano sobre Derecho Penal Internacional, existe una serie de paradojas que cruzan el caso colombiano y que le otorgan especificidad incluso respecto de países que han vivido hechos de alguna manera similares, como es el caso, para citar un ejemplo, del Perú. Son éstas las relaciones paradójicas entre la guerra y la política, entre el orden y la violencia, entre guerra y derecho. El presente estudio se sitúa de hecho en el marco de las relaciones entre guerra y derecho: es la dinámica de dicha relación la que en mayor medida otorga contenido específico a muchas de las decisiones que han tomado los jueces penales, los fiscales e incluso los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación.¹

¹ Véase, a manera de ejemplo, Alejandro Aponte: "Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Internacional de Friburgo y Fundación Konrad Adenauer, 2003,

Las múltiples e interesantes tensiones que se notan en las providencias de los jueces, en las decisiones de los fiscales y de los operadores en general, tienen que ver con el hecho de que se trata de situaciones que, en el contexto del derecho penal moderno y del derecho público en general, estarían situadas en principio por fuera del mismo orden jurídico; es decir, situaciones propias de la guerra entre naciones o, en todo caso, situaciones de suspensión o interrupción del orden jurídico penal que presupone y exige la existencia y la consolidación de la paz como condición fáctica para su funcionamiento.

No es éste empero el caso colombiano: la paz como condición fáctica para el funcionamiento del derecho no ha sido consolidada, no es una realidad en todo el territorio y, sin embargo, los jueces penales deben aplicar las normas, deben decidir en función de situaciones de guerra, en el marco de una Constitución Política y de un orden jurídico penal en principio asentados sobre la base de unas condiciones mínimas de paz consolidada. Este hecho, consciente o no en los jueces, se percibe siempre en sus decisiones. Además y precisamente porque se trata de situaciones fácticas, de hechos de la coyuntura ligados a escenarios muy anómicos y conflictivos, vinculados por ejemplo a políticas de pacificación o de persecución de ciertos actores, se trata de normas y de decisiones muy condicionadas por la política. De hecho, una de las características del caso colombiano es la confusión permanente entre la guerra y la política.

Puede decirse que el material normativo ligado al delito político, a tipos penales como el concierto para delinquir, al terrorismo y sus diferentes variantes como el homicidio con fines terroristas, etcétera, incluso a tipos penales como aquellos que hoy se recogen en el Título Segundo del Código Penal vigente como infracciones al derecho internacional humanitario, o a las normas que constituyen una especie de núcleo duro de la protección penal de derechos humanos, son expresiones de aquello que se puede denominar *derecho penal político*. En cualquier caso, la politicidad inherente a las decisiones es un hecho insoslayable que no se percibe en el tratamiento de otras conductas, por sus propias características, más proclives a un tratamiento más técnico y más dogmático.

Un hecho debe destacarse, no obstante la observación anterior: se nota un intento del funcionario de la Fiscalía, del juez penal, del funcionario de la Procuraduría

pp. 201-258. A efectos prácticos y en relación con las diversas normas del Código Penal colombiano que constituyen crímenes internacionales, a su estructura típica y sus orígenes, y para evitar repeticiones innecesarias, el autor remite al lector a este trabajo.

General de la Nación por ajustar, dentro de una racionalidad jurídica, una serie de normas sobre las cuales pesan directamente las coyunturas políticas, los intereses políticos, los profundos conflictos sociales, políticos y económicos que aquejan grandes porciones del territorio nacional. Además, y ello es un hecho fundamental, debe reconocerse el valor, la valentía y el enorme sacrificio de numerosos operadores de la administración de justicia de Colombia, que deben aplicar las normas, en derecho, a actores que por su propia naturaleza se sitúan estructuralmente por fuera de él; incluso respecto de funcionarios estatales que de manera permanente se encuentran al margen del orden jurídico. El derecho es una voz civil que empero los jueces y fiscales deben aplicar en escenarios de guerra o en escenarios que soportan anomias estructurales; es una paradoja que condiciona a diario las decisiones de estos operadores independientes y valientes. Todo análisis crítico de la jurisprudencia relacionada con delitos hoy concebidos como crímenes internacionales debe tener en cuenta esta consideración fundamental.

2.2. La histórica apropiación interna del derecho público internacional

Existe hoy una tendencia incesante hacia la internacionalización y globalización del derecho y ello ha hecho que la incorporación de las pautas internacionales, como fórmulas de interpretación de diversas figuras del derecho interno, sea un hecho cada vez más notorio. No obstante, hay que precisar que ello ha sido una constante en el caso colombiano, particularmente cuando se ha tratado de figuras que han sido incorporadas en escenarios de confrontación. En las relaciones entre guerra y derecho en Colombia, diversas disposiciones que en el derecho internacional europeo sirvieron para regular el impacto de las guerras interestatales han sido, en nuestro caso, incorporadas al derecho interno o han servido en todo caso como fuentes de interpretación de nuestras normas. Es el caso por ejemplo de la alusión al *ius gentium* —al derecho de gentes— dentro de la estructura normativa del antiguo estado de sitio, o las amnistías o los indultos, y el caso de la incorporación del delito político con un tratamiento privilegiado.

En el caso del derecho de gentes, central en la tradición del país, el artículo 121 de la Carta Política de 1886 establecía que en caso de guerra exterior o de conmoción interior, “el gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las

que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones”. De esta manera, el antiguo *ius publicum europaeum* entraba al derecho público interno en Colombia. A pesar de que en múltiples ocasiones se utilizó el derecho de gentes como una especie de estatuto abierto para radicalizar el impacto del estado de sitio sobre los derechos y garantías, su auténtico sentido era el de limitar precisamente dicho impacto. En esta dirección, la alusión en la nueva Carta Política al respeto por el derecho humanitario en los estados de excepción debe interpretarse como un desarrollo del carácter limitativo que tuvo el derecho de gentes en la historia de guerras en Colombia desde el siglo XIX y de los múltiples conflictos en el siglo XX. Ello, claro está, con la incorporación de un nuevo lenguaje y de una nueva metodología, como es el caso del tercero civil no combatiente, el principio de distinción, los elementos normativos de diversos tipos penales, como son las personas y bienes protegidos por el derecho humanitario, etcétera.

Con esta alusión al derecho de gentes se desea enfatizar aquí, tal como se ha dicho, que el derecho internacional ha estado presente siempre, tanto en la normatividad como en las decisiones de los jueces penales. Incluso antes de que hoy, en el nuevo Código Penal, se hubieren incorporado conductas que, como el genocidio o la desaparición forzada, constituyen crímenes internacionales, ya se hacía referencia genérica en la jurisprudencia a los delitos de lesa humanidad, por ejemplo. Esta acepción servía de referencia a la aplicación de las normas en escenarios de conflicto y en escenarios de violaciones masivas de derechos humanos.²

² Es el caso muy grave por ejemplo, relacionado con las masacres de las fincas Honduras, La Negra y La Mejor Esquina, en el cual sujetos armados dispararon a miembros de la población civil de manera indiscriminada. Tanto la vista fiscal —y ello con un énfasis muy particular— como la providencia de la Sala Penal hicieron relación a la noción de delitos de lesa humanidad, como fuente de interpretación de las normas penales. La violación de derechos humanos, la acción indiscriminada contra civiles inocentes, fueron concebidas en este contexto general. Ello, a pesar de que los hechos materia de juzgamiento se ventilaron con base en la legislación anterior al nuevo Código Penal, y antes, desde luego, de entrar en vigencia el Estatuto de Roma en el ordenamiento interno. Providencia con radicado n.º 18.499 del 25 de octubre de 2001, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla. De igual forma, en el caso de otra masacre particularmente cruel contra civiles, la denominada *Masacre de Riofrío*, ocurrida en los años noventa, en la cual estuvieron involucrados miembros de las fuerzas armadas, la Procuraduría General enmarcó todo su concepto, tomado en este punto por la Sala Penal, en el contexto general de la *lesa humanidad*: Es un hecho que “por su magnitud ofende de manera profunda la conciencia moral de la sociedad y trasciende a la comunidad internacional, ocasionando además temor e intimidación”. (Procuraduría Primera Delegada para la Casación Penal: *La masacre de Riofrío*, colección de fallos y conceptos n.º 2, julio de 2003, p. 94). Debe aclararse en este informe que, en Colombia, funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, que por disposición constitucional representa los intereses del pueblo, presentan conceptos especializados ante los jueces, en este caso, ante la Sala Penal de la Corte Suprema, concepto que no es obligatorio para dichos jueces, pero que constituye en muchos casos un documento fundamental de interpretación del caso que se debe fallar. A ello nos referimos con la noción de *vista fiscal* o *concepto de la Procuraduría*.

2.3. Los “actos de ferocidad y barbarie”: el legado del derecho público colombiano al derecho penal internacional

Una providencia de la Sala Penal, con radicado n.º 12 661, de 1999, es particularmente interesante en la medida en que se ocupa de aquellos comportamientos que, desde el punto de vista del derecho comparado, han constituido el gran aporte del caso colombiano a la discusión sobre fórmulas de interpretación del derecho penal internacional: los denominados “actos de ferocidad” y de “barbarie”. Los hechos son los siguientes: en la tarde del 12 de febrero de 1992, en zona urbana del municipio de San Vicente de Chucurí (Santander), cerca de la central de abastos, estalló una bomba cuando transitaba una patrulla del Ejército Nacional y resultaron muertos un soldado y dos colegiales, mientras que resultaron heridos un capitán, el conductor de la volqueta que los transportaba y dos personas más. En este caso, la Sala Penal estableció lo siguiente:

El medio utilizado, artefacto explosivo, llevó implícito el resultado de causar temor en los habitantes de San Vicente de Chucurí. Los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo, expelidos con el estallido, estuvieron destinados a agravar las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto.

En esta sentencia, la Sala Penal se ocupa del fenómeno de la complejidad del delito de rebelión y del fenómeno de la conexidad, de acuerdo con la manera tradicional como se había interpretado el delito político y la cláusula de exclusión de pena contenida en el Código Penal de 1980, que recogía una tradición de muchos años en la historia jurídico-política del país.³ El artículo 127 del Código Penal de 1980, con una cláusula de “exclusión de la pena”, tanto para la rebelión como para la sedición, establecía lo siguiente:

Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

³ Un estudio detallado de las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el contexto del conflicto armado del país y en el cual se analiza el impacto tradicional del derecho internacional en el derecho interno, es el texto del autor de este informe, denominado “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. XXVII, n.º 81, Bogotá, mayo-agosto de 2006, pp. 15-46.

De esta manera y de acuerdo con la historia de Colombia, en la cual, desde el siglo XIX y especialmente ligado a la Constitución de Rionegro de 1863 —con su artículo 91 sobre el derecho de gentes—, se han incorporado estatutos normativos propios del derecho internacional de los conflictos armados, con el propósito de restar los efectos muy negativos de las guerras entre nacionales, y se han incorporado al derecho interno estatutos ligados a la noción de combate y a la noción de combatiente en las guerras europeas clásicas, el combate, como acción de guerra por excelencia, absorbía otros delitos y se excluía entonces la pena cuando dichos delitos fueran precisamente cometidos en combate. De esta manera, la muerte de otro combatiente era considerada como la muerte de un combatiente enemigo y no como un delito independiente. No obstante, cuando se tratara de muertes ejecutadas fuera de combate, de actos diversos contra combatientes rendidos, de torturas a éstos, etcétera, el derecho público colombiano había desarrollado la noción de actos de *ferocidad* y *barbarie*, como actos que excluían la aplicación de la cláusula de exclusión de pena del artículo 127. Luego, con la consagración del delito de terrorismo, también se agregó este delito a la cláusula del artículo 127.

Así, para establecer una comparación, aquellos actos que hoy se conciben como delitos de lesa humanidad, y diversos hechos recogidos en el Código Penal vigente como infracciones al derecho internacional humanitario, fueron desde hace décadas concebidos en el caso colombiano en el marco general del delito político y del combate clásico, y fueron considerados como actos que en ningún caso podían subsumirse en el delito político.⁴ Desde luego, en la interpretación de las nociones de ferocidad y barbarie el juez tenía un marco muy amplio de interpretación, ya que no se trataba de actos específicamente definidos en la ley.

Otro caso emblemático ilustra lo dicho. En la providencia con radicado n.º 12-051, del 25 de setiembre de 1996, la Sala Penal estableció:

Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres,

⁴ Debe aclararse que desde 1997, en ocasión de una sentencia de la Corte Constitucional, se declaró inconstitucional el artículo 127 del antiguo Código Penal, de tal manera, que ya no se aplican en el país las nociones de conexidad o de complejidad del delito político, y hoy las conductas que antes eran absorbidas por el delito de rebelión se castigan de manera independiente. No obstante —y es lo que interesa aquí—, las nociones de *delitos atroces*, de actos de ferocidad y barbarie, siguen vigentes en la mentalidad de los jueces y en su argumentación, incluso porque durante muchos años, luego de 1997, en razón del tránsito de legislación, se ha tenido que seguir aplicando la jurisprudencia tradicional.

personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio [...],⁵

El derecho de gentes, como estatuto regulador de los impactos de las acciones ligadas a la confrontación, es concebido como un marco general de interpretación de la norma. Con él, su sucedáneo: el derecho internacional humanitario. En este caso, se trató de la activación de una carga de dinamita, en la ciudad de Medellín, lo cual le otorga un carácter específico a la acción, sobre todo por la posibilidad de generar consecuencias sobre los civiles. La carga explosiva se encontraba adecuada y preparada con metralla y otros elementos; ella no produjo la muerte o heridas de civiles, pero la Sala Penal enfatiza los diversos daños que se ocasionaron en las edificaciones vecinas del sector.

En esta última providencia, la referencia a la protección de los civiles es clara, así como también lo es su necesaria protección en situaciones de conflicto armado. Incluso, la Sala Penal aborda el derecho humanitario desde una perspectiva filosófica y no meramente jurídica:

Del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos [...]. Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados.

⁵ Es necesario aclarar que el Código Penal vigente ha asimilado específicamente esta tradición, al consagrar como infracción al derecho internacional humanitario, en el artículo 145, los "actos de barbarie". Entre ellos, cometidos con ocasión del conflicto armado, y siempre y cuando no constituyan otros delitos, se consideran los actos de no dar cuartel, de abandonar a heridos y enfermos, de atacar a una persona fuera de combate, etcétera. Esta norma ya ha sido aplicada en una providencia judicial muy importante cuando, en la tipificación de delitos cometidos contra civiles que habían sido secuestrados por las guerrillas, entre ellos el posterior homicidio de éstos, algunas de las acciones cometidas se consideraron constitutivas de barbarie. Es muy interesante esta compleja decisión, además, porque contra miembros de la guerrilla la privación de la libertad de civiles se sancionó como *toma de rehenes* y, además, se sancionaron las muertes como *homicidios en personas protegidas*. Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, Medellín, sentencia ordinaria mixta n.º 20-06, marzo 22 de 2006, consideraciones, pp. 111 ss.

Esta referencia es muy importante, debido a la conclusión que se adelanta a continuación, en relación con el déficit notorio en la aplicación de las normas que hacen parte hoy del Código Penal y que corresponden a los crímenes internacionales. En el caso por ejemplo de los crímenes de guerra, la esencia del derecho humanitario es acercar a las partes, propiciar caminos de humanización de la guerra, minimizar los efectos de la guerra: son sus efectos políticos lo más importante, más allá de las posibilidades o limitaciones del derecho penal en la efectiva sanción de las infracciones al derecho humanitario.

3 • Situación actual de la jurisprudencia sobre persecución nacional de crímenes internacionales

3.1. Déficit en la persecución nacional de crímenes internacionales

La primera conclusión a la cual se puede llegar, cuando se adelanta un análisis crítico de las decisiones de los jueces y de las decisiones de la Fiscalía General de la Nación, es la existencia de un enorme déficit de persecución penal de aquellos delitos que en el Código Penal constituyen crímenes internacionales. Hay innumerables razones para ello y en este informe se dará cuenta de algunas, en la medida en que se desarrollan los ítems que hacen parte de él.

A pesar de ser ello cierto, hay que reseñar, no obstante, un hecho que es cada vez más notorio: si bien el déficit de persecución es cuantitativo, es importante establecer que existen avances cualitativos muy significativos. Es decir, puede sostenerse hoy que desde el año de 2004, para citar una fecha en la cual se produce una decisión muy interesante de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y por establecer una pauta en el tiempo, se ha producido un avance fundamental desde el punto de vista de la interpretación y aplicación de los nuevos tipos penales del Código Penal que constituyen crímenes internacionales.

Es de aclarar, al mismo tiempo, que el nuevo Código Penal está vigente desde el mes de julio de 2001, y por esa razón la comunidad jurídica se encuentra apenas

asimilando las conductas y sus fórmulas de aplicación. Es por esa razón, además, que en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, no existen aún decisiones fundamentales relacionadas con los nuevos delitos, ya que por vía de casación penal, como es lógico, los casos demoran muchos años. De acuerdo con la experiencia y el análisis de los casos que el autor ha hecho desde la elaboración del primer informe para el Grupo de Estudios Latinoamericano sobre Derecho Penal Internacional, se ha podido comprobar que un caso en derechos humanos puede durar más de diez años hasta que sea decidido, cuando corresponda, en casación penal. Pero sí existen decisiones muy interesantes de la Sala Penal de la Corte en los años recientes, en las cuales la Sala decide problemas de competencia respecto de casos que nos atañen en el análisis.

Por medio de autos —que son decisiones de trámite y no de fondo—, la Sala asume el estudio de la disputa que se presenta por la competencia entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción civil ordinaria, decide sobre ello y, también, entre diversos jueces de la justicia penal ordinaria. En desarrollo de estas decisiones, además de decidir sobre la competencia, la Sala Penal introduce elementos de interpretación de las conductas que son importantes y relevantes para el análisis jurisprudencial.

A propósito de los diversos problemas derivados de los conflictos de competencia, su estudio es fundamental en el momento de analizar el déficit de persecución penal. Sobre todo, las disputas entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción civil; ello ha sido un fenómeno existente desde hace décadas y tiene que ver con el hecho de que la competencia es, a nuestro juicio, un fenómeno eminentemente político o, por lo menos, la disputa está cruzada por innumerables intereses políticos: quién juzga a quién y cómo, es una pregunta, en casos de derechos humanos y con repercusiones internacionales, con evidentes implicaciones políticas. Pero, además de las disputas de competencia entre la justicia penal militar y la justicia civil, también tienen lugar disputas arduas de competencia entre jueces de la justicia penal ordinaria.

Ello tiene que ver con el hecho de que los delitos que son materia de nuestro análisis, al lado de delitos como concierto para delinquir, extorsiones graves o delitos de terrorismo, son asignados a jueces denominados *jueces especializados*. Pero esta asignación ha sido muy caótica, ha obedecido en los últimos años y en muchas ocasiones a decisiones de mera coyuntura, a decisiones eminentemente políticas ligadas a luchas del Ejecutivo con diversos actores —léase narcotraficantes, guerrilleros o miembros de grupos paramilitares—, y no ha obedecido a decisiones sobrias en las cuales

prime, por ejemplo, la noción de competencia material. Ello se liga también, en diversos casos fallados por la Sala Penal de la Corte, a problemas de competencia relacionados con la seguridad de los jueces. Han existido casos en los cuales los mismos jueces solicitan ser relevados del conocimiento de ciertos casos, ya que en su territorio, en su distrito, no cuentan con las garantías necesarias para llevar a cabo su gestión: son territorios en guerra.

Éste es un hecho desde luego absolutamente comprensible: Colombia es un país que ha vivido situaciones de fragmentación territorial muy pronunciada, muchos de cuyos territorios han sido fuente de disputa entre actores paraestatales y actores institucionales, en los cuales las instituciones han permanecido casi de manera simbólica; en todo caso, han sido contingentes, ya que las decisiones fundamentales en dichos territorios las han tomado los señores de la guerra, los capos del narcotráfico, etcétera. En consecuencia, es lógico suponer que un juez de la República, decidiendo sobre crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad en un territorio ocupado desde décadas por autores armados ilegales, es muy difícil que pueda llevar a cabo su gestión con coherencia e independencia.

Otro hecho central es necesario destacar: la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, con sede en Bogotá, posee una competencia nacional. Es decir, adelanta investigaciones sobre delitos perpetrados en las diferentes regiones, en regiones en disputa y con inmensos conflictos. Pero, una vez que se toman las decisiones, los expedientes se llevan a los juzgados regionales, los casos son fallados por los jueces en las regiones y allí se establecen decisiones desiguales, que no tienen que ver tan sólo con el hecho central de la falta de condiciones de seguridad, sino también con la desigual distribución de los recursos de formación y de competencias o herramientas de capacitación en los jueces. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial de Colombia han hecho enormes esfuerzos para la formación de los jueces, han desarrollado la metodología de formación denominada *formación de formadores*, a través de la cual se capacita de manera especial a algunos jueces y éstos replican la formación en todas las regiones, buscando copar así todo el territorio nacional. Pero es de entender que la formación es en todo caso desigual en países fragmentados y centralizados, de tal forma que los jueces de provincias no sólo alejadas, sino pobladas de diferentes conflictos, no cuentan con las mismas opciones de acceder a instrumentos de formación o a niveles de capacitación y ello se nota, aún más, cuando se trata de temas tan difíciles como los relacionados

con el derecho penal internacional. Tanto más será ello obvio cuanto que los mismos jueces de Bogotá, que acceden directamente a todas las políticas de formación, reconocen las dificultades relacionadas con este tema.

Enseguida, y de acuerdo con el índice previsto para el informe, se van desarrollando los ítems establecidos, introduciendo en cada uno de ellos los subtítulos o secciones adicionales necesarios.

3.2. Genocidio

Respecto de este tipo penal, contenido en el Código Penal en el artículo 103, que es el primer artículo de la parte especial del Código, y que se encuentra regulado en el contexto de los delitos contra la vida y la integridad personal, el déficit de persecución es prácticamente absoluto.⁶ El análisis que se ha adelantado, en el cual se ha tratado de ser lo más exhaustivo posible, no ha arrojado resultados positivos. Ello, con la advertencia de que puede haber juzgados regionales apartados y en zonas de conflicto donde se pueda estar adelantando un proceso por genocidio. No obstante, en razón a que la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía tiene una competencia nacional, incluso respecto de estos casos de juzgados apartados, debería existir alguna información, mas no es así.

Los motivos de este déficit son múltiples. El más concreto puede referirse a la dificultad para constatar el elemento subjetivo y, más aún, la dificultad para concretar la existencia de un grupo étnico, religioso o político. Esto, a pesar de que en el país han ocurrido masacres contra grupos indígenas que pueden ser encuadradas como genocidio; pero estas acciones han ocurrido en muchos casos antes de la vigencia del Código. Lo mismo, masacres generalizadas contra miembros de un grupo político que fue diezmado durante años de persecución. Además, y ello es fundamental, hay masacres ocurridas contra indígenas por grupos de narcotraficantes, por ejemplo, pero que no han sido adelantadas por móviles de intolerancia o con el propósito de destruirlos como grupo, sino con el propósito de ocupar sus tierras para cultivar hoja de coca o por su posición estratégica en el negocio ilegal. En este caso no se trataría,

⁶ El artículo 101 regula el genocidio y el artículo 102 la apología del genocidio. Para un análisis de las normas y su regulación, nos remitimos al trabajo reseñado del autor sobre persecución nacional y, en todo caso, al Código Penal colombiano, disponible también en versión electrónica. Lo mismo se hará en relación con cada una de las conductas que constituyen la base del presente informe.

en principio, de genocidio. O, en el caso de las muertes ocurridas en una región denominada El Naya, de miembros pertenecientes a comunidades negras de la región del mar Pacífico colombiano, por grupos paramilitares, puede ser difícil establecer si ha sido exactamente con el propósito de destruirlos como grupo o por el móvil de la apropiación territorial, de la disputa territorial con otros actores armados. Ello no significa, desde luego, que no se trata de crímenes internacionales, pero los operadores tendrían dificultad para aplicar el tipo penal de genocidio como tal.

En un caso paradigmático de la decisión jurisprudencial de casos de derechos humanos con base en los tipos penales convencionales, decidido por la Sala Penal de la Corte antes de la vigencia del nuevo Código Penal, se observa la posibilidad de que algunas de las conductas cometidas puedan ser concebidas hoy como constitutivas de genocidio. Este caso, fallado por la Sala Penal el 25 de octubre de 2001, se refiere a hechos ocurridos en el municipio de Segovia, departamento de Antioquia, en noviembre de 1988. En este municipio existía incertidumbre, ya que en la zona, en ese mismo año, habían tenido lugar homicidios múltiples e indiscriminados contra civiles, en casos respecto de los cuales hubo amplia atención y preocupación internacional. La atención se ha dado, entre otras razones, por hallarse involucradas entre las víctimas personas pertenecientes a un *grupo político* que sufrió en su momento una feroz persecución, a tal punto que, de hecho, ello incidió determinadamente para que se incluyera en el Código Penal el delito de genocidio contra un grupo político. Son los casos conocidos —y ya mencionados— como las masacres de las fincas Honduras, La Negra y la Mejor Esquina.

Como se señala en la sentencia, los hostigamientos a la población civil se recrudecieron

[...] con el ingreso al casco urbano de Segovia, aproximadamente a las 6:30 de la tarde del viernes 11 de noviembre de 1988 [...] de un grupo de facinerosos en varios vehículos, quienes se dedicaron a disparar de manera indiscriminada contra personas, vehículos, casas, bares, etcétera, ocasionando la muerte de cuarenta y tres seres humanos, entre hombres, mujeres y niños, y lesionando a muchos otros, en número indeterminado.⁷

⁷ Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, casación n.º 18.499 del 25 de octubre de 2001, MP Nilson Pinilla, p. 3.

Según reza la providencia, se denunció que ninguna autoridad acudió, por más de una hora, en auxilio de la población. Por dicha razón fueron vinculados a la investigación seis miembros de la fuerza pública, además de cinco civiles. Después de diez años, y luego de cubrir todas las peripecias propias de la legislación antiterrorista, aplicada en este caso y que fue recogida por decretos especiales luego de la entrada en vigencia de la nueva Carta Política en 1991, fueron sentenciados diversos sujetos activos de las conductas. El juzgado regional, que en esa época hacía parte de la denominada *justicia sin rostro*, mediante fallo del 31 de marzo de 1998 condenó a cinco sujetos como coautores del delito de terrorismo a 18 años de prisión; condenó como coautores de terrorismo, concierto para delinquir, homicidio y lesiones personales con fines terroristas, a la pena de 30 años, a tres sindicados más. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Nacional.

Como se ve, la tipificación es compleja en la medida en que se aplican diversos tipos penales, incluido el terrorismo y otras acciones ligadas al mismo, en concurso con concierto para delinquir, y otras conductas. En general, el homicidio agravado o con fines terroristas, sirvió de marco de tipificación para conductas que hoy podrían ser enmarcadas dentro del genocidio, más concretamente, del genocidio ocasionado contra un grupo político. Es de aclarar que en el juzgamiento se aplicó la noción de terrorismo, en el caso concreto de la creación de zozobra, a acciones cometidas por sujetos que esparcían panfletos anunciando amenazas. Estos hechos fueron anteriores a la acción descrita del mes de noviembre. Tiene lógica esta interpretación, en cuanto a que el artículo 187 del anterior Código se refería también a la creación de zozobra mediante “llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, cassette o escrito anónimo”.

El caso llegó a la Corte con argumentos múltiples, uno de los cuales es fundamental: el de la competencia para el juzgamiento. La defensa, que instauró la demanda de casación, alegaba que era la justicia penal militar y no la ordinaria la encargada del juzgamiento de las conductas diversas de los distintos actores. La Corte Suprema desechó los argumentos y confirmó las sentencias condenatorias. En este caso, como se ve, el terrorismo fue el marco general de investigación y sanción de las conductas; en otros casos, en los cuales podría evidentemente tratarse de acciones de genocidio, ellas se han tramitado como homicidios agravados, en concurso con otros delitos como lesiones personales, etcétera. No obstante, y esto es muy importante, toda la fundamentación de la Sala gira alrededor de los delitos de lesa humanidad y, conforme a la tradición del país, alrededor de los delitos atroces.

En este caso y de igual manera, en casos como el reseñado sobre la región del Naya, en el Pacífico colombiano, lo interesante es entender que hoy, luego de decisiones actuales de la Fiscalía en las cuales se analizan muy bien los requisitos para que tenga lugar el reconocimiento del conflicto armado interno, las acciones serían concebidas como infracciones al derecho internacional humanitario e, incluso, habría un concurso entre éstas y delitos de lesa humanidad o de genocidio, para conservar la diferencia que establece el Estatuto de Roma. Además, el móvil de la intolerancia, así no sea decisivo para configurar el delito de genocidio, sí debería ser considerado como circunstancia de agravación de las conductas, en el contexto general de la protección penal de derechos humanos, de acuerdo con el artículo 58, numeral 3, del Código Penal actual.

La riqueza argumentativa desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el genocidio contrasta con la precariedad de la jurisprudencia penal especializada. Pero ello se entiende, de alguna manera, si se observa una secuencia lógica relacionada con las reformas legislativas que están ligadas a la adopción de instrumentos internacionales: primero se dan los debates en el Congreso, luego la Corte Constitucional —debido a que por regla general se demandan las normas— allana el camino de la interpretación de las conductas y luego los fiscales y jueces van adecuando la jurisprudencia que dé comprensión a las conductas. Son años que se requieren para ello.

3.3. Desplazamiento forzado

Respecto de esta conducta, que constituye un gran crimen internacional, el déficit nacional de persecución es también prácticamente absoluto. No se entiende de ninguna forma cómo es posible que en un país en el cual puede haber un número cercano a los tres millones de desplazados, aunque no hay consenso en la cifras, no haya un número considerable de casos penales sobre ellos. Es un déficit extremo: en todas las capitales de los departamentos hay desplazados, se han tomado medidas de protección, se ha discutido desde hace años la mejor forma de enfrentar el problema, han existido casos de toma de lugares públicos por desplazados para demandar soluciones a sus problemas, la Corte Constitucional ha emitido innumerables sentencias de tutela para proteger sus derechos fundamentales y, no obstante, no existen casos penales en los cuales se sancione a los responsables de las conductas propias del desplazamiento.

Una de las explicaciones posibles, según ha podido establecer el autor de este informe a partir de entrevistas con fiscales y jueces, es el hecho de que, siendo el desplazamiento un tipo penal pluriofensivo, muchas de sus acciones constitutivas se investigan como lesiones personales, como acciones contra la libertad o incluso contra la vida, pero en sí mismo el desplazamiento se pierde en el proceso de tipificación. También, y ésta es conclusión particular del autor, podría pensarse que el desplazamiento opera como una especie de resultado final de múltiples acciones cometidas contra un grupo de personas en poblaciones con muchos conflictos. Es decir, sobre un grupo de personas se cometen desapariciones, se las amenaza, se las atemoriza, se las lesiona o se las secuestra y, como resultado final, se produce un desplazamiento. Pero este resultado no llega al sistema penal; a lo sumo, se investigan las conductas que anteceden el desplazamiento como tal.

De esta manera, se podría decir que, por más paradójico que ello sea, al mismo tiempo que los desplazados se suman por miles, ellos son invisibles socialmente y para el sistema penal. Lo son, además, porque muchos de ellos ni siquiera ingresan a los programas del gobierno en su beneficio, ya que desean no ser detectados o ubicados por quienes los han desplazado. Son, ante todo, víctimas permanentes.

Pese a la conclusión anterior, cuando el sistema penal aborda estos casos de desplazamiento, lo hace de una manera muy interesante que debe agregar mayor conocimiento de este delito complejo. Es de esperarse que ello sea así en el futuro. Por ejemplo, en una decisión pionera y casi única hasta ahora de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, radicada con el proceso n.º 1941, del 3 de junio de 2005, el despacho calificó el mérito del sumario respecto de dos procesados por varios delitos, entre ellos el delito de desplazamiento forzado.

Los hechos se presentaron entre los días 18, 19 y 29 de abril de 2005, cuando en una zona de la alta Guajira, ocupada por indígenas de la etnia wayuu, fueron torturados y asesinados varios indígenas por un grupo aproximado de 49 hombres, pertenecientes a las denominadas Autodefensas, quienes se movilizaban en varios vehículos. El resultado, como se anota en la decisión de la Fiscalía, además de los asesinatos cometidos, fue la desaparición de dos personas y el “desplazamiento masivo de aproximadamente 600 personas entre mujeres y niños hacia otras poblaciones, incluso al Estado de Maracaibo en Venezuela”.⁸ Se trata de un caso típico de desplazamiento

⁸ Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, despacho diecisiete, proceso n.º 1941, junio 3 de 2005, p. 1.

forzado: las personas huyen por causa de la guerra, de la acción de actores armados contra la población o de enfrentamientos o combates y, en este caso, luego de que sobre ellas se cometan toda clase de conductas criminales.

Luego de un proceso probatorio complejo, de múltiples y terribles testimonios aportados por las víctimas que dan cuenta de una crueldad sin límites, se pudo identificar e individualizar a los sospechosos. Es importante anotar que en el levantamiento de los testimonios se puede observar, como suele suceder, que antes de producirse un desplazamiento, durante meses, se van sumando múltiples amenazas, acciones criminales individuales, búsquedas selectivas de futuras víctimas sobre las cuales hay “sospechas” de ser “informantes” o que pertenecen a algún grupo armado enemigo. También, y ello refleja el drama real que se vive en diversos territorios del país, en los cuales las autoridades civiles son reemplazadas en la práctica por actores armados, respecto de los testimonios, se contó con la declaración de una “indígena de la región Bahía Portete y que se desempeñaba para la época de los hechos como inspectora de la Policía del Municipio de Urbilla”. Cuenta la mujer que un sujeto, individualizado por la Fiscalía, “venía amenazándola de tiempo atrás, para que no fuera a adelantar las investigaciones por algunos casos de homicidio de los que ella por su condición de inspectora había conocido y que se adjudicaban al grupo de paramilitares que operan en la zona”.⁹ En desarrollo de la investigación, la Fiscalía aporta los resultados de las necropsias y la identificación de los cadáveres. El ente investigador destaca, en un aparte especial, aquello que la Unidad define como homicidios agravados, sobre todo por la sevicia y los ritos atroces que acompañaron las muertes.

3.3.1. *De nuevo: la posibilidad del genocidio en situaciones agudas de conflicto armado*

Valga la pena aclarar, en este punto, antes de continuar con el análisis del desplazamiento forzado, y cuando surge la pregunta acerca de la posible comisión, en plena vigencia del nuevo Código Penal, de un genocidio, que la Fiscalía, para tipificar las conductas como homicidios simples y homicidios agravados, constata el móvil de éstos:

⁹ *Ibidem*, p. 6.

No existe duda de que el móvil de estos homicidios es cegar la vida de integrantes de las familias que se consideran son las verdaderas dueñas de Bahía Portete, para quedarse con estas tierras, con el fin de apropiarse del Puerto para poder sacar la droga hasta los buques y desembarcar el contrabando y las armas.¹⁰

De esta forma, y tal como se aclaró en el ítem sobre genocidio, en escenarios enrarecidos, degradados, en conflictos prolongados en los que se mezclan toda clase de acciones delictivas, tipificar los delitos se hace en extremo difícil. En este caso, la Fiscalía constata que las muertes, pese a ocurrir en escenarios de conflicto armado y a tener lugar específicamente respecto de miembros todos de una etnia, se producen como producto de situaciones relacionadas con el tráfico de drogas: se mata y luego se crean todas las condiciones para el desplazamiento, con el propósito de apropiarse de terrenos ricos y estratégicos para el negocio ilegal. Pero la acción se comete, claramente, contra miembros de una etnia. Surge entonces una pregunta clave: ¿Se puede diferenciar tan claramente, en estos escenarios enrarecidos, un delito de otro? Es decir, ¿se puede diferenciar entre un homicidio y un genocidio? ¿Es posible, en estos mismos escenarios, que tenga lugar el genocidio, digamos, de manera “pura”? Es decir, que se dé solo, que se cometa con el propósito de destruir el grupo étnico en abstracto, por intolerancia, ¿o también se puede dar dicho genocidio y la misma razón de intolerancia aun cuando el móvil principal sea la apropiación de un territorio? Son preguntas que se consideran centrales, tanto más si es lógico y elemental que el genocidio no se va a dar nunca en estado puro. Un hecho debe, además, agregarse: podría decirse que en todo caso no hay genocidio porque los sujetos activos de las conductas también son miembros de la etnia, es decir, son también indígenas. ¿Puede un indígena cometer genocidio contra otro de su misma etnia? Parece contraproducente, pero se debe recordar que el tipo penal, en el caso colombiano, presupone un sujeto activo indeterminado. Es decir, puede cometer genocidio cualquier persona.

3.3.2. *El esfuerzo por una adecuación típica consistente del desplazamiento forzado*

Volviendo al fenómeno del desplazamiento y siguiendo con el análisis del caso, la Fiscalía, citando directamente a diversas autoridades municipales, advierte lo

¹⁰ *Ibidem*, p. 14.

siguiente: “Sobre las posibles causas de estas muertes, nosotros nos trasladamos a la semana de ocurridos los hechos a las zonas, y encontramos un abandono total de dos viviendas, porque se inició el desplazamiento que llegaron a Maracaibo, Uribia, Mai-cao y no conseguimos ninguna persona en la zona”. Sigue la narración típica de un desplazamiento forzado: “Las personas que encontramos aquí no querían hablar, estaban muy temerosas, existía pánico, miedo, no se explicaban qué había pasado. Para ellos fue una pesadilla”.

Los delitos base, por llamarlos así, respecto del desplazamiento, es decir, las numerosas conductas previas, se subrayan en el escrito: “Estos hechos de violencia [se reseñan torturas, amenazas, delitos contra la vida y la integridad] dieron lugar al desplazamiento forzado de las gentes de la comunidad de Bahía Portete quienes salieron despavoridas en busca de auxilio para sus vidas”.¹¹ El carácter pluriofensivo también se destaca: “Es así como aproximadamente 600 personas dejaron sus viviendas, sus enseres, sus animales y se trasladaron a otras poblaciones”.¹²

Es interesante destacar que la Fiscalía, en sus consideraciones respecto del concurso de delitos y de la autoría, establece lo siguiente: “Es coautor aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en desarrollo del mutuo acuerdo. No es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho” y, por lo tanto, “todos deben responder como autores”.¹³

También debe anotarse, finalmente, que el concurso material heterogéneo tienen lugar en el escrito de resolución de acusación de la Fiscalía; así, se imputan los delitos de concierto para delinquir y de terrorismo. (Sobre ello se volverá más adelante; por ahora es necesario advertir que prácticamente en todos los casos que nos competen, de acciones diversas contra numerosas personas en escenarios de violaciones masivas de derechos humanos, al lado de delitos comunes y, desde luego, cuando sea éste el caso, de violaciones al DIH, se imputa el delito de concierto para delinquir. Además, en este caso particular, se imputa el delito de terrorismo, de acuerdo, según la Fiscalía, por el hecho de generarse zozobra entre los pobladores: el terrorismo y el concierto para delinquir obran en la práctica como ámbito general de imputación de las conductas.)

¹¹ *Ibidem*, p. 15.

¹² *Ibidem*, p. 15.

¹³ *Ibidem*, p. 22.

3.3.3. *Los límites de la política criminal y las posibilidades de la política social*

A pesar del dramático déficit de persecución de un delito atroz y pluriofensivo como el desplazamiento, esta conclusión puede traer consigo hechos positivos. Se trata de constatar, para no llamarse a engaños, la extrema precariedad del sistema penal para resolver fenómenos que lo sobrepasan, que tienen dimensiones estructurales, respecto de los cuales él no llega como *ultima ratio* que sigue siendo. Por ello —y es lo que ha tratado de hacer en sentencias reiteradas la Corte Constitucional— se deben adelantar auténticas políticas públicas en beneficio de los desplazados, que los visibilicen y los conecten de nuevo socialmente. Además, y esto es fundamental, lo que sí se debe buscar a toda costa es que los desplazados no sean doblemente victimizados por el derecho penal. Es decir, que algunas acciones que ellos cometen, como hurtos pequeños, etcétera, no sean ferozmente sancionadas, sin establecer su causa, que es precisamente el desplazamiento. O, peor aún, que les sea aplicadas normas como criminales; por ejemplo, la norma que castiga la urbanización ilegal, cuando un grupo de desplazados parcela una porción de tierra para vivir o la ocupa. En estos casos se debe buscar su readecuación, pero sin abrirles procesos como si fueran criminales.

3.4. **Desaparición forzada**

También existe, frente a este tipo penal, un déficit de persecución penal notorio. No obstante, poco a poco en el país se van consolidando pautas de interpretación y aplicación de acciones constitutivas de desaparición forzada; a su alrededor tienen lugar discusiones muy interesantes y complejas que se verán reflejadas en una mejor interpretación de la figura. El tipo penal está regulado en el artículo 165 del Código Penal.

La primera observación que es necesario adelantar en relación con las dificultades para la aplicación de esta conducta es la dificultad que han tenido los operadores para diferenciar entre secuestro y desaparición forzada. El secuestro ha sido, lastimosamente, una práctica habitual en el país, ligada en los años más recientes a un recrudecimiento del conflicto armado, a una degradación de éste con un mayor impacto sobre los civiles ajenos al conflicto. Los grupos guerrilleros han practicado el secuestro

de manera reiterada, bien sea contra civiles, contra combatientes del ejército o de la policía capturados o que se han rendido en diferentes circunstancias (en este caso habría que repensar estas acciones en función de las leyes de la guerra). Igualmente, se han mantenido las personas secuestradas por muchos años, en una práctica en extremo degradante e indigna. También secuestran los más diversos actores o criminales comunes. Pero la respuesta penal ha sido caótica: se han dictado numerosas normas, mal redactadas muchas de ellas; se han dictado estatutos especiales en los cuales se ha buscado criminalizar a los familiares que hacen todo lo posible por rescatar a sus allegados. Se trata de un ambiente general enrarecido respecto de la persecución penal de este delito y en este ambiente general se introduce, con el Código Penal del 2000, el tipo penal de desaparición forzada con los elementos que en general corresponden a su definición como delito de lesa humanidad.

3.4.1. *Secuestro y desaparición forzada: dificultades para establecer la diferencia*

De la dura realidad del secuestro en el país y respecto de su posible confusión con la desaparición forzada surgen diferentes preguntas. Por ejemplo: ¿Qué pasa cuando una persona es secuestrada, se da aviso a sus familiares y se les dice que se trata de un secuestro con fines políticos y luego, durante años, no se vuelve a dar a los familiares ninguna señal de vida de la persona secuestrada? ¿Se trata de un secuestro o se puede hablar en este último sentido de una desaparición? ¿Tiene efectos prácticos la diferencia? Y si en una zona donde tiene presencia territorial un actor armado específico—como la guerrilla, por ejemplo— es raptada una persona, algunos testigos presencian el acto y certifican que se trata de ese grupo armado, pero ni los familiares ni la comunidad tienen ninguna noticia de dicha persona, no se sabe nada de ella: ¿es secuestro o es desaparición forzada? Tanto más difícil es el tema si se tiene en cuenta que no se requiere el elemento contextual que exige el Estatuto de Roma para la configuración de la desaparición como crimen internacional.

En conversaciones con fiscales de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía se corroboraron estas hipótesis. Además, se agregó por ejemplo la dificultad que ha tenido la Unidad incluso con casos de autodesaparición de personas con el propósito de evadir deudas o de evitar situaciones jurídicas que las comprometen. En estos casos se pierden los esfuerzos invertidos en la investigación. A propósito del trabajo

de la Unidad mencionada, se puede comprobar, y así lo dicen los fiscales, que no se han desarrollado criterios, para decirlo de esta manera, de arriba abajo, es decir, desde los tratados y convenciones hacia el derecho interno, para definir cuándo hay desaparición forzada, sino que se han venido desarrollando dichos criterios a medida que llegan los casos específicos. Es una labor ardua en la cual no se definen presupuestos previos o éstos no son, en todo caso, absolutos.

En una decisión fundamental de la Fiscalía del año 2004, que luego se reseñará y se analizará *in extenso* al final del informe, la Unidad de Derechos Humanos establece diferentes criterios para diferenciar entre secuestro y desaparición o, mejor, para determinar más correctamente cuándo se trata de desaparición forzada. En esta providencia se llama a juicio a diversos actores integrantes de las denominadas autodefensas, que cometieron toda clase de conductas delictivas y de violaciones a los derechos humanos contra personas de la población civil en un territorio sumido en la guerra; la Fiscalía lo hace por varios delitos, entre ellos, el de desaparición forzada. El fiscal establece, de acuerdo con la cita expresa del Estatuto de Roma, los diversos elementos que condicionan la desaparición forzada y concluye que ella ha tenido lugar cuando numerosos campesinos fueron raptados, se los torturó y algunos de ellos murieron y fueron enterrados en fosas secretas.¹⁴

Ese rapto, el hecho de nunca haberse dado información sobre el paradero de las personas y los móviles de dicho rapto fueron considerados como desaparición forzada, en concurso material heterogéneo con otros delitos, tal como se estudiará posteriormente. Además, y esto es fundamental, en la misma resolución de acusación se imputó a uno de los acusados la conducta de secuestro, cuando una mujer fue raptada durante un día y se le solicitó información sobre otras personas —uno de los fines del secuestro agravado— y se le dio libertad ese mismo día. Las acciones contra aquellos que nunca regresaron a sus casas fueron concebidas como desaparición forzada; la acción sobre la mujer que regresó fue concebida como secuestro. Es una aplicación correcta de las dos normas.

En otras providencias, más recientes, también se tipifica con propiedad este delito. En la providencia reseñada y analizada en el acápite anterior, de junio 3 de 2005, en el caso de los indígenas que fueron sometidos a una masacre y a toda clase de

¹⁴ Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso n.º 1668, marzo 4 de 2004, pp. 35 ss.

delitos, entre ellos el de desplazamiento forzado, la Fiscalía acusa formalmente a los autores por el delito de desaparición forzada. Dice el escrito de acusación:

En las desapariciones forzadas en las personas de Diana Fince y Reina Fince, las que a la fecha aún no se sabe de su paradero, además de otras personas de la comunidad de quienes todavía no se ha restablecido su identificación, se reúnen los requisitos del Código Penal por cuanto los victimarios, integrantes de un grupo al margen de la ley, las sustrajeron de su lugar de residencia y se las llevaron sin que hasta la fecha se tenga noticia de su paradero [...].¹⁵

Al inicio de la exposición sobre este tema se hizo referencia a las importantes discusiones y reflexiones que ha suscitado actualmente la figura de la desaparición forzada. Ello tiene que ver básicamente con procesos de la denominada Ley de Justicia y Paz, y con los hechos trágicos de un suceso vergonzoso para el país, relacionado con las muertes y desapariciones en el Palacio de Justicia en el mes de noviembre de 1985.

3.4.2. La sombra de los hechos del Palacio de Justicia

El tema de la desaparición forzada es, en este momento, de ardua discusión, y es fundamental frente a hechos ocurridos en el pasado, como es el caso de la masacre del Palacio de Justicia. En noviembre de 1985, un grupo de guerrilleros del entonces denominado M-19 tomó el Palacio de Justicia, en el cual se encontraban los magistrados de las Altas Cortes y numerosos miembros de la sociedad civil. No han sido claros nunca los motivos de la toma; hay toda clase de versiones, toda clase de desinformación sobre ella, lo mismo que sobre lo que se ha denominado la *contratoma* por las fuerzas armadas y de organismos de seguridad. Como resultado final de los enfrentamientos, se produjo un incendio generalizado de la sede del Palacio de Justicia, ocurrió la muerte de numerosos magistrados de todas las Cortes, así como también de miembros de la fuerza pública, de todos los guerrilleros y de miembros de la sociedad civil.

Para nuestro informe es importante destacar que, desde el principio, se denunció la desaparición de varias personas que trabajaban en la cafetería del Palacio de

¹⁵ Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, despacho diecisiete, proceso n.º 1941, junio 3 de 2005, loc. cit., p. 14.

Justicia. Los familiares de las víctimas denunciaron el hecho ante todas las instancias posibles, con el relato de testigos que siempre aseguraron que habían visto salir con vida a dichas personas y que luego ellas fueron muertas y desaparecidas por fuerzas estatales.

Luego de muchos años en los cuales el sistema judicial no produjo ningún resultado veraz, en los que una y otra vez se exigía conocer la verdad, desde el año 2005 se renovó la conciencia social en torno de los hechos. Se creó una especie de *comisión de la verdad* para recopilar información, conformada por tres ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia, que presentó su informe en el año 2006, y —esto es especialmente importante— la Fiscalía General asumió de nuevo el estudio del caso.

Esta institución ha tomado decisiones que no se citan aquí porque hacen parte de la reserva del sumario, pero lo importante es destacar que se trata prácticamente del primer hecho en la historia del país en el cual se reabren procesos —si es que se puede llamar realmente procesos a aquellos que fueron fallados por la justicia penal— y se adelantan de nuevo investigaciones sobre los posibles responsables, particularmente sobre quien de manera especial comandó la reacción estatal contra los insurgentes. Este militar, en esa época coronel del Ejército y quien comandó las acciones, ha sido llamado a diligencia de indagatoria por la Fiscalía, respecto de las desapariciones, torturas y muertes de diversas personas, en un hecho inédito, mientras que se reiteran y se afirman voces de testigos que desde el año 85 han hecho referencia a la desaparición y muerte de esas personas que se encontraban en Palacio. Es un tema que, después de más de 20 años, es retomado hoy social, jurídica y políticamente.

Debe anotarse que esto se debe también al hecho de que simultáneamente, a instancia de la Ley de Justicia y Paz y a aquello que puede denominarse el *espíritu de los tiempos*, respecto de la tríada sobre verdad, justicia y reparación, surge hoy una nueva conciencia sobre el valor de la búsqueda de la verdad, más allá incluso de la fragilidad y limitación misma del derecho penal. No existía en esa época, a pesar de la gran tradición sobre la aplicación del derecho de gentes en el derecho interno, una conciencia sólida sobre las pautas del derecho internacional humanitario y, sobre todo, era muy incipiente la reflexión jurídica y política en torno de este tema. Es en la década del noventa que esta conciencia se hace más fuerte y se producen los primeros textos importantes en Colombia sobre el tema. (Este déficit es notorio, por lo demás, en las decisiones jurisprudenciales sobre los hechos del Palacio de Justicia.)

Pero un hecho ha sido determinante para la reapertura del caso: las múltiples desapariciones forzadas que se han denunciado desde un principio y, respecto de esta conducta, el carácter de delito de ejecución permanente que ella tiene, independientemente del hecho de que en aquel momento no estuviera vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el artículo 165 del Código Penal. Hay que esperar el desarrollo de estos procesos y los argumentos esgrimidos en torno a este hecho y al hecho fundamental de abrir procesos fallados en los cuales no se ha encontrado responsabilidad en principio en los actores (debe señalarse que, como se dijo, los guerrilleros que adelantaron la toma del Palacio fueron muertos y otros comandantes del mismo grupo fueron amnistiados en su momento como rebeldes).

3.4.3. *Desaparición forzada y Ley de Justicia y Paz: las exigencias del tránsito de legislación*

La discusión acerca de los contenidos y la estructura del tipo penal de desaparición forzada adquiere hoy una importancia fundamental también en el escenario de la Ley de Justicia y Paz —ley 975 de 2005—, explicada en su momento y desde sus orígenes por el autor de este informe en textos anteriores del grupo.¹⁶

La Ley se encuentra en plena vigencia en el año 2007 y varios miembros de grupos paramilitares o de autodefensas han presentado las diligencias de versión libre ante la Fiscalía. En el mes de mayo de 2007, fecha final de redacción de este informe, aún no se han presentado sentencias de los magistrados de Justicia y Paz; los casos están en etapa de investigación. Desde el punto de vista del tema que nos concierne directamente —los tipos penales y su aplicación—, las Unidades de Justicia y Paz, en la mayoría de los casos, están trabajando con base en el Código Penal de 1980, ya que las conductas confesadas, referidas o investigadas por la Fiscalía, han ocurrido durante la vigencia de dicho Código, es decir, antes de julio de 2001. De allí por qué una de las dificultades que han surgido ha sido el hecho de que no se puede aplicar el

¹⁶ Se citan los siguientes trabajos: “Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del ‘proyecto de alternatividad penal’ en el caso colombiano”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y otros, 2005, pp. 117-150; y el texto: “El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano”, en Kai Ambos; Ezequiel Malarino; Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer entre otras, 2006, pp. 197-226.

Código Penal actual y las conductas concebidas en el horizonte de los delitos de lesa humanidad; ellas son abordadas con base en normas anteriores y haciendo acopio de nuestra tradición sobre delitos atroces, etcétera.

No obstante, desde el momento mismo en que comenzó a regir la ley 975 y, sobre todo, desde el momento en el cual se iniciaron las versiones libres, un hecho ha sido especialmente importante al mismo tiempo que siniestro: decenas de fosas comunes con personas de todo tipo, sobre todo civiles muertos por miembros de las autodefensas, pero también de miembros de éstas en acciones armadas entre diversos frentes, han sido halladas en diversos territorios donde estos grupos han operado. Muchas de estas personas fueron reportadas como desaparecidas (entretanto, como ya se vio, la Fiscalía General de la Nación ha establecido, y hay consenso entre sus funcionarios sobre ello, que el delito de desaparición forzada es un delito de ejecución permanente, que se perpetúa). Muchos de los cadáveres han sido hallados, desde luego, sin ninguna identificación; otros son cadáveres de personas buscadas desde hace años por sus familiares. En este punto la Unidad de Justicia y Paz debe establecer fórmulas de interpretación sobre la comisión de las conductas y, seguramente, las interpretará como conductas constitutivas de desaparición forzada.

El fenómeno es aún más complejo: el 27 de abril de 2007 fueron encontrados alrededor de 70 cadáveres en fosas comunes, en un municipio denominado Mapiripán, en el departamento del Meta, en el cual ocurrieron toda clase de hechos que incluso dieron lugar a una sentencia especialmente severa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Colombia. En este caso, y como lo dijo el fiscal general que personalmente asistió a las diligencias de exhumación de los cadáveres, se trató de una “muestra más de la barbarie que ha vivido el país”.¹⁷ Agregó, además, que no “se compraba la seguridad, sino que se financiaba el terror”. Los cadáveres, entre los cuales hay niños y menores de edad, fueron de personas concebidas por las autodefensas como informantes de las FARC. Hay dos niñas que habían sido reportadas como desaparecidas hace más de siete años y respecto de las cuales existe actualmente una demanda contra el Estado en el sistema interamericano. Se dice, además, que en la zona se encontrarían muchos más cadáveres: se trataría, como se ha dicho en los medios de comunicación, de más de cuatrocientos muertos entre combatientes, residentes y transeúntes. Los cadáveres fueron encontrados gracias a un dato que dio uno

¹⁷ *El Tiempo*, “Con 57 restos comenzó el destape de fosas en Meta”, Bogotá, jueves 27 de abril de 2007.

los paramilitares en el contexto de la versión libre. Debe agregarse, además, que la Fiscalía hace referencia a la existencia en el país de más de tres mil fosas comunes.

Es especialmente relevante para nuestro análisis el hecho —no corroborado, desde luego, por la Fiscalía hasta el momento de cierre de la elaboración de este trabajo— de que algunas de las personas que fueron enterradas y sobre las cuales se cometió desaparición forzada lo hayan sido entre los años 2002 y 2005. Esto quiere decir que se trataría, en estos casos muy difíciles de comprobar, de hechos ocurridos en plena vigencia del nuevo Código Penal. En estos casos se aplicaría este Código y debe esperarse que las más recientes decisiones de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía sean tenidas en cuenta por la Unidad de Justicia y Paz. Finalmente, hay que agregar que la ley 975 es de carácter permanente, es decir, no es un estatuto especial dictado al amparo del estado de excepción, lo cual significa que, a medida que se puedan incorporar eventualmente nuevos actores ligados a lógicas de paz y de reconciliación, es necesario definir pautas muy claras de interpretación y aplicación de las conductas que hoy hacen parte de la protección penal de los derechos humanos, ya que en el proceso de aplicación de la ley con seguridad se hará referencia a diversas conductas ocurridas —bien sea confesadas o investigadas— durante la vigencia del nuevo Código Penal.

3.5. Tortura

Tal como se estableció previamente en el primer informe sobre persecución penal, la consagración del tipo penal de tortura en el Código Penal, en cuanto crimen internacional, ha tenido la dificultad de ser un tipo penal que no consagra un sujeto activo calificado; cualquiera lo puede cometer, de tal manera que muchos casos de particulares que cometen la conducta pueden ser concebidos, erróneamente, como hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos. O, al revés, también puede ocurrir que hechos de tortura en los cuales están implicados funcionarios públicos, en escenarios de violaciones de derechos humanos, aparezcan como casos de carácter ordinario.¹⁸ Es de aclarar, no obstante, que desde el Código de 1980 existía la posibilidad de la comisión de tortura por particulares. En su momento se adujo que la

¹⁸ Véase al respecto Alejandro Aponte: *Persecución nacional...*, loc. cit., 2003, pp. 214-216.

fuerza vinculante de los derechos constitucionales no limita su alcance a deberes de abstención por el Estado y que, por el contrario, esos derechos, entre los cuales está el derecho a no ser torturado, son susceptibles de violación tanto por el Estado como por los particulares.

No obstante, para precisar cuándo se está ante la comisión de la tortura como un posible crimen internacional, ha sido urgente desarrollar criterios de interpretación correctos, ajustarlos a estándares internacionales, resolver los problemas derivados de una norma con una redacción confusa. Pero el problema se remonta incluso antes de la vigencia del Código con repercusiones actuales: en vigencia del Código Penal de 1980 existía la noción de tortura, con similitudes al nuevo tipo penal y, simultáneamente, existía el tipo penal de tortura con fines terroristas. (Un problema central en el caso colombiano, ya que el terrorismo opera casi como una cláusula general de imputación de conductas y, además, por vía de la emergencia se introducen normas con nuevas conductas, o circunstancias de agravación para conductas ya previstas o existentes.) La Sala Penal resuelve este problema y establece, en providencia del 28 de setiembre de 2001, en pleno tránsito legislativo, que sólo existe un tipo penal de tortura y no dos. Lo importante para nuestro análisis es que la Sala deja sentadas las bases para dicha interpretación del tipo penal en el nuevo Código.

En este caso sucedió lo siguiente: miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) torturaron a una persona con el propósito de obtener de ella información. Como dice la Sala

Se buscaba con ello someter la voluntad de la persona infligiéndole sufrimiento físico y mental, aspectos ambos que caracterizan esta clase de delito y lo distinguen de las lesiones personales realizadas con sevicia. De ahí que la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura incluye los fines de investigación criminal, el carácter intimidatorio, el castigo personal, la realización como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin, y los métodos tendientes a la anulación de la personalidad de la víctima o a la disminución de su capacidad física y mental como elementos definitorios de la tortura, lo que resulta razonable si se repara en que con ella se ofende la dignidad de la persona.¹⁹

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 28 de setiembre de 2001, radicado n.º 13310, MP Carlos Mejía Escobar, p. 1.

La Sala Penal establece que en ese momento sólo existía un tipo penal de tortura, norma introducida por vía de excepción y que el legislador establecería luego, en el año 2000: “Con la misma directriz el nuevo Código Penal (L. 599/2000), contempla un solo tipo penal de tortura en el artículo 178, previéndose como sanción para la persona que lo cometa, independientemente del fin, prisión de 8 a 15 años”.²⁰ Busca así la Sala introducir pautas de interpretación coherentes del delito, en momentos de tránsito legislativo, y estas pautas, como se ha visto, están relacionadas con los instrumentos internacionales; el contexto de argumentación es el derecho internacional. Pero no son muchos los casos fallados en la Sala Penal de la Corte por este delito, aunque sí existen ellos en juzgados de instancia o en el tribunal. (Es un fenómeno que contrasta con el hecho de que en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Colombia, la sanción por la comisión de tortura por agentes estatales es un hecho recurrente.)

Se cita a continuación un caso en el cual el recurso de casación es declarado desierto, pero cuyos temas son relevantes: se trata del caso con radicado n.º 21 588, del 25 de febrero de 2004. La Sala Penal, al revisar un recurso extraordinario que fue declarado desierto, es decir, que fue rechazado por vicios de forma y contenido, constató que en el mes de noviembre de 1999 —antes de la vigencia del Código Penal— miembros de la policía judicial capturaron a cuatro personas, torturaron repetidamente a una de ellas y a las otras les fue exigido dinero por el rescate. Los cargos fueron tortura y concusión, y tanto en primera como en segunda instancia se sancionó por tortura, en hechos o situaciones perfectamente imputables hoy bajo el nuevo tipo penal de tortura, que es amplio en los fines con base en los cuales se producen los sufrimientos psíquicos o físicos. Es una línea jurisprudencial que se mantiene: se distingue de las lesiones personales, se imputan concursos cuando éstos tengan lugar o cuando ocurran otros delitos como extorsión, secuestro o concusión. (Los casos que hemos analizado comprometen a funcionarios públicos.)

Es importante tener en cuenta, además, que si bien existe un tipo penal único de tortura, existe también el tipo penal de tortura cuando se trata de conflicto armado y sobre personas protegidas. Es un hecho diferente de la coexistencia aparentemente simultánea y anterior al nuevo Código Penal de dos delitos de tortura, debido a la intromisión del legislador de excepción. En el caso del nuevo Código, al

²⁰ *Ibidem*, p. 9.

comprobarse los elementos normativos —el conflicto armado y la persona protegida—, se está ante una infracción al DIH, diferente del delito de tortura que se viene analizando. Con mucho criterio, la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía ya ha aplicado esta norma, distinguiéndola no sólo del tipo penal de lesiones personales u otros delitos, sino distinguiendo específicamente la tortura cuando se comete en el contexto de un conflicto armado. Ya existen decisiones, entonces, aunque en etapa investigativa, de tortura concebida como crimen de guerra.²¹

3.6. Crímenes de guerra

El Código Penal colombiano, en el título II, capítulo único de la parte especial, consagra los denominados “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”.

En la aplicación de estas normas existe un gran déficit de persecución, a pesar, desde luego, de que existen decisiones de la Fiscalía —como la inmediatamente citada— y de los jueces en este contexto. El primer hecho fundamental para entender este déficit reside en las tensiones y dificultades que surgen para la interpretación de un elemento normativo presente en todos los tipos penales que hacen parte del capítulo único: las conductas deben ser cometidas en “desarrollo y con ocasión de conflicto armado”. Es decir, y como es lógico, se requiere comprobar la existencia fáctica del conflicto armado.

La Fiscalía General de la Nación y los jueces en general no han sido indiferentes a la gran presión que, de manera muy especial, el presente gobierno ha hecho sobre el sistema judicial, en el sentido de que los operadores no reconozcan la existencia del conflicto armado. Este hecho debe contextualizarse correctamente: una de las características más interesantes del caso colombiano es que, a pesar de que se trata de una sociedad en extrema conflictividad, el sistema judicial ha sido independiente, ha sido valiente respecto de las múltiples presiones a las cuales se ve sometido. No obstante, hechos muy graves relacionados con el conflicto armado que vive el país desde hace décadas, la lucha contra el terrorismo, la lucha contra el crimen organizado, generan una presión permanente sobre el sistema judicial. En diversas coyunturas

²¹ Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso n.º 1668, marzo 4 de 2004, pp. 36 ss.

políticas el Ejecutivo ha conservado para sí grandes márgenes de presión sobre el sistema judicial. Este hecho lo ha corroborado el autor en entrevistas realizadas a diversos fiscales, quienes han reconocido que ha estado presente en sus decisiones la discusión que en el ámbito nacional tiene lugar sobre el carácter de los actores que se juzgan, sobre el reconocimiento o no de conflicto armado, sobre la asimilación de todas las conductas al crimen organizado o al terrorismo, etcétera.

Sin embargo, y tal como se ha visto con claridad en las diferentes sentencias de la Sala Penal de la Corte previamente analizadas, en las cuales se asume el estudio de los actos de ferocidad y barbarie, la Sala Penal fundamenta todas sus decisiones sobre la existencia del conflicto armado; de manera muy especial lo hace en una providencia de febrero de 2006, dictada durante el período del presente gobierno, muy bien argumentada, muy bien fundada en elementos propios del derecho internacional y que actualiza, por decirlo así, la discusión sobre civiles y conflicto armado en la jurisprudencia colombiana.²² De igual manera hoy, y muy especialmente después de la decisión de la Fiscalía del 2004, a la cual se le dedicará un espacio particular en este informe, existe un consenso generalizado sobre la existencia de dicho conflicto, que los fiscales y jueces someten a la verificación de una serie de circunstancias específicas. Así, ello permite que, paulatinamente, se consolide una forma de interpretación del elemento normativo reseñado y, por ende, no se castigue —como se verá que ha sido usual—, por ejemplo, por homicidio simple o agravado por alguna circunstancia a un actor que en escenarios de conflicto ha cometido en realidad un homicidio en persona protegida.

Otro problema que se presenta en la aplicación de estas conductas es el relacionado con la noción estrecha de combate que manejan algunos operadores. La Sala Penal lo ha definido de manera reiterada. Por ejemplo, ha dicho:

[Combate es una acción que] comporta un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito

²² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de casación aprobada con el acta n.º 014, del 15 de febrero de 2006, n.º 21330, MP Édgar Lombana Trujillo. En esta providencia, la Sala establece lo siguiente: “Para comenzar, debe precisarse que en nuestro país se ha reconocido políticamente la existencia de un conflicto armado interno de proporciones considerables”. En seguida, y en el contexto en el cual se revela hoy la mayor importancia del derecho internacional humanitario, la Sala agrega: “razón por la cual el Estado Colombiano se ha dado a la tarea de actualizarse en el tema del derecho internacional humanitario, no sólo para procurar una mayor protección de la población civil, sino para propiciar condiciones que permitan diseñar caminos de reconciliación nacional con miras a alcanzar uno de los objetivos propuestos por la Constitución para el logro de la paz”.

de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional. Es una confrontación que implica lucha de contrarios [...] que exige, además, la posibilidad de que se pueda repeler.²³

Pero en los operadores surge un problema que es clave: ¿En qué momento tiene lugar un combate? ¿Cuándo tiene lugar exactamente esta lucha de contrarios? ¿Cómo se mide, en términos temporales, la noción “en desarrollo o con ocasión de conflicto armado”? Es decir, ¿cuándo se desarrolla un conflicto, cuándo se da este “choque de contrarios”? Este hecho es fundamental, ya que se percibe de manera general en los operadores una restricción significativa de la noción de combate a la actualidad de éste o, máximo, a su inminencia. Al mismo tiempo, el conflicto se liga, fácticamente, a la noción de combate. Esto hace que acciones cometidas, por ejemplo, por actores armados o por el ejército, posteriores a un combate o ligadas indudablemente a él, en los mismos territorios en los cuales las acciones bélicas han tenido lugar, sean no obstante concebidas por fuera de la facticidad del combate o del conflicto armado.

En el caso con radicado número 23 472, de abril 13 de 2005, en el cual se dictó un auto resolviendo una colisión de competencia por la Sala Penal de la Corte, se presentó la discusión acerca del tipo de conducta cometida, así como también de la existencia o no de conflicto armado y de sus características. El caso, narrado por la Sala Penal, es el siguiente: El 24 de noviembre del 2003, un contingente de soldados, al mando del teniente correspondiente y “perteneciente al Batallón de Infantería del Ejército Nacional, inició un operativo tendiente a contrarrestar la acción de grupos denominados paramilitares”. Previamente, a las 8 de la mañana, varias personas “salieron del municipio de Acacías con destino a San José del Guaviare, transportándose en un campero y una camioneta. Aproximadamente a las 10 de la mañana, los dos grupos se encontraron en el sector conocido como ‘El cruce de la Clandria’, jurisdicción del municipio de San Martín (Meta). Los ocupantes de los vehículos se bajaron y se pusieron a disposición de la autoridad”.²⁴ No obstante,

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia con radicado n.º 13-433 del 27 de agosto de 1999, p. 43.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, auto n.º 23 472 de abril 13 de 2005, p. 2. Se aclara que mediante una decisión denominada *auto*, la Sala Penal no se pronuncia de fondo sobre el asunto, sino que dirime, con esta decisión de trámite, el conflicto de competencia que se presenta. De todas maneras para efectos de nuestro informe, son muy importantes estas decisiones, ya que ellas deben adelantar pautas de interpretación de las normas que nos competen en el análisis.

[...] alrededor de las 12:30 del día, por orden del oficial, los soldados dispararon en contra de éstos por la espalda, y les causaron la muerte. Camuflada dentro de dos llantas de repuesto, encontraron una millonaria cantidad de dinero que los militares se repartieron. El teniente Fajardo Barco destruyó los documentos de identidad de las víctimas y los salvoconductos de algunas armas de defensa personal que portaban. Por instrucciones suyas, a las autoridades armadas y judiciales se les informó que los occisos eran “paramilitares” que los habían agredido, generándose un combate, y que en el cruce de disparos fallecieron.²⁵

En este caso se presentó una colisión de competencia entre dos juzgados de la justicia penal ordinaria y, más allá de ello, se presentó la disputa, dentro de la Sala Penal, sobre si el conocimiento de los hechos correspondía a la justicia penal ordinaria o a la justicia penal militar. En el escrito de acusación, del 23 de julio de 2004, en vigencia del nuevo Código Penal, los militares fueron acusados por el delito de homicidio agravado por indefensión de las víctimas, en concurso material con otros delitos. Lo interesante del caso y para el informe es que uno de los juzgados promovió el conflicto de competencia, aduciendo que no se trataba de homicidios agravados sino de homicidio en personas protegidas. Es decir, se planteó la discusión de fondo sobre la posible comisión de infracciones al DIH.²⁶

La Sala Penal, a pesar de la discusión importante generada por los juzgados de instancia, consideró, no obstante, que las personas muertas no tenían calidad de personas protegidas. Cita numerosas normas de derecho humanitario, pero considera que:

[...] en el asunto que se estudia, ninguna prueba indica que los ciudadanos lamentablemente eliminados se hallaran internacionalmente protegidos. Como es claro, los crueles homicidios no fueron cometidos con ocasión y desarrollo de un conflicto armado y, por tanto, las víctimas no se encontraban protegidas por el derecho internacional humanitario.²⁷

²⁵ *Ibidem*, p. 2.

²⁶ Como se ha dicho, en el caso de las infracciones al DIH y de aquellos delitos que nos competen más directamente en el análisis, los jueces, denominados *jueces especializados*, son aquellos que tienen la competencia sobre estos delitos. (Ello, a pesar de que incluso, y sería un problema de redacción de la norma penal, dentro del homicidio agravado, sin que corresponda al título sobre DIH, existe también agravación por el homicidio cometido en persona protegida. Es decir, desde el homicidio ordinario se hace referencia a personas protegidas y, en este caso, la competencia no es de los jueces especializados.) Ello puede generar y genera confusión. Por esta y por razones de fondo sobre la noción de persona protegida, una y otra vez se presentan conflictos de competencia en la justicia ordinaria, precisamente por las dificultades técnicas para adelantar el proceso correcto de adecuación típica. Mucho tiempo se pierde en estos avatares, de tal manera que las implicaciones sobre los procesos y sobre la adecuada reconstrucción de las pruebas son muy grandes y concretas; todo el sistema penal se resiente con estas dificultades.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, auto n.º 23472 de abril 13 de 2005, p. 9.

Se trató, como se ha dicho, de una acción no generada propiamente en desarrollo de un combate, pero sí en un territorio agobiado permanentemente por situaciones ligadas al conflicto armado interno.

Dos hechos muy interesantes se presentan aquí: uno es la dificultad para concebir la existencia del conflicto armado y el otro, que confluye con el anterior, la dificultad para concebir la noción de combate: no se considera su existencia si no se presenta con una inmediatez absoluta, y se desconoce, por ende, el mismo conflicto armado. No obstante, y como se verá en el análisis de la decisión de la Fiscalía del 2004, allí se aclara cuándo hay combate, quiénes serían combatientes, qué responsabilidad se asume y, sobre todo, no se restringe la noción de conflicto a la de combate, ni se restringe la noción de persona protegida. Se trata de una tendencia hoy en la Fiscalía y es consecuente con lo previsto en el derecho penal internacional. A nuestro juicio, y reconociendo desde luego que se trata de un tema muy complejo, en este caso que se reseña la Sala, tal como lo hizo uno de los jueces de instancia, debió haber reconocido como personas protegidas a las personas muertas en falsos combates. Precisamente, debió tener en cuenta la simulación de combate con el propósito de dar muerte a los civiles, para darle sentido de manera coherente a la noción de persona protegida.

3.6.1. *Conflicto armado interno y límites de la competencia para el juzgamiento de los delitos*

Pero el problema que se suscita con este caso es más complejo aún: uno de los magistrados, con una posición reiterada en varios salvamentos de voto, considera incluso que no se trataba de una colisión de competencia dentro de la justicia ordinaria, sino que el caso correspondía a la justicia penal militar. Así, según el magistrado,

[...] la colegiatura ha debido abstenerse de pronunciarse al respecto dado que ninguno de los jueces en conflicto es competente para conocer del asunto, y en ese orden, lo que correspondía era devolver el proceso al juzgado de origen para que formalmente planteara la colisión de competencias con los jueces de la justicia penal militar [...] lo anterior, por cuanto los delitos [...] aquí juzgados, corresponden a un abuso y desvío de la función que la Carta asigna al Ejército Nacional, y por ende, tal como se entendió al comienzo de la investigación, estaban cobijados por el fuero militar.²⁸

²⁸ *Ibidem*, p. 11.

Debe aclararse al respecto que desde 1997, a partir de la sentencia de la Corte Constitucional n.º C-358, ha quedado claro que respecto a las conductas que constituyen violaciones de derechos humanos o al DIH no corresponde su investigación y juzgamiento a la justicia penal militar. Incluso, tal como lo desarrolló la sentencia, de acuerdo con el principio de lesividad, homicidios agravados o violaciones por ejemplo sobre mujeres no pueden ser asumidos por la justicia ordinaria. Es una providencia que ha sido hoy recogida y ampliada en toda suerte de aspectos por la misma Corte Constitucional.²⁹ No obstante, persisten los conflictos de competencia, a pesar de la claridad de las numerosas providencias.³⁰

3.6.2. Aplicación errónea de tipos penales convencionales

Un aspecto central que hace relación al gran déficit de persecución penal de las conductas que nos atañen no sólo tiene que ver con el hecho de que el sistema penal no asume el conocimiento de estos delitos, sino que, cuando lo hace, aplica las normas de carácter tradicional, es decir, aplica tipos penales convencionales. Así, por ejemplo, en el caso reseñado, en el cual civiles fueron muertos por militares y las ejecuciones se hicieron pasar como muertes en combate, la justicia penal encontró que se trató de un homicidio agravado por indefensión de las víctimas. Esta forma de adecuación típica, que tradicionalmente se ha aplicado para casos en los cuales se trata, por ejemplo, de la muerte de una persona minusválida o de una persona que no pueda valerse por sí misma, es aplicada, no obstante, a este tipo de delitos.

Ello se observa en otro caso escogido para el análisis. El día 30 de mayo de 2004, según reza un auto proferido por la Sala Penal de la Corte:

²⁹ A manera de ejemplo, además de la providencia fundamental de 1997, se reseñan las siguientes providencias de la Corte Constitucional. La n.º C-017 de 1996, que hace relación a la distinción entre régimen disciplinario especial y fuero disciplinario y a la inexistencia de un fuero disciplinario de los miembros de la Fuerza Pública; la n.º C-368 de 2000, en la cual se abordan fenómenos relacionados con la desaparición forzada y su exclusión del fuero penal militar; la C-878 de 2000, esencial porque en ella se establece la constitucionalidad de los artículos 1, 2, 3 y 195 del Código Penal Militar. En el caso del artículo 3, se establece que la desaparición forzada, el genocidio y la tortura, que no son de ninguna forma materia de juzgamiento de la justicia penal militar, constituyen apenas ejemplos; no se trata, en consecuencia, de una enumeración taxativa. Ello, en concordancia con el inciso 2.º del numeral 4 del artículo 32 del Código Penal, que excluye estas mismas conductas —y desde luego no de manera taxativa— de la figura de la obediencia debida.

³⁰ El problema es de tal magnitud que incluso la Vicepresidencia de la República, en el Programa de Lucha Contra la Impunidad, en el mes de mayo de 2007 ha convocado a una licitación pública para una consultoría especializada en la elaboración de un protocolo que deben asumir todas las instituciones, en el cual se aclare, de una vez, esta disputa, de tal manera que las instituciones lo asuman y dirijan su actuación bajo el principio claro de que las violaciones a los derechos humanos o al DIH no pueden ser investigadas o juzgadas por la justicia penal militar.

[...] cuatro sujetos irrumpieron en la finca Villa Luz ubicada en zona rural del municipio de Sabana de Torres, Santander, y tras requerir la presencia de Bárbara Gómez Guerrero, propietaria del predio, procedieron a dispararle causándole la muerte [...] De acuerdo con la denuncia que formuló Fernando Campos Gómez, el homicidio fue perpetrado por miembros de las “Autodefensas Unidas de Colombia”, quienes el día anterior habían requerido a la señora Bárbara para que alojara a dos miembros de esa organización armada ilegal en su vivienda, solicitud que ella rechazó. Igualmente hizo saber que conocía a uno de los cuatro hombres que dio muerte a su madre [...], persona ampliamente reconocida en la región como integrante del referido grupo.³¹

El 29 de setiembre de 2005, la Fiscalía profirió resolución de acusación contra los sindicatos, por el delito de homicidio agravado por indefensión de la víctima. (Como se ve, la Fiscalía no se hace la pregunta por la noción de persona protegida en medio de un escenario de conflicto armado.) El conflicto de competencias se presentó cuando el juzgado, denominado del circuito, aseguró que los delitos cometidos correspondían en su juzgamiento a los juzgados especializados. Pero no se dio el debate sobre la noción de persona protegida. La Sala Penal, al dirimir la competencia, hace referencia al carácter de los actores, en este caso, de miembros de grupos paramilitares; asume el estudio de la noción de concierto para delinquir y, frente a él, el de sedición; todos problemas muy interesantes y complejos relacionados con la ley 975 de 2005 que otorgó, antes de ser declarado ello inconstitucional por la Corte Constitucional, carácter de sediciosos a miembros de grupos de autodefensa. Es decir, la Ley de Justicia y Paz, en su versión inicial, los concibió en el horizonte del delito político.

La Sala, justo en razón de la tradición colombiana de excluir delitos atroces del marco del delito político, tal como se anotó al comienzo de este informe, hace referencia al homicidio en las condiciones en que se cometió, como un acto atroz desligado de la sedición. Pero en toda la reflexión no aparece por ninguna parte lo que es absolutamente evidente: el carácter de persona protegida de la señora asesinada cobardemente. Se puede argumentar, en aras de la confusión y degradación del conflicto armado colombiano, que miembros de un grupo irregular pueden cometer delitos comunes —de hecho así sucede— como son los hurtos, etcétera. No obstante, cuando

³¹ Como dice la Sala, ella entra a decidir sobre “la colisión negativa de competencias suscitada entre los juzgados Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga y Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, en virtud de la cual rehúsan conocer del juicio adelantado en contra del procesado Jhon Fredy Caicedo Rincón”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia n.º 25111 de febrero 28 de 2006, p. 1.

se trata de grupos organizados, con mandos, con jerarquías, que ejecutan actos planeados concienzudamente, que ejercen presencia territorial permanente, como es éste el caso, ese asesinato es producido en desarrollo del conflicto armado, por combatientes —léase en este caso sediciosos— y sobre persona protegida.

La Sala Penal cruza en su argumentación todo el problema de fondo: el carácter de sediciosos de los sindicatos, la Ley de Justicia y Paz que les otorga ese carácter, la presencia territorial de los actores, el mando, la jerarquía, pero se olvida de lo más sustancial: el carácter de las víctimas sobre las cuales se actúa. La Sala presenta un retraso notorio en su adaptación a las nuevas exigencias que impone el derecho penal internacional, el uso sofisticado del bloque de constitucionalidad, el uso correcto y la interpretación consistente del derecho internacional humanitario. El conflicto de competencia se resuelve de manera habitual, con recursos argumentativos tradicionales en el juez penal, con aplicación de tipos penales convencionales, con argumentos procesales referidos a pequeños incisos, y se pasa por alto la discusión de fondo atinente a la interpretación correcta de aquellos delitos que constituyen crímenes internacionales.

3.6.3. *Agresiones sexuales en conflicto armado: invisibilidad de un hecho dramático*

El último caso reseñado conduce a otro hecho fundamental que hace parte del gran déficit de persecución de conductas concebidas como crímenes internacionales: se trata de las agresiones sexuales a las cuales son sometidas mujeres en escenarios de conflicto armado. En el caso que se acaba de reseñar, si la mujer desgraciadamente muerta hubiese sido víctima de abuso sexual, con el criterio aplicado, la conducta hubiese sido concebida como una agresión sexual de carácter ordinario a la cual se le agregaría la circunstancia de agravación por “indefensión del sujeto pasivo”. Pero no se trata de ello, se trata de una conducta contenida en el Código Penal como “acceso carnal violento en persona protegida” (artículo 138) o, si es el caso, de “actos sexuales violentos en persona protegida” (artículo 139). Incluso es necesario tener muy en cuenta en estas circunstancias el artículo 141, que se refiere a la “prostitución forzada o esclavitud sexual” en personas protegidas.

No se encuentran casos de éstos en la jurisprudencia o en estado de investigación, a pesar de que la población civil es, por supuesto, la que sufre hoy en día con

mayor rigor un conflicto armado degradado, difuso, despolitizado. Toda clase de crímenes de guerra, de infracciones al derecho humanitario se comenten contra la población civil y, desde luego, las agresiones sexuales también se repiten, pero ellas no llegan al sistema: las mujeres agredidas son invisibles. Las organizaciones de víctimas, diversas ONG, han denunciado estas acciones en toda clase de escenarios y, no obstante, el sistema judicial no las absorbe. Tratándose de delitos sexuales, que de hecho en sociedades machistas carecen de persecución efectiva, en casos de conflicto armado y por las razones expuestas el déficit es todavía más pronunciado. Una cosa es clara: si luego de combates entre el ejército y actores irregulares protagonistas del conflicto, o entre éstos incluso, unos días después —ello no es relevante si se determinan cuestiones fácticas y normativas ligadas a la aplicación del DIH en el contexto interno— mujeres son agredidas sexualmente y estas agresiones tienen que ver con su posición dentro del conflicto, se trata de una infracción al derecho internacional humanitario, prevista hoy en el Código Penal. Como en todas las demás conductas, se deben excluir, desde luego, las acciones que estén ligadas a lógicas diferentes: venganzas personales, riñas, hurtos que no tienen que ver con el conflicto armado, etcétera. En este caso se aplican las normas del Código que son convencionales.

Debe agregarse a las consideraciones adelantadas un hecho que tiene un significado político fundamental: la asimilación de una persona protegida a persona indefensa, tanto más si se ha aplicado a personas minusválidas o enfermas, ejerce un impacto sobre el carácter de ésta. Una persona protegida no es aquella que merezca una consideración especial porque sea enferma o minusválida, no es aquella que merece o exige una especie de conmiseración o de solidaridad especial, sino que ante ella opera un estatus de persona protegida en escenarios de guerra; recibe una consideración política y jurídica especial por hallarse, sin ser responsable, en medio de situaciones bélicas respecto de las cuales es tercero, es neutral, no hace parte de su dinámica. De allí que el reconocimiento de persona protegida por la administración de justicia es el reconocimiento de una condición jurídica y política especial, y no expresión de un sentimiento particular de conmiseración.

3.6.4. *Sobre los bienes protegidos*

Otro tipo de conductas, relacionadas con el DIH, son aún más difícil de tipificar. Por ejemplo, todas aquellas conductas que hacen relación con la ventaja militar.

¿Cómo se mide la ventaja? ¿En qué condiciones particulares? Si no se han definido aún temas básicos como *persona protegida*, es desde luego más difícil pensar en definir nociones como éstas.

Esta última cuestión, el hecho de que sea difícil establecer o definir los elementos normativos de los tipos penales que constituyen infracciones al DIH, se ha observado históricamente en relación muy particular con los bienes protegidos. No obstante, el Código Penal aporta, en el artículo 154, que se refiere a la “destrucción y apropiación de bienes protegidos”, un listado complejo de estos bienes. Ello ha dado más claridad en principio a este tema y ya el sistema de justicia produce decisiones interesantes, sobre todo en el caso específico de los bienes destinados al culto.³²

3.7. El concierto para delinquir

El concierto para delinquir es un tipo penal supremamente discutible, muy criticado y criticable, ya que puede significar en la práctica lo que la doctrina denomina la anticipación de la punibilidad o la criminalización del estadio previo a la comisión de una conducta. Igualmente, opera en la práctica como negación del principio de culpabilidad, ya que puede aplicarse como expresión de mera responsabilidad objetiva. La norma dice lo siguiente: “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer cualquier delito, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años”. Después la norma agrava considerablemente la pena cuando se trate del concierto para cometer genocidio o terrorismo, delitos de narcotráfico, etcétera.

El concierto para delinquir se ha aplicado en concurso material con conductas que requieren, para su tipificación, de un sujeto plural; por ejemplo, respecto de la rebelión o la sedición o incluso la asonada. En el Código se establece un sujeto plural para estas conductas; eso quiere decir que un elemento central en la estructura de

³² A manera de ejemplo, existen decisiones relacionadas con la masacre de Bojayá, un lugar abandonado por el Estado desde hace décadas, pobre y terreno de disputas crueles entre actores armados. Allí, en medio de combates entre estos actores irregulares, en el mes de abril de 2002 numerosos habitantes fueron hostigados y, finalmente, al buscar refugio en una iglesia, fueron asesinados por armas no convencionales utilizadas por la guerrilla. Como lo establece el escrito de acusación de la Fiscalía contra uno de los sindicatos capturados —miembros del grupo insurgente huyeron—, se dictó acusación por los delitos de “homicidio agravado en persona protegida, rebelión, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, actos de terrorismo, destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y lugares de culto y destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario”. Fiscalía General de la Nación, Unidad de apoyo a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH, Medellín, abril 22 de 2004, p. 6.

estos delitos, con sujeto activo determinado como sujeto plural, es concebido en la práctica como un delito independiente, es decir, como concierto para delinquir. El concierto se agrega de manera impropia a situaciones que de hecho constituyen fórmulas de concurso necesario. También, en casos de violaciones de derechos humanos, o de casos en los cuales se trata de crímenes internacionales, se aplica el concierto en concurso material heterogéneo con las conductas juzgadas.

La jurisprudencia, a pesar del peligro innato en esta norma, ha tratado de alguna forma de mermar su impacto sobre los derechos y garantías, y de aplicarla en casos en los cuales es evidente una reunión permanente, una organización estable, duradera, una conformación de grupos de personas dedicadas a cometer toda suerte de delitos. Por ejemplo, en casos instruidos hoy por la Fiscalía, este ente investigador ha hecho acopio de un gran material probatorio para demostrar que múltiples acciones de desaparición forzada, de tortura, de homicidios en personas protegidas, no se dieron de manera descoordinada o casual, sino que hicieron parte de una estrategia, de un modo de operar de actores comprometidos en la comisión de graves crímenes internacionales.³³

En estos casos no se suma simplemente el concierto para delinquir, de manera inapropiada y antitécnica, a conductas que requieren de todas maneras de sujeto activo plural, sino que se suma en concurso a conductas que no exigen sujeto activo plural, que pueden ser cometidas por cualquiera, y lo que se sanciona es la organización estratégica en función de la comisión de dichas conductas. (Además, la norma, como se ha visto, hace relación específica a la comisión de conductas que son objeto de nuestro análisis.) Ello ocurre, como resumen de todo lo dicho, en una providencia previamente citada de la Fiscalía de junio del 2005, en el caso relacionado con múltiples delitos y violaciones de derechos humanos cometidos contra una comunidad indígena. En este caso, la Fiscalía aplica la norma, comprobando la pertenencia de los acusados al grupo de autodefensas a partir de documentos firmados por los autores de

³³ Incluso en el caso tan mencionado y que ha eclosionado en los meses de abril y mayo de 2007, denominado la *parapolítica*, con el cual se nombran los casos en los cuales numerosos congresistas y políticos regionales han sido detenidos e investigados por la Sala Penal de la Corte por sus vínculos con miembros de grupos paramilitares, los magistrados han aplicado el concierto para delinquir en su carácter agravado. Ello, en la medida en que han verificado no sólo la anuencia de dichos congresistas con grupos paramilitares o su simpatía a través de la firma de documentos o de adhesiones incluso públicas, sino que han investigado los fines con los cuales se han dado estos respaldos, los beneficios políticos obtenidos y, en todo caso, el hecho de unirse a una cadena interminable de comisión programada, concertada y sistemática de todas suerte de delitos cometidos por actores que han obrado en la práctica como auténticos paraestados. (Debe aclararse, además, que entre los múltiples delitos cometidos por estos actores ilegales existe un número inmenso de crímenes internacionales.)

los delitos, así como también de acciones concertadas de carácter permanente contra los indígenas de la zona.³⁴

Este procedimiento se repite, asimismo, en otras decisiones muy importantes del ente investigador. Por ejemplo, en providencia del 3 de octubre de 2005, en hechos relacionados también y causalmente con la misma zona del departamento de la Guajira, en la cual habitan los indígenas wayuu, la Fiscalía investigó más específicamente el delito de concierto para delinquir, en la medida en que esta vez dicho concierto no se concretó necesariamente en la comisión de múltiples delitos. Se trata de miembros de grupos paramilitares que se reunían de manera permanente en bares y lugares públicos con el propósito, de acuerdo con lo investigado, de planear la comisión de diversos delitos. Según la Fiscalía, en uno de esos lugares,

[...] se celebran reuniones con cierta frecuencia en las que se fijan las pautas para sentar una autoridad paralela a la legítimamente constituida, bajo la amenaza latente de dar muerte a quienes denuncien sus actos, muestra de ello son los volantes y comunicados con amenazas dirigidos contra las personas que tienen que abandonar el lugar en el plazo señalado.³⁵

Muy interesante es, una vez más, constatar un hecho sobre el cual se ha hecho énfasis en este escrito: los argumentos de la Fiscalía no sólo se dirigen en función del mero concierto de posibles criminales, sino que específicamente hacen referencia a organizaciones que de facto suplantán las precarias instituciones estatales. El ente investigador, en este caso, llamó a juicio a más de 40 procesados por el delito de concierto para delinquir, en concurso material con el delito de extorsión —recurso permanente de los actores armados sobre el patrimonio de civiles—. En la comprobación material de los hechos, la Fiscalía hace referencias muy interesantes a la presencia territorial efectiva de los actores sobre esa zona desde el año 2002 y considera que se ha cometido el concierto, en la modalidad prevista en el inciso 2 de la norma, es decir, el concierto que tiene que ver con la comisión de delitos entre los cuales están previstos los crímenes internacionales, que son penalizados más severamente.³⁶

³⁴ Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, despacho diecisiete, proceso n.º 1941, junio 3 de 2005, loc. cit., pp. 15-16.

³⁵ Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso n.º 2000, octubre 3 de 2005, p. 2.

³⁶ *Ibidem*, p. 123.

Puede decirse en consecuencia, y sin exageración, que el concierto para delinquir obra en la práctica como una especie de sucedáneo interno del elemento contextual que en el Estatuto de Roma se exige para establecer la comisión de crímenes internacionales. Como ocurre en diversos países que han adoptado el Estatuto de Roma, el elemento contextual no es exigido para la tipificación de los delitos en el caso de Colombia, pero en la práctica se puede afirmar que el concierto para delinquir obra como sucedáneo de este elemento contextual. (Esto no significa, desde luego, que la norma pierda su carácter crítico, que deje de ser una norma en extremo problemática.)

3.8. La autoría en estructuras organizadas de poder

Las dos providencias citadas de la Fiscalía, en las cuales se hace relación al concierto para delinquir, también discuten el problema central hoy, sobre la responsabilidad particular que le atañe al superior jerárquico. La Unidad de Derechos Humanos introduce la reflexión dogmática acerca de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Se trata de una discusión que cada vez toma más fuerza en el país y que es incorporada en los últimos años por los operadores, salvo por la Sala Penal de la Corte, que aún no la asume de manera consistente. Pero en todos los escenarios se discute. Así, por ejemplo, en el caso ya trabajado del indígena que fue hallado responsable como miembro de un grupo guerrillero de diversas conductas imputadas, la Fiscalía establece la “necesidad de entender que en las estructuras organizadas de carácter ilegal como son los grupos subversivos, existe una manifestación del dominio mediato del hecho, como es el dominio de la voluntad en virtud de dichas estructuras de poder organizadas”.³⁷

La Fiscalía se adentra en el estudio de las tesis de Roxin, cita textualmente al profesor alemán, hace relación a la fungibilidad del autor y concluye:

Esta teoría, antes que una posición dogmática, refleja lo que sucede en organizaciones como las FARC, en donde quienes conforman su cúpula [...] pueden confiar que sus órdenes se van a cumplir sin que tengan que conocer al ejecutor, sin que tengan que acudir a medios coactivos o engañosos, pues saben que si uno de los miembros que participan en la comisión de los delitos no cumple su cometido, otro lo reemplaza, no quedando afectada la ejecución del plan global.³⁸

³⁷ Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso con radicado n.º 1556 del 13 de mayo de 2005, p. 24.

³⁸ *Ibidem*, p. 24.

Se trata de una posición doctrinal que se repite hoy en el ente investigador.³⁹

Pero la discusión más interesante que ha tenido lugar en relación con la teoría y su aplicación ha sido respecto de un caso fallado en la Sala Penal de la Corte en el mes de marzo del 2007. Se trató de la denominada *masacre de Machuca*. Miembros de un grupo guerrillero que durante muchos años se dedicó a colocar bombas en oleoductos, con lo que produjo toda clase de daños ecológicos, además de realizar múltiples atentados contra miembros de la población civil, el 18 de octubre de 1998, cerca de una pequeña población, colocaron en un oleoducto un explosivo de enorme poder. Así:

[...] justamente por haberse producido la explosión en la parte superior de una colina, el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río [...] por cuyo cauce avanzó hasta llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos —entre niños, adultos, ancianos— y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas.⁴⁰

La Fiscalía cerró la investigación en decisión del 19 de noviembre de 2001 e imputó diversos delitos a diversos autores, entre ellos y especialmente, a miembros de la cúpula del grupo guerrillero que no participaron directamente en los hechos. Desde el principio y durante todo el proceso, el hecho relacionado con la definición de la autoría fue fundamental. El juzgado de primera instancia, en providencia del 25 de mayo del 2004, condenó a los acusados como coautores, por un concurso integrado por los delitos de homicidio, terrorismo, rebelión y lesiones personales. (Debe aclararse, que la providencia “extendió la responsabilidad por las muertes y lesiones a la cúpula de esa organización subversiva, a título de dolo eventual”.)

La impugnación de la decisión tuvo lugar justamente respecto de la posible autoría de los miembros de la cúpula. Por su parte, el tribunal, en segunda instancia,

³⁹ Por ejemplo, en otra decisión previamente comentada, la Fiscalía sienta su posición frente a la autoría. Reconoce y en ningún caso elude el hecho de que la responsabilidad penal es individual; no obstante, considera que las complejas actuaciones de individuos que actúan en organizaciones o estructuras de poder, “no se pueden construir con los baremos del delito individual”. La Fiscalía cita a Roxin y su tesis central del dominio del hecho por dominio de la voluntad en organizaciones de poder. Se trató, como se vio, de un caso en el que más de 40 sujetos activos fueron individualizados. Es decir, se trató de una verdadera estructura o aparatos de poder. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, proceso n.º 2000, octubre 3 de 2005, pp. 136 ss.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, casación n.º 23825 del 7 de marzo de 2007, MP Javier Zapata Ortiz, p. 3.

descartó los cargos por dolo eventual respecto de los homicidios cometidos. Concluyó, además, que no se podía castigar a los jefes como determinadores, “ya que en un acontecer culposo no es posible, dogmáticamente, predicar la determinación”. Condenó a los miembros de la cúpula que no participaron directamente en los hechos sólo por el delito de rebelión.⁴¹ El fiscal adscrito a la Unidad de Derechos Humanos interpuso la demanda de casación contra la sentencia del tribunal e instó a la Sala Penal para que aplicara las sanciones por los delitos cometidos con dolo eventual, tal como lo había hecho el juzgado de primera instancia. También lo hizo la procuradora 161 judicial penal II, demanda que sería la que, al final, prosperaría con sus cargos.

Lo primero que es necesario advertir frente a este caso tan importante es la calidad de la vista fiscal que se presentó ante la Sala Penal. El procurador primero delegado para la casación penal, en escrito presentado en noviembre del 2006 y que fue publicado en la *Colección de fallos y conceptos del Ministerio Público*, n.º 8, asume con gran rigor metodológico el estudio del tema, y lo hace bajo el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Uno de los capítulos más importantes del concepto se refiere a la aplicación de la teoría, en el caso específico, no sólo de crimen organizado, sino de violaciones de derechos humanos y DIH, y retoma con todo rigor la discusión sobre dolo eventual, sobre el supuesto del principio lógico de no contradicción, justo respecto de la tesis de la autoría mediata a través de organizaciones de poder.⁴² Le pide a la Sala Penal que actualice la jurisprudencia al respecto y que aplique la teoría, casando la sentencia del tribunal superior.

No obstante, la Sala Penal se muestra tímida frente a la necesidad de asumir hoy discusiones que son insoslayables y que hacen parte de la discusión global en derechos humanos y derecho internacional humanitario. La Sala Penal sí da cuenta de la discusión, cita a Roxin y su concepción más ortodoxa; acepta, lo cual es importante, que el artículo 29 del Código Penal da pie para su aplicación, pero se inclina más hacia la noción de coautoría impropia por división del trabajo. A partir de allí, considera la Sala que no es necesario “ocuparse de las estructuras organizadas de poder, como explicación racional para endilgar también a los dirigentes de aquellos gremios los delitos cometidos por sus militantes de menor rango o jerarquía”.⁴³ Para

⁴¹ *Ibidem*, p. 10.

⁴² Francisco Farfán Molina (procurador primero delegado para la Casación Penal): *La masacre de Machuca. Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*, Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2006, pp. 66 ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 73.

la Sala, no existe autoría mediata ni hay “sujeto de atrás”, ya que, según los magistrados, todos contribuyeron a la ocurrencia del hecho, por división del trabajo. Casa la sentencia del tribunal, revive la discusión sobre el dolo eventual, considera que existe este dolo, impone la pena de acuerdo con ello, aunque modifica el *quantum*. (Lo cierto es que en el artículo 29 del Código existe la posibilidad en principio de aplicar todas las soluciones dogmáticas, y serán los casos futuros los que definan si la Sala Penal, tal como lo hace hoy la Fiscalía, jueces de instancia y la Procuraduría, acepta esta tesis o, por lo menos, aborda sus consecuencias en los contextos históricos actuales.)

3.9. Terrorismo

Con muy buen criterio, los coordinadores académicos del Grupo de Estudios Latinoamericano sobre Derecho Penal Internacional han asignado, dentro del índice general para el informe, el tema del terrorismo. En el caso colombiano, al igual que la norma sobre concierto para delinquir, el terrorismo y sus múltiples variantes ha sido un marco general de interpretación de las conductas concebidas hoy como crímenes internacionales. De manera tradicional se ha aplicado este tipo penal a hechos que nos conciernen en el estudio. El Código Penal de 1980 introdujo esta norma. Más tarde, un estatuto especial dictado al amparo del estado de sitio y como expresión del derecho penal de la emergencia creó diversas y muy controvertidas normas relacionadas con la persecución del terrorismo. El centro de la imputación seguiría siendo, al igual que en 1980, la noción de zozobra. Pero esta vez, se agregaban los “fines terroristas” a la comisión de delitos comunes. Así, con diversas variantes y luego de entrar en vigencia el Código Penal del 2000, que incorporó también la norma central sobre terrorismo, se vienen aplicando un conjunto de normas que hacen parte de un concepto más general denominado *terrorismo*. Se aplica de manera indistinta, tanto en casos de narcotráfico y en casos de rebelión como en casos de crimen organizado, así como también en casos de persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos.⁴⁴

⁴⁴ El núcleo central de la norma, en el artículo 343, es el siguiente: “Terrorismo. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta [...]”.

En desarrollo de un caso ya citado y que es emblemático de una época de transición hacia la aplicación de la nueva estructura de los crímenes internacionales, una masacre —perpetrada por individuos armados que dispararon en una población de manera indiscriminada— fue concebida como acción terrorista. A los autores se les aplicaron tipos penales convencionales, como son los homicidios, pero con fines terroristas.⁴⁵ Hoy en día podría uno afirmar, luego de diversas providencias de la Fiscalía y de diversos fallos comentados, que no se podrían aplicar estas normas sobre terrorismo, sino normas más pertinentes como el genocidio, cuando sea del caso —tratándose de genocidio político si se prueba el propósito y si se prueba la existencia del grupo político—, e incluso, desde luego, infracciones al derecho internacional humanitario. Así como la noción de *indefensión*, en el caso del homicidio en persona protegida, no puede sustituir el elemento normativo jurídico —persona protegida—, la noción de *zozobra*, centro de imputación del terrorismo, no puede absorber toda la estructura de otros tipos penales como el genocidio o las infracciones al DIH.

Debe aclararse, no obstante, que cuando exista efectivamente una acción terrorista se debe aplicar el tipo penal de terrorismo. Esto es claro. Pero lo que se debe evitar es englobar, bajo la noción de *zozobra*, todas las conductas. De todas maneras, el análisis en detalle de la jurisprudencia y de las decisiones de la Fiscalía o de las decisiones de la Procuraduría da como resultado el hecho de que prácticamente nunca las violaciones de derechos humanos se dan solas, es decir, en estado puro; normalmente tienen lugar al lado de delitos comunes. Por esa razón, la aplicación técnica es muy problemática y es necesario ir desarrollando herramientas más afinadas desde el punto de vista dogmático, para aplicar correcta y técnicamente los concursos, la co-participación, etcétera. Éste es un auténtico desafío que traerá paulatinamente buenos frutos al refrescar la discusión dogmática, en muchos casos sobredimensionada y sobresaturada.

Por ejemplo, en una de las decisiones que reiteradamente se han citado aquí, relacionada con el desplazamiento forzado y con múltiples delitos cometidos contra una comunidad indígena, la Fiscalía establece lo siguiente: “Está probada la comisión del delito de terrorismo, en tanto y en cuanto se creó, se mantuvo y aún se mantiene en estado de *zozobra* a la población de Bahía Portete”. La *zozobra* —podría pensarse en este caso— es un derivado natural de las conductas cometidas. Es decir, es natural

⁴⁵ Se trata del caso relacionado con las masacres de las fincas Honduras, La Negra y la Mejor Esquina, fallados por la Sala Penal, en providencia con radicado n.º 18.499 del 25 de octubre de 2001.

que se cree zozobra en una población cuando se la somete a toda suerte de conductas atroces, y ello no hace que necesariamente se pueda tipificar el terrorismo, sino que forma parte de la comisión de los delitos. (Esta consideración, allende la tipificación criticable del tipo penal que centraliza todo en la zozobra y en el hecho de que ésta se dé sobre la población o parte de ella.) Pero lo que sigue es más interesante aún. Dice la Fiscalía:

La manera tan atroz como fueron sacrificadas las víctimas, el atacar a las mujeres, circunstancia que no se había presentado en los enfrentamientos entre castas de la etnia Wayuu, pues dentro de sus costumbres, las mujeres son respetadas, ha causado terror en la comunidad.⁴⁶

Aunque asiste razón en general a la Fiscalía, el problema es el que, al englobar en el marco del terrorismo conductas tan graves como las acciones contra las mujeres, causa el efecto perverso de invisibilizar dichas acciones contra las mujeres. Ya el terrorismo en sí no le dice nada a nadie. Más que un tipo penal, es usado en la actualidad como una especie de *tabula rasa*, también en el plano discursivo y sobre todo por el Poder Ejecutivo con fines políticos; es también un marco automático de tipificación que usan los medios de comunicación. En cambio, violaciones, delitos sexuales, amenazas y muertes contra las mujeres sí deben ser evaluados de manera independiente para actuar respecto de ellas de una forma coherente. En este caso, el auténtico reproche no está en el terrorismo en abstracto, en la creación en sí de la zozobra, sino en el hecho concreto de atentarse de todas las formas contra las mujeres. Cuando auténticos casos de violaciones de derechos humanos se enredan en el discurso político del terrorismo, pierden sentido, se hacen invisibles, se confunden con meros delitos comunes; en definitiva, pierden su fuerza de denuncia real de situaciones que es necesario modificar. Ése es el efecto perverso de la tipificación genérica del terrorismo.

3.10. La providencia de la Fiscalía del 2004: un hito en la interpretación nacional del derecho penal internacional

Para la parte final del informe se ha dejado el análisis particular de una decisión de la Fiscalía del año 2004 que ha sido reseñada previamente en ciertos apartes, para

⁴⁶ Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, despacho diecisiete, proceso n.º 1941, junio 3 de 2005, p. 16.

ser estudiada de manera independiente, ya que se trata de una pieza muy interesante que, a juicio del autor de este informe, representa, por decirlo así, un punto de quiebre en la interpretación de los operadores de las normas que nos ocupan. El tipo de argumentación desarrollada, los problemas que aborda, el manejo técnico y dogmático de aspectos claves de interpretación de las normas que aquí se han detallado, hacen de esta decisión un hito fundamental. No está exenta, desde luego, de críticas, pero ello hace parte del ejercicio de crecimiento como comunidad jurídica que se está dando en el país frente a los nuevos delitos.

Debe aclararse, además, que en desarrollo de las diversas entrevistas que el autor adelantó con fiscales de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, éstos reconocieron que esta decisión es considerada por la misma Fiscalía como una pieza clave y un punto de avance fundamental en la interpretación y aplicación de normas que nos competen. Es de esperar, finalmente, que haya sintonía entre las diversas instituciones, que la misma Fiscalía siga adelante con este proceso abierto y que los operadores asuman, en todo caso, las nuevas discusiones aquí planteadas, así se alejen de algunas de sus hipótesis.

La providencia es del 4 de marzo de 2004. En ella se asume el estudio de múltiples hechos ocurridos en un territorio sobre el cual han actuado durante mucho tiempo miembros de un grupo armado ilegal. Es en el departamento de Arauca, lugar de disputa por dominios territoriales entre grupos armados ilegales. Entre los meses de abril y diciembre del 2005, a varios sujetos se les dictó medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, por los delitos de concierto para delinquir, fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, utilización ilícita de equipos de comunicación, desaparición forzada, secuestro, homicidio en persona protegida, tortura en persona protegida, hurto calificado y daño en bien ajeno. Como se ve, son hechos característicos o que son concomitantes a acciones que un grupo ilegal desarrolla de manera constante sobre un territorio y sobre un grupo de personas, terceros civiles en el conflicto.

En los hechos, múltiples violaciones de derechos humanos y comisión también de delitos comunes, estuvieron involucrados miembros de grupos paramilitares o denominados de autodefensa. El primer hecho que es importante destacar y que tiene repercusiones profundas es que la Fiscalía concibe de entrada —y es el fundamento de toda la decisión— a los miembros de estos grupos irregulares como *combatientes*. Es decir, los considera como actores armados ligados a un escenario de guerra,

de conflicto, y no como meros delincuentes comunes. En la historia de Colombia, tal como se estableció en la primera sección de este trabajo, el carácter de combatiente se había otorgado en principio sólo a miembros de grupos guerrilleros; sólo respecto de ellos se había aplicado la noción de delito y de delincuente político. No obstante, ya con la expedición de la Ley de Justicia y Paz y, sobre todo, con el intento fallido del proyecto de alternatividad penal del 2003, el Ejecutivo, al partir del hecho fáctico del conflicto armado, asimilaba los destinatarios de la ley a actores de dicho conflicto, es decir, a combatientes; ello, desde luego, aparte de la posible comisión de conductas de carácter ordinario.

De hecho, el artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz les concedió estatus de actores del conflicto armado, político y social, al asimilarlos a sediciosos, mas no a rebeldes, ya que su acción no se dirige a la sustitución de un régimen constitucional o legal, sino a la interferencia transitoria del libre funcionamiento del régimen constitucional vigente. El artículo asimilaba la dinámica de las autodefensas a la sedición, a través de una modificación del artículo 468 del Código Penal. (El artículo 71 fue declarado inconstitucional por vicios de forma, es decir, la Corte Constitucional no entró a resolver la cuestión de fondo acerca del carácter mismo de los actores sujetos de la ley.)

Como se dice, la Fiscalía asimila los miembros de las autodefensas involucrados en los hechos cometidos a combatientes. Es el centro de la argumentación. Pero la Fiscalía lo hace, como es lógico, en el escenario de crímenes internacionales, no para proteger a los actores con este reconocimiento, sino para colocarlos en un plano especial de exigencia frente a las personas protegidas. La ecuación es, entonces, la siguiente: combatientes de un lado y personas protegidas del otro.⁴⁷ Todo ello, por supuesto, en el contexto del conflicto armado interno. De esta forma, el segundo punto de partida de la decisión es la existencia de la guerra, del conflicto interno.⁴⁸ En relación con ello, la Fiscalía, en un ejercicio muy estricto desde el punto de vista argumentativo y metodológico, absuelve una a una las exigencias que en el plano internacional surgen para establecer la existencia del conflicto armado. Con ello evita, además, caer

⁴⁷ Dice así el ente investigador: “[S]e concluye que precisamente porque la población civil es una de las principales víctimas de la confrontación armada es que las normas humanitarias ordenan su protección”. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, despacho diecisiete, proceso n.º 1668, marzo 4 de 2004, consideraciones, p. 23.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 22 ss.

en las trampas de las decisiones internas, políticas y no jurídicas, particularmente del Ejecutivo respecto de la existencia o no del conflicto.

El centro de la argumentación de la Fiscalía gira, entonces, en la comprobación de las exigencias del Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra, de tal manera que, como lo cita la decisión, “en el territorio de la Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.⁴⁹ Para el ente acusador entonces y en esta perspectiva:

[...] es claro que los delitos cometidos por los sindicatos no obedecen a meros actos aislados, sino que obedecen a la política propia de las AUC, de cometer crímenes en varias zonas de Colombia, que por su magnitud y naturaleza salvaje se constituyen en base fundamental de su acción militar, pues sirven como mecanismo idóneo para sentar su influencia en vastas regiones del país, ejercer control sobre amplias zonas territoriales y limitar acciones de sus enemigos, entendiéndose como tales el Estado, grupos guerrilleros u otros grupos de autodefensa con los que no comparte la misma filosofía.⁵⁰

Una vez que la Fiscalía establece la condición de combatientes de los sindicatos y sus exigencias, adelanta un ejercicio muy interesante de interpretación y de argumentación: como la noción de *combatiente* no está definida en el Código Penal directamente, sino que las normas del Título II, sobre infracciones al derecho internacional humanitario, hacen relación de las personas protegidas y el conflicto armado, el fiscal, por vía del bloque de constitucionalidad, se dirige a los tratados internacionales y allí busca la noción de combatiente, al mismo tiempo que destaca las exigencias y condiciones para la existencia del conflicto armado. De esta forma, los supuestos de toda la decisión

⁴⁹ *Ibidem*, p. 24. De esta forma, la Fiscalía resuelve un problema que, por ejemplo, en decisiones de la Sala Penal aún está presente: la reducción del conflicto al combate y la reducción misma de esta noción. Así, acciones concertadas, permanentes sobre un territorio y no dispersas, ejecutadas como políticas de acción y sobre civiles, son concebidas en el escenario del conflicto armado sin que ellas, desde luego, se presenten en la actualidad de los combates o de acciones armadas. Es un paso adelante en la interpretación interna de acciones constitutivas de crímenes internacionales.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 35.

[...] aluden primordialmente al tratamiento de combatientes que se les dará a los sindicados en la resolución, dada la manera como se perpetraron los hechos y las características del grupo de autodefensas al que pertenecen, acudiendo con ello al principio de integración, artículo 2 del Código Penal, que nos remite expresamente a las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentre consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia [...].⁵¹

3.10.1. Confluencia entre delitos de lesa humanidad e infracciones al derecho internacional humanitario

Una vez el fiscal de la causa encuentra probado un elemento fundamental para establecer que se trata de violaciones al DIH, que es la ocurrencia permanente y persistente de delitos sobre un territorio y la conexión estructural entre las conductas, este hecho le sirve de manera fundamental para enfrentar una situación que es recurrente: la mezcla de toda clase de delitos, unos concebidos como violaciones de derechos humanos y DIH y otros como meros delitos comunes. La siguiente pregunta que se hace el fiscal, en este contexto, es si en el ámbito general de un conflicto armado interno, en el cual se producen infracciones al DIH, se pueden producir simultáneamente delitos de lesa humanidad. La conclusión es que sí, y el argumento es el siguiente:

De esta forma, se enmarca el fallo dentro normatividad en materia de derecho internacional humanitario y bajo este marco, se interpretarán las normas de derechos humanos sobre delitos de lesa humanidad, como es el de desaparición forzada, que pese a tener fundamentos totalmente diferentes, puede cometerse dentro de un conflicto armado interno.⁵²

Así, la Fiscalía, sin perder de vista el contexto del conflicto armado interno y del derecho internacional humanitario, abre el ámbito de argumentación, de tal manera

⁵¹ *Ibidem*, pp. 22-23. Es de anotar, y por esa razón se ha dedicado un aparte específico a ello, que en la decisión de la Fiscalía está presente la tradición de Colombia. En efecto, el fiscal, al mismo tiempo que desarrolla su argumento que se ha comentado, reseña expresamente la comisión de delitos atroces —concepto muy arraigado en la historia del derecho público en Colombia—, y lo hace, esta vez, para apoyar argumentos con base en los cuales se aplican los tipos penales actuales sobre crímenes internacionales: la tradición colombiana se funde así con las nuevas exigencias argumentativas propias del Código Penal vigente.

⁵² *Ibidem*, p. 23.

que puede incorporar en un concurso conductas relacionadas con el DIH, con delitos de lesa humanidad y con delitos comunes. El Código Penal es uno solo, no hay un código penal especial para crímenes internacionales, pero en el ejercicio argumentativo se pone orden a la interpretación sobre el carácter de las conductas. En ello también se percibe un avance: no es el terrorismo o una visión etérea del crimen organizado aquello que absorbe, sin matices, todas las conductas.

Una y otra vez el fiscal cita el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, particularmente en lo que atañe a elementos propios de los crímenes de lesa humanidad. Mientras en la primera parte de la decisión se refiere o reseña sobre todo los Convenios de Ginebra de 1947 y su Protocolo adicional II, de 1977, para el delito de desaparición forzada se refiere al Estatuto de Roma.

Respecto de la desaparición forzada, el fiscal inquiere sobre una característica estructural: ¿Qué pasa cuando se produce la muerte de la persona que ha sido desaparecida? Los hechos aclaran este punto: la mayoría de las personas desaparecidas luego fueron muertas por los sujetos activos de las conductas. De esta forma, para el fiscal es claro que en este caso existe un concurso material heterogéneo entre desaparición forzada —como delito de lesa humanidad— y homicidio en persona protegida —un crimen de guerra desde el punto de vista del derecho penal internacional—. Para la Fiscalía es claro, por lo tanto, que la muerte producida como producto de la desaparición constituye un agravante de la conducta, mientras que la muerte intencional constituye delito independiente. Además, y esto es muy interesante desde el punto de vista de los concursos, en uno de los casos la persona fue desaparecida, luego infamemente torturada —como todas las víctimas—, no resistió las torturas y murió a causa de ellas. En este caso, para el fiscal, se trató de un concurso material entre desaparición forzada, tortura en persona protegida y homicidio en persona protegida.⁵³

Finalmente, en relación con la autoría, la Fiscalía encuentra responsables a los sindicados como coautores de los delitos. Encuentra que no se trata de establecer previamente todos los actos que se van a ejecutar, sino que, dentro de un plan inicial muy determinado, van surgiendo diversas conductas que atentan contra los bienes jurídicos “a medida que así lo requieran los fines del grupo”. Así, “lo anterior es la base para que no se pueda argüir que no había intención de los miembros distintos del comandante del grupo a cometer ilícitos, porque desde el principio el riesgo

⁵³ *Ibidem*, p. 37.

creado por todos fue cuantitativamente suficiente para afectarlos”. Por eso, “la actividad delincinencial de una organizacin criminal jerárquicamente organizada cobija a cada uno de los miembros, ya que cada uno de ellos tiene un dominio funcional frente a los mismos pero también una relación de pertenencia sobre ellos”.⁵⁴

3.10.2. Diferencia clara entre secuestro y desaparición forzada

Tal como se ha dicho, una de las mayores dificultades que de manera tradicional han surgido en el momento de aplicar los tipos penales que hacen parte de los crímenes internacionales es la que han tenido los operadores para diferenciar entre secuestro y desaparición forzada. En uno de los hechos ocurridos del caso que se estudia, el fiscal encuentra que se ha dado un secuestro: una muchacha, familiar de una de las víctimas de los grupos de autodefensas que operaron sobre ese territorio, fue raptada, fue llevada en un vehículo y fue detenida en él durante todo un día, pero al final —suerte que no corrieron muchas de las víctimas— fue puesta en libertad. Para el fiscal de la causa, en este caso no se trató de una desaparición forzada, sino de un secuestro. El fiscal parece deducir, además, que se trató de una acción contra la libertad, con el fin de obtener información sobre acciones de las víctimas, y ello es secuestro, de acuerdo con la normatividad vigente. De esta manera, la Fiscalía avanza en esta distinción y puede decirse hoy, luego de esta providencia y de otras que la siguen, que ya hay claridad y consistencia en esta diferencia. Así lo advierten los mismos fiscales en entrevistas que han otorgado al autor de este informe.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 38-39.

4 ● Reflexión final

Como se ve, esta decisión representa un avance cualitativo en los operadores y autoridades colombianos respecto de la persecución penal interna de crímenes internacionales. Tanto en la Fiscalía como en los jueces y agentes de la Procuraduría, se observa desde el año 2004 un avance significativo en la comprensión más técnica de las características centrales de las nuevas conductas. Como en todo, se trata de un proceso, de un crecimiento conjunto de la comunidad jurídica y, como sucede a menudo en el país, este crecimiento, este proceso, debe darse de manera simultánea a toda clase de acontecimientos y desafíos: la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, el impulso y la consolidación del nuevo sistema penal acusatorio, la investigación y el juzgamiento de políticos ligados a grupos paramilitares, etcétera. Todos los desafíos tienen lugar simultáneamente, mientras que los operadores se esfuerzan, como pueden, por desarrollar las mejores herramientas de reducción de complejidad.

1 • Introducción

Varias son las líneas trazadas por la jurisprudencia costarricense con relación a la aplicación del derecho penal internacional (DPI). Los temas que han sido de especial atención para los operadores del derecho en Costa Rica se han agrupado de acuerdo con las particularidades nacionales.

La jurisprudencia que se recoge corresponde principalmente a la Sala Constitucional,¹ a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia² y el Tribunal de Casación Penal,³ ya que es la que permite, en alguna medida, definir criterios uniformes para todo el resto de los tribunales del país con relación al tema.

La jurisprudencia costarricense ha fijado varias líneas que resultan de vital importancia para determinar la aplicación del DPI en Costa Rica. Un primer gran tema tiene que ver con la aplicación de los tratados internacionales, tema que pasa por el de la jerarquía dentro del sistema de fuentes, la situación especial con referencia a los instrumentos de derechos humanos y la del ECPI.

¹ Que corresponde a un tribunal constitucional, inserto dentro de la estructura del Poder Judicial, integrado por seis magistrados, que son designados por la Asamblea Legislativa por un período de ocho años y pueden ser reelectos indefinidamente. Sus decisiones (ya sea jurisprudencia reiterada o simples precedentes) son vinculantes “erga omnes”, a diferencia de lo que sucede con los tribunales ordinarios.

² Que es la Sala de Casación Penal, inserta en la estructura de la Corte Suprema de Justicia, que está integrada por cinco magistrados, designados por la Asamblea Legislativa, de igual forma y período de los de la Sala Constitucional.

³ Que no está inserta en la estructura de la Corte Suprema, sino como Tribunal independiente, conformado por varias secciones que a su vez integran tres Jueces de Casación Penal.

Un segundo gran tema tiene que ver con respecto de la obligación de perseguir los crímenes internacionales, que a su vez se relaciona con el del principio de complementariedad previsto en el ECPI.

Se puede igualmente agrupar una tercera vertiente hacia la cual se ha inclinado la jurisprudencia costarricense: la de la entrega de nacionales y las inmunidades.

Un cuarto punto, no menos importante, tiene que ver con la posibilidad de aplicar la pena a perpetuidad prevista en el ECPI en el orden interno costarricense.

Finalmente, un quinto aspecto tiene que ver con la asistencia judicial internacional.

Si bien esos cinco puntos no pretenden agotar la jurisprudencia sobre el tema, al menos brindan un vistazo respecto de cómo los tribunales costarricenses receptan el DPI.

De antemano debe advertirse, eso sí, que esas líneas jurisprudenciales derivan en su mayoría de la consulta previa de constitucionalidad de la Ley de Aprobación del ECPI, por lo que su cita resulta obligada. Obviarla implicaría desconocer uno de los más importantes precedentes que se refieren al tema aquí tratado. Aun así, no es el único; como se verá, existen otros de igual importancia que ayudan a describir cuál es el tratamiento jurisprudencial costarricense sobre el tema del derecho penal internacional.

2. Aplicación de los tratados internacionales

Varios parámetros han sido fijados por la jurisprudencia nacional con relación a esta materia. Sin embargo, resulta significativo traer a colación al menos cuatro precedentes jurisprudenciales que sientan las bases de la integración de la normativa internacional frente al ordenamiento interno.

Un primer precedente es el que se deriva de lo resuelto por la Sala Constitucional en los votos 135-89, 282-90, 764-90, 807-90, 3724-93 y 829-94 8, en el sentido de que los instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica son directamente aplicables en lo interno. Esto implica que el operador no requiere de una normativa posterior que desarrolle dichos instrumentos y que de antemano, ante la

existencia de una antinomia entre alguna disposición de tales instrumentos internacionales y la normativa ordinaria en el ámbito interno, prevalece aquélla.

Ahora bien, no solamente debe quedar clara la aplicación directa de los tratados internacionales en Costa Rica, sino también su jerarquía en el orden interno. El numeral 7 constitucional así lo dispone expresamente⁴ y así también lo ha reiterado la jurisprudencia.⁵ No obstante, esta previsión general para cualquier tratado debidamente ratificado en Costa Rica encuentra dos excepciones: los instrumentos de derechos humanos⁶ y el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.⁷

Hasta la fecha nunca la jurisprudencia constitucional ha fijado una posición clara y contundente en el sentido de que el ECPI o alguna de sus disposiciones se encuadren en la clasificación de un instrumento internacional de derechos humanos y, en consecuencia, se extraña un examen acerca de si en realidad en aquél se otorgan

⁴ Artículo 7.º: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

⁵ Así el voto 0588-94 dictado por la Sala Constitucional, 2001-0184 de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia y votos 2002-053, 2004-01002 del Tribunal de Casación Penal, entre otros.

⁶ En reiterados votos la Sala Constitucional ha interpretado (de la relación de los artículos 7 y 48 de la Constitución Política), que: “Los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas *privan por sobre la Constitución*” (el resalte no es del original). A partir de dicha previsión es posible afirmar que se ha optado por deslindar el ámbito de incorporación del derecho internacional en el derecho interno utilizando como baremo la delimitación de los derechos fundamentales garantizados en el orden estatal. Así las cosas, la recepción del derecho penal internacional se constriñe al hecho de que limite o afecte derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Al contrario, el margen de apreciación estatal frente al derecho penal internacional o al derecho internacional de los derechos humanos se debe buscar en el desarrollo de derechos fundamentales. Esta posición receptada por la jurisprudencia constitucional nacional es acorde con la opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede precisamente en San José de Costa Rica. Aparte de la evidente trascendencia que esta posición tiene con respecto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en general, debemos hacer énfasis en que los tratados que conforman dicha área específica, que han sido ratificados debidamente por Costa Rica y que a su vez contienen previsiones en materia de derecho penal internacional podrán tener esa jerarquía o, en todo caso —y esto es válido para cualquier otro tipo de tratado—, prevalecen sobre la legislación ordinaria, entre la cual se encuentran el Código Penal, las leyes penales secundarias y el Código Procesal Penal. De esta forma debe quedar asentado y claro que esa posición jurisprudencial, que por lo demás es vinculante erga omnes, tiene clara incidencia para la interpretación y aplicación de la normativa que interese a nuestro ámbito de estudio. En todo caso deja sentado un claro compromiso del juez constitucional hacia la tutela, al menos formal, de los derechos humanos y la relevancia que desde el punto de vista jerárquico se le concede.

⁷ El papel que ha de desempeñar el Estatuto de Roma dentro del ordenamiento jurídico-penal de Costa Rica está por definirse. Por el momento ha propiciado una resolución de la Sala Constitucional y una reforma de ley sustantiva que tiende a adaptar el ordenamiento jurídico penal nacional, aunque en la práctica debe analizarse su verdadera incidencia.

Tal tratado fue firmado por Costa Rica el 7 de octubre de 1998; la Sala Constitucional votó acerca de su constitucionalidad en consulta preceptiva de constitucionalidad del proyecto de aprobación del tratado en resolución de 14.56 horas de 1 de noviembre de 2000 (voto 2000-09685); fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 7 de febrero de 2001 (ley 8083) y ratificado el 7 de junio de 2001.

Se cuestiona si el ECPI entra en los casos en que, según lo ha resuelto la Sala Constitucional, tiene una jerarquía igual o mayor incluso, a la misma Constitución Política. En el tanto el supuesto por el cual un instrumento podría llegar a tener tales efectos se reduce a aquellos que conforman el derecho internacional de los derechos humanos.

mayores derechos o garantías que los que garantiza la Constitución costarricense. Pareciera que ello es una tarea pendiente que queda para el juez o para la academia,⁸ lo que no obsta para que en algún caso concreto en el futuro la misma Sala Constitucional pueda dilucidar el punto.

No se trata de un punto baladí, ya que adoptar una u otra posición implicaría que el ECPI tenga o no un valor supraconstitucional, constitucional o superior a la ley e inferior a la Carta Magna. Aún así en el voto 2000-09685 la Sala Constitucional parece sugerir que el ECPI podría llegar a tener un valor por sobre la Constitución o a la par de ésta.

En todo caso, e independientemente de cómo se llegue a solventar el punto, el ECPI tiene en el ordenamiento costarricense una jerarquía indudablemente superior a la de la ley ordinaria, de conformidad con lo que dispone la Constitución Política (artículos 7 y 48). Esto significa que prevalece sobre la normativa penal (formal y material).

Por de pronto se puede afirmar que el valor constitucional o supraconstitucional del Estatuto es un punto que no ha sido abordado por la jurisprudencia constitucional y que tampoco ha sido analizado ampliamente por la doctrina.

3. Obligatoriedad de la persecución de los crímenes internacionales

Se deriva de la jurisprudencia existente en Costa Rica, principalmente desde la óptica constitucional, el hito que sienta la consulta preceptiva previa de constitucionalidad del proyecto de Ley de Aprobación de ECPI por la Sala Constitucional de Costa Rica. De hecho se traza una línea jurisprudencial importantísima que no deberán pasar por alto los operadores del sistema y en especial el legislador.

Tal órgano de control de constitucionalidad en la decisión ya referida hace referencia directa al tema de la obligatoriedad de la persecución de los crímenes internacionales. En dicho voto se indicó:

⁸ Un pequeño análisis con relación a Costa Rica se puede encontrar en Paul Hernández Balmaceda, 2003, 262; en un ámbito general: Ana Salado Osuna, 2000, 267-299 sostiene que el ECPI podría considerarse parcialmente un tratado de derechos humanos.

Estima la Sala que tanto la prevención como la persecución de tales delitos ha sido y es *un deber nacional* respecto del cual ha existido conciencia plena aun desde antes de la ratificación del Estatuto consultado.

Esta posición coincide con lo que dispone el numeral 1, párrafo 3, de la Carta de la ONU, lo que se ha plasmado en las Convenciones de Ginebra de 1949, en el protocolo adicional 1, en el preámbulo y en el artículo 5 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en variada jurisprudencia internacional, pasando por Núremberg o por el caso *Nicaragua vs. Estados Unidos* de la Corte Internacional de Justicia, entre muchos otros instrumentos internacionales y precedentes.⁹

En todo caso, la decisión adoptada por la Sala Constitucional costarricense va en línea directa con lo que ya de por sí establece el artículo 86 del ECPI, reafirmando así su vigencia en el plano interno, tanto respecto de su interpretación y aplicación en el ámbito judicial como del desarrollo legislativo posterior.

4. Complementariedad

A diferencia de la cuestión de la jerarquía del ECPI, la jurisprudencia constitucional costarricense sí ha adoptado una posición definida con respecto al tema de la complementariedad del Estatuto.

La Sala Constitucional, en la consulta preceptiva aludida,¹⁰ hace referencia a un tema hartamente conocido como lo es el principio de complementariedad. Se reitera claramente, y así se establece en el voto ya indicado, que el ECPI es un instrumento internacional que tiene por finalidad crear la Corte Penal Internacional, el cual será un órgano complementario a las jurisdicciones penales nacionales y no un sustituto de éstas.

⁹ Al respecto: Garzón Clariana, 1976, 67; Hernández Balmaceda, 2005, 153-154.

¹⁰ Voto 2000-09685.

En ese mismo precedente se establece que la persecución de estos delitos se haría por dos vías: una nacional, cuya competencia es propia de cada Estado, y otra internacional, cuya competencia corresponde a la Corte.

Asume la Sala Constitucional de Costa Rica como fundamentales para la eficacia del ECPI dos aspectos: la aplicación del principio de complementariedad y la obligación de perseguir los crímenes internacionales. Efectivamente ambos resultan de vital importancia para su puesta en vigencia, por lo que una apuesta clara a favor de ambos se fija un norte en la interpretación que de aquél puedan llevar a cabo tanto el legislador ordinario como los tribunales.

Tampoco se puede obviar el hecho de que las decisiones que adopta la Sala Constitucional son vinculantes *erga omnes* y su incumplimiento constituye un delito.¹¹

5. Entrega de nacionales

El voto 9685-00 dictado por la Sala Constitucional costarricense conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad dentro del proceso de aprobación previo del Estatuto de Roma.

En esa ocasión se hicieron cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de ciertas disposiciones del ECPI que suscitaron incluso votos de minoría o pautas para la interpretación del Estatuto. Al respecto debe resaltarse el tema de la entrega de nacionales a la CPI, por cuanto existe una norma constitucional, el artículo 32, que establece que “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar territorio nacional”. Se consideró que dicha previsión frente a las obligaciones contenidas en el ECPI, concretamente el numeral 89, no se contraponía directamente con la Constitución Política costarricense.

Para ello la Sala Constitucional hizo uso de un método de interpretación histórico-sistemático que parte de la motivación que tuvo el constituyente para establecer tal norma. Se la conceptuó como una garantía frente a un actuar arbitrario e ilegítimo del poder público que podría conducir a la expatriación, lo que —puede agregarse—

¹¹ Así lo establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional (n.º 7135)

en todo caso estaría en contradicción con lo dispuesto por los tratados suscritos por Costa Rica en materia de apatridia e incluso en materia de tortura, como un trato inhumano y degradante que implica la expulsión arbitraria de su propio país y el alejamiento de su familia, trabajo, bienes, etcétera.

Tal prohibición opera en materia de extradición; no obstante, ya enfrentada la posibilidad de entrega de un nacional a la CPI, el juez constitucional ha optado por una interpretación que así lo permita, considerando que tal garantía no es absoluta y que no podría apartarse de los derroteros que fija la misma Constitución, dirigidos hacia la tutela de los derechos fundamentales. Según lo estimó la mayoría de los jueces constitucionales, el impedimento de entrega de nacionales en modo alguno podría interpretarse como un obstáculo para la realización de otros fines, como los ya referidos, que fomenta y potencia la propia Constitución. Además, se consideró que el Estatuto, lejos de fomentar una disminución de tales garantías y derechos fundamentales, tiende a lo contrario.

Sin embargo, sobre este aspecto en particular al menos dos de los siete jueces que integran la Sala de lo Constitucional consideraron que la posibilidad de entrega de nacionales a la CPI violenta lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política, sin que se expongan más motivos que la simple antinomia y la referencia a tal prohibición (de expulsión de nacionales) como una garantía del Estado de derecho que no puede ser violentada por las obligaciones impuestas por el numeral 89 del ECPI.

Posteriormente, en el voto 2002-03309 se analizó de manera específica el tema de la extradición de nacionales, a raíz de lo que ya había considerado la Sala Constitucional, y al respecto se resolvió:

[...] es fundamental aclarar que la Constitución Política de nuestro país según el artículo 31, prescribe que ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional y si bien la Sala en sentencia n.º 685-00 estimó que no resulta inconstitucional el someter a un nacional a la jurisdicción de un Tribunal Penal Internacional lo es por consideraciones de naturaleza distinta a lo que implica someterlo a la jurisdicción de un tribunal nacional extranjero.

De esta forma parece reiterarse que no es lo mismo someter a un costarricense que se encuentra en Costa Rica al Tribunal Penal Internacional, integrando su jurisdicción a la propia, que además se sostiene complementaria, que hacer entrega de un

nacional a un tribunal nacional de otro país. Así se completa y aclara lo que ya se había planteado en el voto 9685-00 a propósito del examen de constitucionalidad del ECPI.

6 • Las inmunidades

En el voto 9685-00 la Sala Constitucional también hace referencia al tema de las inmunidades o los fueros de improcedibilidad existentes en el ordenamiento interno costarricense, que cubren a ciertos funcionarios públicos como el presidente de la República, a los diputados y a los magistrados de la Corte Suprema, entre otros, y que requieren de un procedimiento ante la Asamblea Legislativa para que la acción penal que se pretenda en su contra pueda proseguir.

El tema tampoco pasó inadvertido en este primer enfrentamiento del ECPI con la Constitución de Costa Rica. No puede obviarse que el numeral 27 del Estatuto de Roma preceptúa:

Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella [...].

Al respecto el tribunal constitucional de Costa Rica optó por una tesis que descarta la existencia de una antinomia, concretamente una inconstitucionalidad, con relación al tema de las inmunidades. Pese a ello, el análisis que se hace en el precedente aludido se queda bastante corto, ya que, si bien se citan normas que establecen cuál es el procedimiento cuando se persigue penalmente a miembros de los supremos poderes, en realidad lo que disponen tales normas es el procedimiento en lo interno.¹² Para la Sala Constitucional la existencia de un privilegio de este tipo en nada obsta para que se inicie un proceso en la CPI y que a la vez en el ámbito interno se pueda llevar a cabo un proceso de desafuero.

¹² Se hace referencia en el voto 2000-9685 de la Sala Constitucional de Costa Rica a otros precedentes con respecto del tema de las inmunidades o los fueros de improcedibilidad de los miembros de los supremos poderes: votos 428-93; 1072-93 y a lo que disponen, entre otros, los numerales 110 y 121 de la Carta Magna y en lo que prevé el numeral 336 del Código Penal.

Varios problemas pueden surgir; primeramente, cuando no se levante el fuero y en el seno de la Corte Penal Internacional exista un proceso abierto. Sobre ese punto no hay un pronunciamiento concreto de la Sala Constitucional; únicamente se indica que, como salvedad, no se podría condenar en ausencia del acusado, en el tanto eso violentaría garantías constitucionales reiteradas en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos —concretamente, la garantía del debido proceso—. Es éste el principal obstáculo, que no se soluciona y sobre el cual tampoco se brinda luz alguna, por lo que es posible hablar de un vacío legal.

Al igual que en el voto disidente, en relación con este tema debe señalarse que, como se mencionó en el proyecto de Ley de Aprobación del Estatuto,¹³ el artículo 3 dispone que lo preceptuado en el párrafo II del artículo 27 del ECPI no se interpretará en perjuicio de lo que dispone la Constitución Política de Costa Rica en los artículos 101, 110, 121 inciso 9 y 151, que son las reglas en materia de inmunidades.

Hecha esta salvedad en el proyecto de aprobación, el voto de minoría de la Sala Constitucional sostuvo que de esta forma se solventaría el problema que para algunos magistrados representa el artículo 27 del ECPI.

Esta posición no prevaleció a la hora de analizar la constitucionalidad del ECPI; aun así, la Ley de Aprobación del ECPI mantuvo esta limitación.¹⁴ Podríamos considerar, incluso, que esa solución fue poco consecuente con relación a la asumida por la Sala Constitucional en el voto de mayoría, tanto en cuanto a este tema en particular como respecto del fundamento para admitir la entrega de nacionales a la CPI.

Ello es así en tanto ese fuero no podría constituirse en un obstáculo y casi un escudo que impida la persecución de las graves violaciones a los derechos humanos. Si la garantía de no entrega de nacionales se encuentra limitada porque en una ponderación de intereses se apuesta claramente por la tutela de los derechos humanos, con mucha mayor razón deberían excluirse tales graves delincuencias del fuero de improcedibilidad que establece la propia Constitución Política nacional, en el tanto existe una jerarquía, un énfasis o un norte, fijado ya por el constituyente y reconocido y reafirmado por el juez constitucional, a favor de aquellos.

¹³ Ley 8083.

¹⁴ En la ley 8083 de aprobación del ECPI, artículo 3, se dispuso: “El Gobierno de la República de Costa Rica interpreta que lo preceptuado en el segundo párrafo del numeral 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no se aplicará en perjuicio de lo dispuesto en la Constitución Política, en los artículos 101, 110 y 151, así como en el inciso 9 de su artículo 121”. Esto es, las normas internas con respecto a inmunidades.

7 • Penas a perpetuidad

Otro aspecto que ameritó la atención de los magistrados constitucionales fue la posibilidad de aplicar penas perpetuas, como lo preceptúan los numerales 77 y 78 del ECPI.

El primer obstáculo constitucional al que se enfrentan tales previsiones es lo que dispone el artículo 40 de la Constitución Política de Costa Rica, que expresamente establece que nadie será sometido a esa clase de penas. Para la Sala Constitucional de Costa Rica es claro que, frente a esa antinomia, lo que salva la eventual inconstitucionalidad de tal previsión del Estatuto es lo que prevé el artículo 80 de ese mismo cuerpo normativo, en el sentido de que nada de lo dispuesto en la parte VII se podrá interpretar en perjuicio de la legislación interna de los Estados en materia de penas.

Es únicamente por esa vía que la Sala Constitucional de Costa Rica puede llegar a concluir que tal previsión (artículos 77 y 78 del Estatuto, que prevén la pena de prisión perpetua) no es inconstitucional. Ello tiene un efecto práctico que puso de manifiesto el voto minoritario, y es que no podría hacerse entrega a la ECPI del perseguido si no se brindan las garantías suficientes de que no se aplicará una pena de ese tipo, en tanto la Constitución Política costarricense lo prohíbe.

7 • Asistencia judicial internacional

Otra posición jurisprudencial que merece traerse a colación, también sentada por la Sala Constitucional costarricense, tiene que ver con lo previsto en el numeral 87.1.b del ECPI, e incluso las potestades que podrían tener funcionarios de la CPI en Costa Rica.

Se trata del voto 2004-2151, en que el tribunal constitucional costarricense retoma su línea jurisprudencial trazada en los votos 23-89, 30-89, 324-90 y 1652-90, 01662-90, 2000-7477, 2004-2151, en el sentido de que los actos que impongan limitaciones a la libertad, que allanen inmuebles privados o impongan impedi-

mentos de salida, entre otros similares, solamente pueden ser dictados por las autoridades jurisdiccionales (con las excepciones que la ley establece).

Tal principio se reitera a raíz del cuestionamiento sobre las potestades de los miembros de la Interpol en suelo nacional, y además se deja asentada la reserva de ley para tales potestades. Ello implica que, únicamente cuando exista una ley que específicamente así lo autorice, algún otro funcionario podría actuar en suelo nacional. En el caso de Costa Rica no pueden hacerlo los miembros de la Interpol, sino por intermedio de la Policía Nacional.

Puesto que Costa Rica no ha desarrollado ninguna normativa tendiente a establecer un proceso de cooperación con la CPI, y vistos los precedentes en el caso de la Interpol, las potestades de aquella en territorio nacional serían únicamente las que establezca el ECPI, que es un instrumento directamente aplicable en Costa Rica. Ello en todo caso limita en grado sumo lo que podrían hacer y deja en un limbo jurídico sus solicitudes y requerimientos, ante la inexistencia de un procedimiento legalmente establecido, como lo requiere el artículo 88 del ECPI.

9 • Conclusiones

Es posible concluir que la mayoría de los precedentes jurisprudenciales referidos al tema del derecho penal internacional se encuentran en la Sala Constitucional; no se halló ninguno de relevancia en la jurisprudencia penal ordinaria, sea de la Sala III de Casación Penal o del Tribunal de Casación Penal, excepto en el tema de la extradición, que no ha sido tratado en este caso en particular.

La consulta preceptiva de constitucionalidad de la Ley de Aprobación del ECPI fija la mayoría de las líneas jurisprudenciales en este tema, retoma algunas —como la jerarquía de los tratados internacionales— y plantea otras no resueltas, como la jerarquía que tiene el Estatuto de Roma en el orden interno. También se trazan otras líneas, especialmente en el ámbito de la entrega de nacionales, en las que claramente se abre la posibilidad de juzgar crímenes internacionales por un tribunal internacional, y existe otro precedente posterior que deja claro que únicamente en ese supuesto procede la entrega de nacionales.

Surgen asimismo otras líneas jurisprudenciales, referentes al fuero de improcedibilidad, frente a la posibilidad de persecución por crímenes internacionales, cuya decisión queda finalmente a criterio político. También se cuestiona la aplicación de las penas a perpetuidad en el ECPI y se fija un criterio claro respecto del principio de complementariedad.

Igualmente se cuenta con jurisprudencia que define la vinculación al principio de legalidad en cuanto a la asistencia judicial internacional.

1 • Introducción

Ecuador, como casi todos los demás países de América Latina, ha suscrito la gran mayoría de los tratados de derechos humanos, derecho internacional humanitario. De forma complementaria, y a diferencia de los demás países del continente, ha incorporado principios de derecho penal internacional en la Constitución Política de 1998.¹

En este sentido, el Estado ecuatoriano ha suscrito y ratificado² el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI),³ convirtiéndose además en uno de los primeros países en América Latina en adoptar un proyecto de implementación del tratado a finales de 2002, denominado proyecto de Ley sobre Crímenes contra la Humanidad.⁴ Esta propuesta no fue debatida en el Congreso y con el actual gobierno, que asumió en enero de 2007, no existe una posición que anticipe la adopción de una nueva iniciativa legislativa sobre la materia.

¹ Constitución Política de Ecuador, adoptada el 10 de agosto de 1998.

² Ecuador suscribió el tratado el 7 de octubre de 1998 y lo ratificó el 5 de febrero de 2002.

³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. UN DOC. A/CONF.183/9 (1998).

⁴ Proyecto de Ley sometido a consideración del Congreso por la Comisión de la Mujer del Congreso Nacional del Ecuador y por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

A pesar de los recientes avances legislativos,⁵ que incluyen un nuevo Código de Procedimientos Penales (2000), una nueva Ley de Extradición (2000) y un Plan Nacional de Derechos Humanos (1998), la inestabilidad política y la fragilidad de la rama judicial han sido factores determinantes que ha evitado que estas disposiciones sean desarrolladas por las instancias internas, especialmente por el Congreso. Adicionalmente, este panorama ha truncado la adopción de necesarias reformas tales como un nuevo Código Penal, un nuevo Código de la Policía Civil Nacional y un nuevo Código de Justicia Penal Militar, además del proyecto de implementación del Estatuto de Roma ya mencionado.⁶

Como antecedente, cabe resaltar que, tras una serie de disputas políticas a finales de 2004, el sistema judicial ecuatoriano fue desmantelado luego de que los magistrados del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte Suprema de Justicia fueran destituidos de sus cargos sin haberse seguido las formalidades constitucionales⁷ y en su lugar se nombrara a otros jueces que también fueron destituidos, en abril de 2005. Luego de una crisis social que llevó a la destitución del entonces presidente, Lucio Gutiérrez, se inició un proceso de recomposición de las altas cortes. Los nuevos magistrados del Tribunal Electoral fueron elegidos en mayo del 2005, los de la Corte Suprema de Justicia en noviembre de ese mismo año y los del Tribunal Constitucional en febrero del 2006.

2. Crímenes internacionales

La legislación penal ecuatoriana no refleja internamente los tratados internacionales que ha ratificado. Esto se manifiesta en la insuficiente tipificación de crímenes internacionales como genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

⁵ Véase Salvador Herencia Carrasco: "Informe nacional de Ecuador", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 259-286.

⁶ Véase Salvador Herencia Carrasco: "Informe nacional de Ecuador", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 237-294.

⁷ Véase Relator especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados: *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad*, Ginebra: 60.º período de sesiones, documento A/60/321 del 31 de agosto de 2005.

El genocidio no está tipificado en el ordenamiento jurídico penal pero se consagra la imprescriptibilidad de la acción y de la pena para este crimen en la Constitución. En lo que concierne a los crímenes de lesa humanidad, solamente la detención arbitraria y la tortura tienen cierto desarrollo normativo. El caso del asesinato y algunos crímenes de violencia sexual son especiales, puesto que fueron adoptados como delitos comunes, sin tomar como base los tratados internacionales sobre la materia ni mucho menos emplear el concepto de *sistemático* o *generalizado* propio de los crímenes de lesa humanidad bajo el Estatuto de Roma. Adicionalmente, algunos de los crímenes de guerra se encuentran en el Código Penal Militar de 1961,⁸ pero esto no cubre ni el artículo 8 del Estatuto ni el catálogo del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

El vacío existente entre la ratificación de tratados internacionales y las normas internas se ve reflejado en la falta de jurisprudencia nacional que analice o contemple instituciones de derecho penal internacional. Cabe destacar que, a diferencia de sus países limítrofes, Ecuador no tiene un historial de situaciones que ameriten la aplicación de normas nacionales o internacionales de derecho penal internacional, a pesar de las continuas tensiones políticas internas que han llevado a varios cambios de gobierno desde mediados de la década del noventa.

Lo anterior no implica que en Ecuador no se den algunas prácticas en las cuales la aplicación de instituciones de derecho penal internacional sería apropiada. Como se verá, son constantes las denuncias en torno a prácticas de tortura y demás tratos inhumanos y degradantes, especialmente por las fuerzas de seguridad del Estado. Sin embargo, estas situaciones no han sido dirimidas por las instancias nacionales, sino que la solución se ha dado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁹ así como por distintos órganos de las Naciones Unidas, tales como el antiguo Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura.

En este contexto, la única decisión que trata expresamente sobre derecho penal internacional se circunscribe al dictamen favorable que emitió el Tribunal Constitucional¹⁰ en torno a la conveniencia de la ratificación del Estatuto de Roma, solicitado

⁸ Véase Ramiro Ávila y José Valencia: *Ecuador y el derecho internacional humanitario. Estudio sobre la compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del DIH*, Quito: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006.

⁹ Véase Salvador Herencia Carrasco: "Informe nacional de Ecuador", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): o. cit., pp. 237-294.

¹⁰ Tribunal Constitucional: resolución n.º 038-2001-TC, dictamen del 22 de febrero de 2001.

por el Congreso Nacional. En la justicia ordinaria, incluyendo la Corte Suprema de Justicia, no existe jurisprudencia sobre crímenes de lesa humanidad o interpretación de los preceptos constitucionales en derecho penal internacional.

La única remisión que se tiene a una situación de tortura definida por un tribunal interno es el homicidio del señor Marcos Palma Mendoza, el cual fue conocido por el Tribunal Penal de Manabí el 19 de marzo de 2000.¹¹ En este caso, la víctima fue secuestrada y posteriormente asesinada por tres sujetos armados. A pesar de que se demostró la aplicación de torturas previas a la muerte del señor Palma, el Tribunal condenó a tres personas por *asesinato agravado*, según lo establecido por el artículo 450 del Código Penal y las causales de agravación punitiva establecidas en esa misma norma.

2.1. Tratamientos de casos de derechos humanos de Ecuador ante organismos internacionales

En esta sección se tomará en cuenta la solución a los casos de violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes internacionales en Ecuador, sea bajo el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho penal internacional. Tomando en cuenta el contexto descrito, esta solución no ha sido dada por los órganos jurisdiccionales nacionales, sino por instancias como la Comisión y la Corte Interamericana, el Comité contra la Tortura de la ONU o el Comité de Derechos Humanos.

Ninguno de estos casos puede considerarse como crimen de genocidio o de guerra, sino de lesa humanidad. Aun así, los delitos de lesa humanidad se circunscriben a situaciones esporádicas y aisladas, por fuera del umbral establecido por el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Lo anterior tiene como consecuencia que no se puede hacer referencia a una línea jurisprudencial propia o tratamiento nacional de instituciones como la imprescriptibilidad, la responsabilidad del jefe superior, los crímenes internacionales o mecanismos de cooperación judicial, a pesar de que existe el marco internacional y constitucional que puede ser aplicado por estos órganos.

¹¹ Tribunal Penal de Manabí, caso *Marcos Palma Mendoza*, sentencia del 19 de marzo de 2000.

2.1.1. Atentados contra la vida y actos de tortura

La figura del asesinato, bajo el derecho penal ordinario, es un homicidio y puede tener diversas circunstancias y modalidades. En el caso ecuatoriano, éste se encuentra tanto en el Código Penal (artículos 448-450) como en el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículos 226 a 228), criminalizando la violación de la protección constitucional al derecho a la vida consagrada en el artículo 23.1. A su vez, la tortura se encuentra regulada en el Código Penal (artículos 187, 205 y 206), mientras que en el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículo 29) esta es una circunstancia de agravación punitiva.

En este último punto, la Comisión Interamericana ha afirmado haber “recibido información acerca de muertes que se atribuyen a miembros de fuerzas de seguridad, de individuos que se encontraban bajo custodia oficial, y también acerca de casos en los que se alega abuso en el uso de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en las situaciones de protesta social. Así como también de muertes cometidas por bandas estilo paramilitar, y varias desapariciones”.¹² La mayor preocupación es un estancamiento o imposibilidad de las instancias nacionales para llevar a cabo investigaciones efectivas y que permitan sancionar a los responsables.

Como se estableció en la introducción de este trabajo, la ausencia de una violación masiva y sistemática de los derechos humanos en Ecuador no implica que no se hayan dado una serie de denuncias por prácticas de tortura a cargo de las fuerzas policiales.¹³ En el último informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se analizó detenidamente la situación general de los derechos humanos en Ecuador. En este caso, se ha constatado que las acusaciones contra Ecuador por hechos de torturas se dan con integrantes de comunidades indígenas, minorías sexuales y mujeres.

Sobre esta base, la Comisión publicó la recepción de “denuncias en las cuales se alega que se habrían ejercido malos tratos físicos, e incluso torturas por los agentes de la fuerza pública: [...] El propio Estado ha reconocido que en Ecuador aún se producen hechos de tortura. Por tanto, le corresponde al Estado a través de sus representantes asegurarse de que este tipo de situaciones sean canalizadas a través de los procesos investigativos y procesamiento correspondientes a fin de esclarecer quiénes

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual 2005. Informe sobre Ecuador*, Washington: Organización de Estados Americanos, 2006, § 179.

¹³ A modo de referencia, véase Amnistía Internacional: *Ecuador. Sin una justicia independiente e imparcial no existe Estado social de derecho*, documento AI: AMR 28/010/2003/s del 30 del octubre de 2003, <http://web.amnesty.org/library/index/eslamr280102003>. (30.1.2007).

son los responsables y de esta manera evitar la impunidad de estos hechos”.¹⁴ En el *Informe Anual 2006* no existe un análisis de la situación concreta del país, pero se reporta la solución amistosa de tres casos.¹⁵

En este sentido, el Comité contra la Tortura estableció:

Si bien la legislación interna del Estado Parte prohíbe la utilización de penas crueles, inhumanas o degradantes, el Comité constata su preocupación por que el Estado Parte no haya adecuado plenamente la definición del delito de tortura del Código Penal ecuatoriano a lo establecido por el artículo 1 y los requisitos del artículo 4 de la Convención.¹⁶

Así, en su Informe al Comité de la Tortura, el Estado ecuatoriano reconoce que se han dado casos de tortura, como prácticas esporádicas, y que se encuentra trabajando con los órganos internacionales para dar la mejor solución a los casos. En este sentido, presenta un cuadro con las denuncias que venía conociendo la Comisión Interamericana en el momento de presentar el informe periódico:¹⁷

Número	Caso	Artículo de la Convención	Estado actual del caso
11.444	Amparo Constante M.	5.8.25	Posible solución amistosa. CIDH
11.452	Francisco Llaguno Cobos	5	Posible solución amistosa. CIDH
11.443	Washington Ayora R.	5.8.25	En fiscalía
11.466	Manuel Lalvay Guaman	5.8.25	Sentencia-repetición
11.445	Angelo Ruales Paredes	5.8.25	Sentencia-repetición
11.478	Putumayo	5.7.8.25	Firmado acuerdo solución amistosa
	Marco Almeida Calispa	4.5.8 y 25	En fiscalía
11.439	Roberto Cañaverál	5	Corte-autocabeza
11.441	Rodrigo Muños y otros	5.8.21.7.25	En fiscalía
11.584	Carlos Juela Molina	5	Autocabeza de proceso
	José Patricio Reascos	1.5, 7, 8, 11, 24, 25	En fiscalía
11.991	Kelvin Vicente Torres	1,2,5,7,8,11,4,25	Autocabeza de proceso
11.427	Víctor Rosario Congo	1,4,5,25	Autocabeza de proceso

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: o. cit., § 183.

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual 2006*, Washington: Organización de Estados Americanos, 2007, www.oas.org (30.5.2007).

¹⁶ Comité contra la Tortura: *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura para el tercer informe periódico de Ecuador*, Ginebra: 35.º período de sesiones (7 al 25 de noviembre de 2005), documento CAT/C/ECU/CO/3 del 8 de febrero de 2006, § 14.

¹⁷ Véase *Informe periódico de Ecuador al Comité contra la Tortura*, Ginebra: Documento CAT/C/39/Add.6 del 23 de junio de 2004, § 36.

Como recomendación, se indicó que el Estado debería:

[...] adoptar las medidas necesarias para asegurar que todos los actos de tortura aludidos en los artículos 1 y 4 de la Convención sean considerados delitos en su legislación penal interna y que se apliquen penas apropiadas en cada caso teniendo presente el grave carácter de dichos delitos. Asimismo, el Comité recomienda la aprobación del proyecto de ley de delitos de lesa humanidad que se enmarca dentro del proceso de implementación del Estatuto de Roma incluyendo el delito de tortura.¹⁸

Entre las preocupaciones del Comité contra la Tortura se destacan: a) los períodos de incomunicación a los cuales está sometido un considerable número de detenidos;¹⁹ b) la dificultad para que los detenidos tengan una defensa legal y acceso a asesoría jurídica,²⁰ y c) las medidas adoptadas en determinados centros donde se deniega la visita de un médico independiente.²¹

Sobre esa base, la conclusión general es:

[El Estado] debe garantizar la puesta en práctica de salvaguardias legales fundamentales aplicables a las personas detenidas por la policía, garantizando su derecho a informar a un familiar, el derecho a consultar a un abogado y a un médico de su elección, y a obtener información sobre sus derechos y, en el caso de los menores, la presencia de sus representantes legales durante los interrogatorios.²²

El caso *Daniel Tibi*, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido el más relevante que se ha conocido sobre actos de tortura en Ecuador.²³ Debido a supuestas actividades de narcotráfico, Tibi fue detenido por las fuerzas policiales y arrestado sin el cumplimiento de las mínimas garantías judiciales. La Corte, condenó al Estado por violar el derecho a la integridad y libertad personal, entre otros derechos. Sobre este punto, se determinó que los agentes del Estado habían torturado al peticionario al golpearlo, quemarlo y asfixiarlo con el fin de obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico, de lo cual posteriormente fue absuelto.

¹⁸ Comité contra la Tortura: o. cit., § 14.

¹⁹ Comité contra la Tortura: o. cit., § 21.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Comité contra la Tortura: o. cit., § 21.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Daniel Tibi*, sentencia de fondo del 07 de setiembre de 2004, serie C, n.º 114.

2.2. Desaparición forzada

El principal tratado internacional que regula esta figura es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.²⁴ Los Estados partes en dicha convención se obligan a sancionar en el ámbito de su jurisdicción interna a los autores del crimen de desaparición forzada. Sin embargo, Ecuador no ha ratificado este tratado y tampoco ha incorporado en su ordenamiento jurídico esa figura penal.

Lo anterior resulta particularmente grave puesto que en el sistema interamericano se han dado denuncias “en torno a presuntas desapariciones forzadas²⁵ cometidas por agentes de la fuerza pública, y el hecho de no contar con la tipificación penal correspondiente dificulta, aunque no imposibilita, su procesamiento dentro de las instancias judiciales internas”.²⁶

3. Aplicación de principios de derecho penal internacional

Ecuador es el único país de la región andina que en su Constitución Política contempla explícitamente figuras como la imprescriptibilidad y la nulidad de amnistías para crímenes internacionales como el genocidio y algunos de lesa humanidad, consagradas en el artículo 23.2.²⁷ Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional solamente ha hecho referencia a la figura de la imprescriptibilidad con respecto al plazo que se tiene para entablar una acción de inconstitucionalidad de una norma, figura propia del derecho constitucional.

²⁴ Único instrumento de carácter vinculante que regula este tema en el ámbito americano, adoptado en Belém do Pará el 9 de junio de 1994. Entró en vigor el 29 de marzo de 1996.

²⁵ Véase Amnistía Internacional: Ecuador. *Promesas incumplidas. Continúa la impunidad en el fuero policial*, Documento n.º AMR 28/018/2004 del 18 de noviembre de 2004, <<http://web.amnesty.org/library/index/eslamr280182004>> (30.1.2007).

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: o. cit., § 182.

²⁷ Artículo 23, numeral 2 de la Constitución consagra lo siguiente: “La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano.

“El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad.

“Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad”.

Lo anterior llama la atención, puesto que el artículo 18 de la Constitución²⁸ establece la prioridad de los tratados internacionales sobre la ley, su aplicación directa y el rango constitucional de los tratados de derechos humanos. Para la doctrina nacional, el Estatuto de Roma cumple este requisito.²⁹ Según este concepto, y a pesar de no ser un tratado constitutivo de derechos, el Estatuto podría servir de regla para conocer y fallar en torno a materias de violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, lo anterior no excluye, sino que más bien se requeriría la adopción de normas específicas de implementación.

De esta forma:

La falta de adecuación legislativa origina serias lagunas normativas, en especial atinentes, por ejemplo, a la tipificación de delitos e imposición de sanciones. Por ello la citada disposición del artículo 18 no exime al Estado ecuatoriano de su obligación, a la luz del Derecho Internacional, de armonizar su ordenamiento interno con las normas de DIH respecto de las cuales se encuentra comprometido por su propio consentimiento. Por el contrario, las lagunas antes mencionadas urgen al Estado ecuatoriano a que lleve adelante una actualización normativa que ponga a la legislación nacional en consonancia con las disposiciones del DIH y posibilite su efectiva vigencia en el país.³⁰

En el caso ecuatoriano, la sentencia del Tribunal Constitucional referida anteriormente contempla un somero análisis de algunas instituciones del Estatuto de Roma, tales como: a) la competencia de la CPI; b) los principios generales de derecho penal; c) el principio del *non bis in idem*; d) las cuestiones relativas a las penas; e) aspectos concernientes a la extradición, y f) las investigaciones de la CPI en el territorio del Estado.³¹ En este fallo, el Tribunal reconoce como exequible el sistema adoptado por el Estatuto de Roma, tomando como fundamento el carácter complementario de su competencia frente a la jurisdicción nacional.

²⁸ Artículo 18: "Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

"En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

"No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

"Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales".

²⁹ María Judith Salgado: *Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional*, en *Revista Aportes Andinos*, enero 2002, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

³⁰ Ramiro Ávila y José Valencia: o. cit., p. 36.

³¹ Tribunal Constitucional. o. cit.

4. Otras problemáticas del derecho penal internacional

4.1. Fuero militar y fuero común para violaciones a los derechos humanos

El artículo 187 de la Constitución establece que “los miembros de la fuerza pública estarán sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores profesionales. En caso de infracciones comunes, estarán sujetos a la justicia ordinaria”.³² Por lo tanto, la jurisdicción militar se circunscribe a los delitos de función. Sin embargo, y a pesar del carácter progresista de la Carta de 1998 en materia de garantías fundamentales, este límite no estaba claramente establecido por la ley.

Este aspecto fue resaltado por la Comisión Interamericana, la cual estableció:

El sistema judicial ecuatoriano permite la competencia de fueros especiales, tales como el policial y el militar, aun en casos en los que se denuncian potenciales violaciones a los derechos humanos.

De esta manera:

La principal observación gira en torno a información recibida por la Comisión, en el sentido de que en estas jurisdicciones: a) no se efectúan las investigaciones necesarias para esclarecer las circunstancias en que ocurrieron estas muertes; b) los procesos judiciales no se inician o quedan suspendidos por espacios largos de tiempo; c) los imputados se han dado a la fuga en extrañas condiciones; d) se dictan sobreseimientos de los responsables sin contar el respaldo jurídico suficiente. A estos puntos se suma el hecho de que la legislación actual no comprende la participación de la parte civil en estos procesos. Cabe resaltar a este respecto que la Comisión Interamericana es de la opinión que las jurisdicciones especiales, como la militar o la policial, no son medios adecuados para determinar reparaciones cuando hay violaciones a los derechos humanos en el ámbito interno.³³

³² Véase artículo 187 de la Constitución Política de Ecuador.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: o. cit., § 192.

Tomando en cuenta que este informe es del 2005, llama la atención que hasta esa fecha persistiera tal conflicto de competencias, puesto que en el 2003 el Tribunal Constitucional formuló un fallo en la cual precisó el alcance de la jurisdicción militar. Este caso se suscitó en un conflicto de competencia entre la Corte Suprema y la Corte de Justicia Militar debido a un posible peculado en la compra de helicópteros por la Armada. El Tribunal estableció como fuero competente la justicia ordinaria, tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el artículo 8 de la Convención Americana para los Derechos Humanos.

De esta forma, al examinar el referido artículo 187 “en concordancia con la consagración de las garantías judiciales del debido proceso que contiene la misma Constitución ecuatoriana, [...] y con las reconocidas en los instrumentos internacionales vigentes en materia de derechos humanos, de obligatoria aplicación por el Ecuador”,³⁴ determinó que “en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos comunes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza Pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria”.³⁵

A pesar de que esta decisión se circunscribía a casos de corrupción, el razonamiento es igualmente válido para la comisión de crímenes internacionales. El problema en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es que crímenes de lesa humanidad como el asesinato y la tortura están codificados tanto en el Código Penal como en el Código Penal de la Policía Civil Nacional.³⁶ La figura de la privación arbitraria de la libertad solamente está penada en el Código Penal de la Policía Civil Nacional. A su vez, la tipificación de crímenes de guerra está en el Código de Justicia Militar. Por lo tanto, a la dificultad para acceder a la justicia en este tipo de situaciones, un conflicto de competencia entre fueros contribuye a una lentitud en el manejo de los pocos casos que los tribunales nacionales puedan llegar a conocer.

4.2. Extradición y deportación

La figura de la extradición en Ecuador está regulada en la Ley de Extradición, del 18 de agosto de 2000, que es un complemento al nuevo Código de Procedimiento Penal,

³⁴ Tribunal Constitucional, resolución n.º 002-2002-CC, decisión del 12 de febrero de 2003.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Véase Salvador Herencia Carrasco: “Informe nacional de Ecuador”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *o. cit.*, pp. 247-260.

también adoptado en ese año. Esta legislación establece el marco general de aplicación, sirviendo como complemento a los convenios internacionales que Ecuador ha adoptado sobre la materia. En los últimos años se han dado solicitudes de extradición de Ecuador a Costa Rica, España y especialmente a Estados Unidos. Todos estos casos han sido por peticiones de banqueros y ex funcionarios ecuatorianos que estaban siendo requeridos por su país por peculado financiero, delitos económicos y demás actos de corrupción.³⁷ Excepcionalmente se han dado algunos casos que tratan sobre homicidios y casos de deportación a Colombia de guerrilleros colombianos.

El principio rector de la extradición se basa en el artículo 25 de la Constitución, el cual prohíbe la extradición de nacionales. Éste fue un elemento de análisis por el Tribunal Constitucional previo a la ratificación del Estatuto de Roma, considerando que este tratado se ajustaba a la Carta puesto que la extradición y la detención y entrega de personas a la CPI obedecían a conceptos distintos.

Con relación a casos de derechos humanos o que tengan incidencia en el derecho penal internacional, no hay antecedentes jurídicos. En febrero del 2007, la ministra de Relaciones Exteriores de Ecuador expresó la voluntad de su gobierno de solicitar al gobierno estadounidense la extradición del señor Christian Ponce, presunto responsable del asesinato de un diputado en 1999.

A pesar de que no fue un proceso de extradición, un caso que trató sobre derechos humanos fue la detención y deportación, en enero de 2004, del más alto oficial de las FARC que haya sido capturado hasta la fecha en Ecuador. Se trata de Ricardo Palmera, alias *Simón Trinidad*, quien fue detenido en Quito y deportado a Colombia. Este caso suscitó una serie de cuestionamientos sobre la participación encubierta de agentes colombianos y de la CIA, que obligaron al gobierno ecuatoriano a establecer que había sido un operativo de la Policía Nacional. El caso de Simón Trinidad es importante puesto que era procesado por delitos de narcotráfico y también por violación a los derechos humanos en Colombia.

Luego de que fuera deportado a su país natal, Estados Unidos solicitó su extradición por cargos de narcotráfico y lavado de activos, entre otros. Finalmente fue extraditado en noviembre del 2004 y actualmente está siendo procesado en ese país. Lo interesante de este caso es que aquí prevaleció el delito de narcotráfico frente a

³⁷ Como referencia, cabe destacar los casos de Luis Edmundo Peñaranda, ex ministro de Gobierno (2001); Alejandro Peñafiel, banquero (2001), Jorge Enrique Morán, ex viceministro de Economía (2004); Nicolás Landes, banquero (2006), entre otros.

otros cargos como el secuestro extorsivo y el asesinato de personas, que incluían la muerte de una ministra de Estado.

Luego de este caso, varios miembros de las FARC, junto con integrantes de grupos paramilitares, también han sido extraditados a Estados Unidos según la misma regla: entre juzgar a una persona por violación grave a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario internamente, o juzgarla fuera del país por cargos de narcotráfico, se opta por lo último.

5. Implementación del Estatuto de Roma

No existe jurisprudencia sobre la materia.

6. Conclusiones

Lo que se puede observar en el caso ecuatoriano es la ausencia de una jurisprudencia en derecho penal internacional. De la misma forma, lo que se debe resaltar es la existencia de mecanismos jurídicos internos para la aplicación e interpretación de tratados internacionales y figuras de derecho penal internacional, de una forma similar a los casos de Argentina, Colombia y Perú, por nombrar algunos ejemplos de la región contenidos en la presente publicación.

Un elemento adicional que debe ser tomado en cuenta es que la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana viene aplicando figuras de derecho penal internacional tales como la irretroactividad, la cooperación judicial entre Estados y la nulidad de amnistías ante crímenes internacionales, así como límites al *non bis in idem* y a la irretroactividad de la ley penal. Salvo en el caso de este último, los demás son principios claramente aplicables al Estatuto de Roma. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha hecho referencia a sus instituciones, ni como *obiter dictum*. Se espera que progresivamente esta situación vaya cambiando y que el Estatuto también se contemple como un elemento de juicio adicional.

En el caso ecuatoriano, se espera que la normalización en la operatividad de las altas cortes del país permita una aplicación más activa de la Constitución y los tratados internacionales para los casos que versen sobre derecho penal internacional, incluyendo el Estatuto de Roma.

Bibliografía

Doctrina

AMBOS, Kai, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.

AMBOS, Kai, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.

AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Ecuador. Promesas incumplidas. Continúa la impunidad en el fuero policial*, documento n.º AMR 28/018/2004, 18 de noviembre de 2004, <<http://web.amnesty.org/library/index/eslamr280182004>> (30.1.2007).

AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Ecuador. Sin una justicia independiente e imparcial no existe Estado social de derecho*, documento AI: AMR 28/010/2003/s, 30 del octubre de 2003, <<http://web.amnesty.org/library/index/eslamr280102003>> (30.1.2007).

ÁVILA, Ramiro, y José VALENCIA: *Ecuador y el derecho internacional humanitario. Estudio sobre la compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del DIH*, Quito: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006.

SALGADO, María Judith: "Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional", en *Aportes Andinos*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, enero 2002.

Documentos de organismos internacionales

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe anual 2005. Informe sobre Ecuador*, Washington: Organización de Estados Americanos, 2006.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA: *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura para el Tercer Informe periódico de Ecuador*, Ginebra, 35.º período de sesiones (7 al 25 de noviembre de 2005), documento CAT/C/ECU/CO/3, 8 de febrero de 2006.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Observaciones finales al Cuarto Informe Temático de Ecuador*. Ginebra, 1673.º y 1674 período de sesiones, CCPR/C/79/Add.92, 18 de agosto de 1998.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA: *Informe periódico de Ecuador al Comité Contra La Tortura*. Ginebra, documento CAT/C/39/Add.6, 23 de junio de 2004.

RELATOR ESPECIAL SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LOS MAGISTRADOS Y ABOGADOS: *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la independencia del Poder Judicial, la administración de justicia, la impunidad*, Ginebra, 60.º período de sesiones, documento A/60/321, del 31 de agosto de 2005.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Daniel Tibi*, sentencia del 7 de setiembre de 2004, serie C, n.º 114.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Resolución n.º 002-2002-CC*, decisión del 12 de febrero de 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Resolución n.º 038-2001-TC*, dictamen del 22 de febrero de 2001.

TRIBUNAL PENAL DE MANABÍ: *Caso Marcos Palma Mendoza*, sentencia del 19 de marzo de 2000.

Tratados y legislación nacional

Constitución Política de Ecuador, adoptada el 10 de agosto de 1998.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN DOC. A/CONF.183/9 (1998).

Proyecto de Ley sometido a consideración del Congreso por la Comisión de la Mujer del Congreso Nacional del Ecuador y por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

EL SALVADOR

Jaime Martínez Ventura

En El Salvador no existe jurisprudencia relacionada con los crímenes de persecución internacional, ni sobre otros aspectos del derecho penal internacional. Esta falta de jurisprudencia no es porque en el país no se hayan perpetrado crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad e incluso algunas acciones propias o asimilables al genocidio. Todo lo contrario: durante el conflicto armado que se libró entre 1981 y 1992 se cometieron miles de violaciones sistemáticas a los derechos humanos que configuran ese tipo de delitos. Al respecto, el informe de la Comisión de la Verdad, que fue dado a conocer públicamente el 15 de marzo de 1993, revela que dicha entidad recibió e investigó 22 000 denuncias de violaciones a los derechos humanos ocurridas entre enero de 1980 y julio de 1991, de las cuales el 60% (13 200) corresponde a ejecuciones extrajudiciales, más del 25% (5 500) a desapariciones forzadas y más del 20% (4 400) incluyen denuncias de tortura. De ese total, el 60% de las denuncias fueron atribuidas a la Fuerza Armada, el 25% a los Cuerpos de Seguridad, el 10% a los escuadrones de la muerte y el 5% al Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN).¹

Existen razones históricas, sociales y políticas que explican la falta de persecución penal de esos crímenes y la consecuente inexistencia de jurisprudencia en materia de derecho penal internacional. Antes y durante el desarrollo del conflicto bélico, El Salvador carecía de la institucionalidad necesaria para la persecución de ese tipo de

¹ Véase Comisión de la Verdad: “De la locura a la esperanza. La guerra de doce años en El Salvador. Informe de la Comisión de la Verdad”, en *Revista ECA*, San Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, marzo 1993, n.º 533, año XLVIII. pp. 197 a 198

crímenes; el Estado constitucional de derecho era sólo una aspiración establecida en la Constitución de la República y el Poder Judicial carecía de la legitimidad, fortaleza e independencia necesarias para hacer valer dicha aspiración constitucional, ya que en la práctica predominaron regímenes autoritarios, como las dictaduras militares que se entronizaron entre 1932 y 1979, o gobiernos de transición limitados por la lucha contrainsurgente entre 1980 y 1992.

En ese largo período histórico, el sistema judicial en general se distinguió por una dualidad esencial: por un lado, fue eficaz para los sectores con poder social, político y económico, en la medida en que sirvió para mantener sus relaciones de dominio, garantizar su impunidad y reprimir a quienes atentaban contra el orden establecido o se salían de él. Por otra parte, fue totalmente ineficiente para resolver los problemas cotidianos de los ciudadanos en general y más aún para impartir justicia a favor de los sectores sociales desprotegidos frente a intereses de los sectores dominantes.

Un estudio realizado en 1990 puso de relieve que la administración de justicia tenía tres características esenciales: primero, *la impunidad de los poderosos*, por la falta de persecución de los crímenes cometidos por ellos y la ausencia de normas que tipificaran como delitos determinadas conductas que les eran propias, como las defraudaciones económicas, la evasión fiscal, la corrupción, los delitos contra el medio ambiente y los crímenes contra la humanidad.² Segundo, *la politización*, derivada de otros órganos de gobierno, de partidos políticos o sectores poderosos, en diversas formas: la manipulación del órgano judicial y los cuerpos de seguridad, la usurpación de sus funciones o su utilización en cuestiones partidistas, negando así la independencia del Poder Judicial y la imparcialidad de la policía. Tercero, *la corrupción*, consistente en actitudes activas o permisivas orientadas a retardar los procesos o agilizarlos, procurar medios de prueba falsos, alterar o destruir pruebas fidedignas, todo por motivos ilegítimos y con el fin de procurar la impunidad u otras ventajas de los corruptores con poder político y económico.³

Durante el conflicto armado, el ya escaso funcionamiento de las instituciones estatales prácticamente quedó sometido a las dinámicas de poder generadas por la confrontación bélica:

² Cf. Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña: *Problemática de la administración de justicia en El Salvador*, San Salvador, 1990, pp. 82-89.

³ *Ibidem*.

Cuanto más cruento se hacía y extendía ese conflicto, mayor el poder de la cúpula de la Fuerza Armada, así como de quienes comandaban a los grupos armados insurgentes. La resultante de ese círculo vicioso fue un Estado en el que ciertos y determinados elementos de la sociedad se encontraron inmunes a cualquier contención gubernamental o política y fraguaron así la más abyecta impunidad.⁴

En tales circunstancias, el sistema judicial no solamente agudizó las características de generar impunidad, corrupción y politización, sino que se convirtió en un factor que facilitó las graves violaciones a los derechos humanos, cometidas tanto por las instituciones oficiales o grupos civiles allegados al poder como por las fuerzas insurgentes:

Se debilitó el sistema judicial en la medida en que la intimidación lo apresó y se sentaron las bases para su corrupción; como este poder nunca había gozado de una verdadera independencia institucional de las ramas legislativa y ejecutiva, su ineficacia no hizo sino incrementarse hasta convertirse, por su inacción o actitud de lamentable supeditación, en factor coadyuvante de la tragedia que ha sufrido ese país.⁵

El conflicto armado concluyó con los Acuerdos de Paz suscritos el 16 de enero de 1992 en el Castillo de Chapultepec, México, y con ellos se abrió una nueva etapa de transformación institucional en El Salvador. Sin embargo, la impunidad del pasado reciente, lejos de ser superada, se vio consolidada mediante la Ley de Amnistía General decretada en 1993, la cual exonera de responsabilidad penal, de manera amplia, general y absoluta, a los perpetradores de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridos durante el conflicto.

Durante el período de paz que actualmente se vive en el país, algunas instituciones intentaron hacer prevalecer principios de la justicia penal internacional ante la Fiscalía General de la República y ante algunos tribunales de justicia, demandando el inicio o la continuación de investigaciones en casos de amplia trascendencia, como el asesinato de los sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana (UCA), pero dichas instituciones no iniciaron los procesos penales correspondientes alegando la existencia de la referida Ley de Amnistía o la prescripción de los delitos denunciados.

⁴ Véase Comisión de la Verdad: "De la locura a la esperanza. La guerra de doce años en El Salvador. Informe de la Comisión de la Verdad", *Revista ECA*, San Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, marzo 1993, n.º 533, año XLVIII, p. 312.

⁵ *Ibidem*, p. 111.

1 • Introducción

México ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) en octubre del año 2006, convirtiéndose en el Estado parte número 100, sin que se interpusiera declaración interpretativa alguna que afectara el contenido y fin del tratado. Por su parte, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), a través de su consultoría jurídica, elaboró un proyecto de LCCPI, que fue dada a conocer a la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de la CPI en febrero del año pasado. Todo esto con la intención de mostrar una actitud de transparencia y, al mismo tiempo, de hacer constar los esfuerzos del gobierno mexicano por cooperar en su momento con la CPI.¹

Este anteproyecto sufrió algunas modificaciones realizadas unilateralmente por la Consultoría Jurídica de la propia SRE: se agregó un artículo (6 *bis*) en el que se establece que, cuando se haga una solicitud de cooperación con la CPI al Estado

* La autora agradece la colaboración para la redacción de este informe al ministro Federico Lefranc, quien originalmente había redactado algunas cuestiones de especial relevancia sobre la Fiscalía Especial para Asuntos del Pasado creada por el Ejecutivo en el sexenio pasado. No obstante los contenidos específicos de este informe, su colaboración se integrará a informes futuros.

¹ Cabe mencionar que dicha actitud de transparencia fue más bien una formalidad, pues no fue sino hasta casi ocho meses después de que se presentó a través de diapositivas dicho proyecto de Ley de Cooperación ante la Coalición Mexicana, que se entregó un ejemplar por escrito. Asimismo, tal y como consta en el Informe México 2006, dicha voluntad de cooperación del Estado mexicano con la CPI puede ser cuestionada severamente, dados los contenidos y formulas de dicho proyecto de ley.

mexicano, ésta deberá ser tramitada en forma expedita y conforme los contenidos del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), y se dispone, además, que el Senado de la República se reunirá de forma secreta y dará su resolución respecto de la solicitud de cooperación en los siguientes siete días hábiles a la recepción.

Posteriormente dicho proyecto fue turnado a la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo. Todo esto ocurrió en el año 2006, justo antes de que concluyera la administración del ahora ex presidente Vicente Fox² y se iniciara la del actual presidente de la República, Felipe Calderón.

Cabe mencionar que, no obstante las afirmaciones de la Cancillería de que dicho anteproyecto de ley sería turnado por el Ejecutivo al Senado de la República para su discusión y aprobación antes del fin de su administración, esto no sucedió.

Por lo que hace a la nueva administración presidencial, cabe recordar —como fue expuesto en diferentes medios de comunicación nacionales e internacionales— que dicha transición de poderes fue afectada por las dudas sobre la legitimidad del proceso electoral. De tal manera, desde el comienzo de su administración, el 1.º de diciembre del 2006, el actual titular del Ejecutivo emprendió una serie de acciones encaminadas directamente a la búsqueda de dicha legitimidad a través de diferentes mecanismos. Por mencionar un ejemplo, piénsese en la llamada *guerra contra el narcotráfico*, que ha iniciado una especie de militarización del país.

Dado este panorama, no es de extrañar que el presidente Calderón no haya hecho una sola mención en su agenda política a las obligaciones contraídas por México respecto del ECPI, lo cual hace suponer que la implementación del ECPI en la legislación interna ha entrado en una nueva etapa de recesión, que en su caso deja abierta la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción complementaria de la CPI, al encontrarse el Estado mexicano en la imposibilidad material de juzgar crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Además, puede adelantarse que, en caso de concretarse esta situación —de jurisdicción complementaria—, difícilmente se conseguirá una cooperación del Estado mexicano con la CPI en los términos pactados por el propio ECPI.

Es necesario advertir que en el país no existen procedimientos de atribución de responsabilidad penal de crímenes internacionales concluidos, aun cuando existen

² La misma Coalición Mexicana de ONG para el establecimiento de la CPI ha solicitado al gobierno mexicano, la firma y ratificación del Acuerdo de Privilegios e Inmunidades, sin que hasta la presente fecha las autoridades correspondientes hayan realizado ningún pronunciamiento al respecto.

algunas demandas en contra de ex funcionarios públicos por la comisión de un genocidio —realizado en 1968—, único tipo penal competencia del derecho penal internacional (DPI) y de la CPI que está incluido en el Código Penal Federal (CPF).

De tal forma, en el presente informe se analizarán los pronunciamientos jurisprudenciales y algunas tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), relacionados con las llamadas *problemáticas clásicas del DPI*, aun cuando el contexto en que estas resoluciones fueron dadas no se relacione directamente con aquél.

Asimismo, la parte tercera y cuarta del informe se concentrará en la exposición y el análisis de dos asuntos emblemáticos en el tratamiento que las autoridades judiciales mexicanas realizan respecto de cuestiones relacionadas con el DPI. El primero es el intento fallido de buscar por la vía jurisdiccional un proceso de reconciliación y búsqueda de la verdad sobre los hechos acontecidos entre 1968 y 1971, comúnmente reconocidos como *la Matanza de Tlatelolco* y *el Halconazo*, en los que hubo desaparecidos, torturados y ejecuciones extrajudiciales. El segundo es el proceso de extradición llevado a cabo ante el pleno de la SCJN respecto de cinco ciudadanos vascos y un naturalizado mexicano, solicitados por la Audiencia Nacional española, por considerarlos responsables de ciertas actividades de financiamiento para la organización terrorista ETA.

2. Atribución de responsabilidad por comisión de crímenes internacionales y otras problemáticas del derecho penal internacional

Los delitos competencia de la CPI y tipificados en el ECPI, tales como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, no se encuentran regulados en la legislación penal interna, razón por la cual no existe ninguna tesis jurisprudencial al respecto. Por lo que hace al delito de genocidio, existe una única tesis jurisprudencial, surgida en el procedimiento de extradición de Ricardo Miguel Cavallo al reino de España, en la que prácticamente se transcriben las disposiciones conducentes de la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio y se hace referencia a

que en dicho tipo penal se protegen “grupos estables”, a las posibles formas de comisión y a la intención con que dicha acción debe ser realizada.³ En dicha tesis, la autoridad judicial señala primordialmente que no se trata de un delito político porque no atenta contra las estructuras del Estado ni se encuentra contemplado entre los delitos incluidos por el artículo 144 del CPF: rebelión, motín y conspiración para cometerlos.

De tal manera, puede afirmarse que la SCJN no se preocupó por otras cuestiones relacionadas con el genocidio, independientemente de que para su análisis tomó en consideración la definición incluida en el la Convención de 1948 y en el propio ECPI, pero no la descripción del artículo 149 *bis* del CPF. Es una cuestión sumamente relevante si se toma en consideración que tanto la Convención como el ECPI contemplan supuestos de hecho que no se encuentran descritos en el CPF, y que podrían provocar ciertos conflictos en el caso de que la CPI pretendiera ejercer su jurisdicción complementariamente, porque el país se encuentra materialmente impedido para llevarla a cabo.⁴

Ahora bien, por lo que hace a otros tipos penales, como el de tortura y muy especialmente la desaparición forzada de personas, considerados como crímenes internacionales pero no tipificados en la legislación penal ni en los tratados internacionales de los cuales México forma parte, en el marco exigido por el ECPI —sistemático o generalizado, para los crímenes de lesa humanidad o masivamente, para los crímenes de guerra—, la SCJN ha emitido algunas tesis jurisprudenciales en las que establece criterios para la prescripción del delito de desaparición forzada,⁵ o bien determina su naturaleza permanente o continua,⁶ o bien trata la cuestión de la prohibición de retroactividad consagrada en la CPEUM con relación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) y la declaración interpretativa que el gobierno mexicano realizó de dicho instrumento,⁷ y finalmente sobre la

³ “Genocidio. No es delito político”, amparo en revisión 140/2002, 10 de junio de 2003 (once votos; ponente: Humberto Román Piña Palacios), n.º de registro: IUS: 184,126, tesis: P.II/2003.

⁴ Sobre estas diferencias véase Patricia Neri: “México”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 403-445.

⁵ “Desaparición forzada de personas. El plazo para que opere su prescripción [no] inicia hasta que aparece la víctima o se establece su destino”, IUS 2006, n.º de registro: 180, 653, jurisprudencia, tesis: P/J 87/2004.

⁶ “Desaparición forzada de personas. Ese delito es de naturaleza permanente o continua”, IUS 2006, n.º de registro: 181, 147, jurisprudencia, tesis: P/J 48/2004.

⁷ “Desaparición forzada de personas a que se refiere la Convención Interamericana de Belém, Brasil, de nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro. La declaración interpretativa formulada por el Gobierno mexicano no viola el principio de

reserva formulada al artículo IX del instrumento internacional antes citado, con relación a la imposibilidad de que los miembros de instituciones militares puedan ser juzgados por tribunales ordinarios.⁸

Por lo que hace a la prescripción del delito de desaparición forzada de personas, la SCJN ha determinado que, tomando en consideración los artículos 102.IV y 7.º del CPF, los delitos permanentes o continuos son aquellos que se caracterizan por su consumación duradera y cuyo plazo para la prescripción, en consecuencia, comienza a partir de que cesa su consumación, esto es, cuando el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su destino. En este sentido, la SCJN parece indicar que la desaparición forzada de personas, es un tipo penal “imprescriptible” hasta tanto se determine el paradero de las víctimas. No obstante, una vez sucedido esto, los plazos para la prescripción seguirán las reglas normalmente reconocidas en el capítulo VI del CPF,⁹ pues, a diferencia de lo dispuesto por el nuevo Código Penal del Distrito Federal (CPDF), el CPF no reconoce la imprescriptibilidad de este delito.

Ahora bien, en lo que respecta al carácter de la desaparición forzada, la SCJN ha determinado que, conforme al artículo 7.º del CPF, éste es de naturaleza permanente o continua, ya que, si bien el ilícito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, y a ello sigue la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino. Dicha posición es acorde con lo que la doctrina sostiene sobre dicho delito.¹⁰

Por lo que hace a la prohibición de retroactividad y las disposiciones de la CIDFP y la declaración interpretativa realizada por el Estado mexicano a dicha Convención, la SCJN ha manifestado que con aquella se quiso significar que tales disposiciones no podrán aplicarse a las conductas constitutivas de ese ilícito cuya consumación

irretroactividad de la ley consagrado en el artículo 14 constitucional”, IUS 2006, n.º de registro: 181, 148, jurisprudencia, tesis: P/J 49/2004.

⁸ “Desaparición forzada de personas. La reserva expresa formulada por el Gobierno mexicano al artículo IX de la Convención Interamericana de Belém, Brasil, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de mayo de 2002, no causa afectación alguna al Distrito Federal”, IUS 2006, n.º de registro: 180, 652. Jurisprudencia, tesis: P/J 86/2004.

⁹ Artículos 100 a 115 del CPF. De tal manera que, si tomamos en consideración la pena máxima aplicable al delito de desaparición forzada, la acción penal prescribirá en 20 años, y la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena, más una cuarta parte más.

¹⁰ Véase Sonia Parayre: “La desaparición forzada de personas como violación continua de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr4.pdf; Ana Lucrecia Molina Theissen: “La desaparición forzada de personas en América Latina”, www.derechos.org/koaga/vii/molina.html.

hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, pues eso equivaldría a la aplicación retroactiva de la ley penal, que se encuentra prohibida por el artículo 14 de la CPEUM. Asimismo, manifestó que los delitos de desaparición forzada de personas que se perpetren cuando la CIDFP ya haya entrado en vigor serán sancionados conforme a las disposiciones de dicha convención. Dicha posición es acorde con la jurisprudencia de la SCJN en otros casos, en que únicamente permite la aplicación retroactiva de la ley penal *in bonam partem*,¹¹ pero nunca en perjuicio del reo, sin importar el contenido de tratados internacionales en los que se determina la imprescripción de ciertos delitos.

En mi opinión la posición de la SCJN es errónea, toda vez que dicha declaración interpretativa en el sentido de que la desaparición forzada se considerará imprescriptible a partir de la entrada en vigor de la Convención para México pone en evidencia la falta de compromiso o el desconocimiento de la propia SCJN respecto del derecho internacional. Independientemente de la entrada en vigor de la CIDFP, México se encuentra obligado respecto de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),¹² que en su artículo 15.2 establece que “nada se opondrá al juicio o la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Esto implica que los crímenes internacionales pueden ser tipificados en virtud de los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional, según los cuales, *la desaparición forzada es un crimen internacional desde antes de que lo considerara la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la propia CIDFP*, lo cual a su vez significa que, aun cuando la inclusión de este tipo penal sea reciente en la legislación mexicana, siempre se ha tenido la oportunidad de combatir la impunidad de los autores de estos delitos. La verdadera limitación al enjuiciamiento de los responsables es la ausencia de voluntad política.

¹¹ “Retroactividad de la legislación penal. En lo que favorezca al reo debe aplicarse”, IUS 2006, n.º de REGISTRO: 208, 995, tesis jurisprudencial: XXI.1.º J/17. “Retroactividad. Reformas al Código Penal Federal. Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de enero de 1994. Vigentes a partir del día primero de febrero del mismo año. Aplicación”. IUS 2006, n.º de registro: 209, 647, tesis jurisprudencial: XV.1.º J/5. “Retroactividad de la legislación penal. En lo que favorezca al reo debe aplicarse el decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal vigente a partir del primero de febrero de 1994”, IUS 2006, n.º de registro: 210, 739, tesis: v.2.º J/95.

¹² México ratificó este pacto el 23 de marzo de 1981; fue publicado en el DOF el 20 de mayo de 1981 y entró en vigor para el país el 23 de junio del mismo año. Véase Jesús Rodríguez y Rodríguez (comp.): *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, t. I, México: CNDH, 1998, p. 42.

Ahora bien, la cuestión más problemática entre las disposiciones de la CIDFP y el gobierno mexicano se concentra en la reserva que se formuló respecto del artículo IX de la Convención, en el que se dispone, en primer lugar, que las personas responsables de esos delitos sólo podrán ser juzgadas por tribunales del orden común, con exclusión de toda jurisdicción especial, en la que se incluye la militar, y, en segundo lugar, que los hechos constitutivos de desaparición forzada de personas no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.

La reserva realizada por el Estado mexicano señala:

[...] la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.¹³

Sin embargo, el hecho de que México haya considerado necesaria esta reserva para no vulnerar las disposiciones del artículo 13 de la CPEUM desvirtúa el contenido del artículo IX de la CIDFP, ya que éste pretende establecer una garantía para los ciudadanos, consistente en que no serán sometidos a la justicia militar, y *no establecer una garantía para los militares de ser excluidos de la jurisdicción civil*, particularmente cuando históricamente la jurisdicción militar ha favorecido la impunidad de los autores de estos delitos.

Cabe mencionar que, en razón de esta reserva a la CIDFP, el gobierno del Distrito Federal (DF) interpuso una controversia constitucional ante la SCJN, registrada con el n.º 33/2002. El fondo del asunto era que la reserva y la declaración interpretativa ya referidas provocaban un conflicto en la esfera de atribuciones del DF, ya que impedían perseguir y sancionar el delito de desaparición forzada contemplado en el artículo 281 *sexto* del CPDF, lo cual dejaba a las víctimas y a sus familiares en estado de indefensión.¹⁴

¹³ Véase www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html.

¹⁴ El Código Penal para el Distrito Federal, que contenía el delito de desaparición forzada de personas en su artículo 281 *sexto*, fue abrogado en noviembre del año 2002, fecha en la que entró en vigor el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual contempla la misma figura delictiva, pero ahora en el artículo 168.

Asimismo, demandó la inconstitucionalidad de la reserva al artículo IX de la CIDFP, con el argumento de que el fuero de guerra de los miembros de las fuerzas armadas sólo surte efectos para delitos contra la disciplina militar y, en consecuencia, los militares sí pueden ser juzgados por tribunales civiles cuando cometen delitos diversos a aquellos, como es el caso de la desaparición forzada de personas.¹⁵

La SCJN, al resolver dicha acción de inconstitucionalidad, tuvo una actuación en parte positiva y en parte negativa, esta última en dos diferentes aspectos. La actuación positiva radica en el establecimiento de la tesis jurisprudencial “Desaparición forzada de personas. Ese delito es de naturaleza permanente o continua”, la cual tiene efectos sobre los términos de la prescripción del delito, tesis que ya ha sido comentada en líneas precedentes. La actuación negativa, en un primer aspecto, consistió en el sobreseimiento de la controversia constitucional, por considerar que la reserva realizada a la CIDFP respecto de su artículo IX no afectaba jurídica ni legítimamente al gobierno del DF, en virtud de dos argumentos fundamentales: 1) que tomando en consideración la descripción típica del delito de desaparición forzada de personas del CPDF, el sujeto activo únicamente podía ser un servidor público del DF, y 2) que cuando el sujeto activo del delito sea un miembro de las fuerzas armadas, la competencia para conocer del delito, sea una desaparición forzada o cualquier otro, será competencia de los tribunales federales, esté o no en servicio el miembro de las fuerzas armadas.^{16 17}

En un segundo aspecto, la SCJN tuvo una actuación desafortunada. Al considerar que no había un interés legítimo del gobierno del DF para la controversia constitucional con relación a la reserva ya referida, determinó el sobreseimiento sin entrar en el estudio del fondo del asunto. Esto por considerar que no existía un principio de agravio que justificara la existencia de la controversia constitucional y, en consecuencia, que le permitiera al gobierno del DF demandar la invalidez de la disposición que en su caso vulneraba su esfera de atribuciones.

El artículo 168 determina que cometerá el delito de desaparición forzada “[...] el servidor público del Distrito Federal que con motivo de sus atribuciones, detenga y mantenga oculta a una o varias personas, o bien autorice, apoye o consiente que otros lo hagan sin reconocer la existencia de tal privación o niegue información sobre su paradero, impidiendo con ello el ejercicio de los recursos legales y las garantías procesales procedentes [...]”. Asimismo se entiende que realiza este delito “[...] el particular que por orden, autorización o con el apoyo de un servidor público participe en los actos descritos en el párrafo anterior [...]”. Este delito no se sujetará a las reglas de la prescripción, por lo que no prescribirá bajo los supuestos a que a ellas se refiere.

¹⁵ Véase www.consejeria.df.gob.mx/documentos/controversias/33_2002.html.

¹⁶ Véase la versión estenográfica del Pleno de la SCJN del día 29 de junio de 2004, www.scjn.gob.mx.

¹⁷ De dicha acción de inconstitucionalidad se estableció la tesis jurisprudencial “Desaparición forzada de personas. La reserva expresa formulada por el Gobierno mexicano al artículo IX de la Convención Interamericana de Belém, Brasil, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de mayo de 2002, no causa afectación alguna al Distrito Federal”, ya referida.

Esto implica que la SCJN prefirió guardar silencio sobre la posibilidad de que los miembros del Ejército fueran procesados por tribunales ordinarios cuando se los considerara responsables de la comisión del delito de desaparición forzada de personas y, sobre todo, evitó tomar posición sobre el hecho de que este delito nunca puede ser considerado como una actividad propia de la función militar.¹⁸

Esta actitud es muy lamentable si considera que la SCJN no ha tenido ningún pronunciamiento sobre los impedimentos materiales de la jurisdicción militar para conocer de este tipo de delitos. Ignora al parecer que los tribunales militares deben reservar su jurisdicción únicamente para los miembros de las fuerzas armadas cuando éstos hayan cometido delitos castrenses, por lo que las violaciones de los derechos fundamentales quedan excluidas de dicha jurisdicción. Ignora, asimismo, que la estructura jerárquica de las fuerzas armadas, basada en los principios de lealtad y subordinación, no permite que la función jurisdiccional sea realizada con independencia e imparcialidad, y menos en los casos de violaciones de derechos fundamentales.¹⁹

Pasando a otras cuestiones relacionadas con conceptos propios del DPI, trataremos ahora las instituciones de la amnistía y el indulto.

El indulto es una institución que se conserva como herencia de la monarquía absoluta, con distintas finalidades: el Estado puede querer compensar un excesivo rigor jurídico, o bien corregir defectos legislativos, o sentencias judiciales que quedaron obsoletas por una posterior modificación de la ley, así como obtener algún efecto político criminal.²⁰ Esta causa de extinción de la responsabilidad únicamente puede ser otorgada por el Ejecutivo Federal, en términos de lo que establece el artículo 89.XIV de la CPEUM, a los reos sentenciados por delitos federales o comunes.

En el CPF el indulto se encuentra regulado en los artículos 94, 95, 97 y 98 del CPF, junto con otras causas de extinción de la responsabilidad. En dichas disposiciones se establece que el indulto no podrá ser concedido sino de sanción impuesta por sentencia irrevocable, es decir, que no acepta ningún recurso y que únicamente se aceptará respecto de la pena ya impuesta, pero nunca de la acción penal.²¹

¹⁸ “Controversia constitucional. El sobreseimiento por falta de interés legítimo debe decretarse sin involucrar el estudio del fondo cuando es evidente la inviabilidad de la acción”, IUS 2006, n.º de registro: 181, 168, tesis: P/J 50/2004.

¹⁹ Véanse Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas involuntarias*. E/CN.4/1992/18, del 30 de diciembre de 1991; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas involuntarias*. E/CN.4/1996/38 del 15 de enero de 1996.

²⁰ Zulita Fellini Gandulfo: “Indulto”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México: IJ-UNAM, Porrúa, 1994, p. 1695.

²¹ “Indulto, petición de. La petición de indulto respecto de penas contra las cuales se haya interpuesto el recurso de amparo es causa de improcedencia de éste”, IUS 2006, n.º de registro: 390, 759, tesis: 890. “Indulto necesario y desistimiento de la acción penal. Diferencias”, IUS 2006, n.º de registro: 253, 063.

El indulto tiene alcances diversos; puede tratarse de un indulto total o parcial. En el primer caso, queda sin efecto la ejecución de toda la condena; en el segundo, únicamente una parte de ésta. El indulto se limita a ciertas condiciones, pues es necesario que el sentenciado refleje un alto grado de readaptación social y su liberación no represente un peligro para la sociedad. No obstante, no podrá otorgarse respecto de personas sentenciadas por traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación o algún delito internacional. En ningún caso extinguirá la obligación de reparar el daño.²²

El indulto no debe confundirse con otra figura jurídica denominada *reconocimiento de inocencia*, que debe ser tramitada ante la SCJN y se otorga en virtud de que las pruebas en que se fundó una sentencia para determinar la culpabilidad de un individuo fueron declaradas falsas con posterioridad.²³

La amnistía es considerada un acto del Poder Legislativo que ordena el olvido oficial de una o varias categorías de delitos, aboliendo los procesos que están en curso, o que habrán de iniciarse.²⁴ Según la CPEUM en su artículo 73.XXII, el Congreso de la Unión tiene la facultad de conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento corresponda a los tribunales de la federación. Conforme al CPF, la amnistía se caracteriza por extinguir la acción penal; puede otorgarse respecto de todo tipo de delitos, aunque con mayor frecuencia se considera aplicable para delitos políticos; incluye a todas las personas que se encuentren en la misma situación —determinada por la ley— y, al igual que el indulto, deja subsistir la reparación del daño a los afectados.²⁵

En México²⁶ se han dictado al menos tres leyes de amnistía: en 1976, en setiembre de 1978 y en enero de 1994.²⁷ La primera fue enviada al Congreso por el presidente Echeverría, que pretendía dejar sin efectos los procesos penales instaurados en contra de los presos del movimiento estudiantil de 1968, no obstante la gran mayoría ya había obtenido su libertad bajo protesta desde 1971. La segunda fue enviada al Congreso de la Unión por José López Portillo; se trató de una amnistía

²² “Indulto no extingue la obligación de reparar el daño (legislación del estado de Guanajuato)”, IUS 2006, n.º de registro: 803, 421, tesis aislada.

²³ “Indulto”, IUS 2006, n.º de registro: 261, 303, tesis aislada. “Indulto necesario”, IUS 2006, n.º de registro: 264, 165, tesis aislada.

²⁴ Monique Lions: “Amnistía”, *Diccionario Jurídico Mexicano*. op. cit., p. 152.

²⁵ Sobre este tema, la SCJN no ha emitido sino tesis aisladas, que no integran jurisprudencia, tal como las que a continuación se señalan: “Amnistía, naturaleza jurídica y efectos de la”, n.º de registro: 330, 276, tesis aislada; “Amnistía, ley de. Requisitos de procedibilidad para su aplicación”, n.º de registro: 245, 398, tesis aislada.

²⁶ *Guerra fría en México*, www.lahaine.org/internacional/guerra_fria.htm.

²⁷ Las dos últimas leyes de amnistía pueden consultarse en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/17.htm>.

general para presos políticos que pugnaban por un proceso de democratización del país, pero se limitó a los delitos que no lesionaran la vida o la integridad corporal, excluyendo el terrorismo y el secuestro. No obstante, nunca se les reconoció la calidad de presos políticos, pues en los documentos del caso aparece siempre que quienes se vieron beneficiados por dicha ley de amnistía habían cometido delitos del orden común con motivaciones políticas. La tercera ley, enviada al Congreso por Carlos Salinas de Gortari, se dio en medio del conflicto zapatista surgido en 1994; condicionaba sus efectos al hecho de que quienes se encontraran sustraídos a la acción de la justicia entregaran todo tipo de armas, explosivos o instrumentos involucrados en los hechos de violencia. No obstante, esta ley se aplicaría a partir de que la comisión integrada para la coordinación de su aplicación declarara la cesación definitiva de los actos de hostilidad, cuestión que nunca aconteció formalmente.

3 • Tratamiento del delito de terrorismo por la SCJN

El primer asunto se encuentra en el *caso Cavallo*, en el cual la SCJN se limitó a señalar que el delito de terrorismo no es un delito político, situación absolutamente necesaria por cuanto el Tratado de Extradición entre México y el Reino de España prohíbe la extradición por delitos que tengan ese carácter, así como el artículo 15 de la CPEUM.

No obstante, es pertinente comentar algunas cuestiones relacionadas con la reciente extradición de seis ciudadanos vascos a España, reclamada por la Audiencia Nacional a pedimento del Juzgado 5.º de Instrucción, a cargo del juez Baltasar Garzón.

Dicha resolución es sumamente importante porque, tomando en consideración algunos de los conceptos de violación que los ciudadanos vascos y un naturalizado mexicano hicieron valer, con la pretensión de impedir la extradición en el recurso de amparo en revisión ante la SCJN, puede concluirse que en casos de terrorismo —y de narcotráfico— algunos principios constitucionales y la propia jurisprudencia emitida por la SCJN pueden ser obviados, modificados o reinterpretados.

De tal forma, se abordaran sucintamente dos: 1) la detención ilegal de la que fueron objeto y 2) la modificación del Tratado de Extradición entre México y España,

lo que provoca su inconstitucionalidad. Ello con la intención de evidenciar el tratamiento que la SCJN realiza en casos paradigmáticos relacionados con el derecho penal internacional, aun cuando de dicha resolución no se desprenda ninguna tesis jurisprudencial propiamente dicha.

3.1. La detención

El caso de los ciudadanos vascos comienza con su detención, en diferentes ciudades de la República Mexicana, el 18 de julio del 2003. Fueron puestos a disposición del juez de distrito correspondiente el 19 de julio, a pesar de que la Ley de Extradición Internacional (LEI) señala que los detenidos en virtud de una petición de detención provisional con fines de extradición deben ser puestos inmediatamente a su disposición. En el oficio a través del cual la AFI informa de dicha detención se señala que la orden de aprehensión internacional tenía fecha 14 de julio del 2003, solicitada por el juez de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional Española, Baltasar Garzón. No obstante, con posterioridad pudo verificarse que la solicitud de detención provisional con fines de extradición no fue formulada hasta el día 24 de julio de ese año, lo cual implica que la detención se realizó cuando aún no se había solicitado de manera oficial la extradición de los ciudadanos vascos,²⁸ lo cual evidentemente violenta el orden constitucional establecido y convierte la detención en ilegal.

Ciertamente, las personas sujetas a la extradición pretendieron hacer valer dicha detención ilegal como un obstáculo a su extradición y, no obstante las decisiones anteriores de la SCJN sobre las diferentes fases del procedimiento de extradición, ésta decidió reinterpretar las disposiciones conducentes, provocando un estado de indefensión de los solicitados.

De tal forma, la SCJN sostuvo que la detención provisional es una medida precautoria que tiene por objeto evitar que la persona reclamada pueda sustraerse a la acción de la justicia y que es preclusiva, pues en términos del artículo 119, último párrafo, de la CPEUM no puede durar más de sesenta días naturales contados a partir de la fecha en que se haya cumplimentado, por lo que se extingue el derecho de realizar cualquier facultad procesal no ejercida en ese plazo. De tal forma, las violaciones realizadas en el momento de la detención provisional con fines de extradición

²⁸ Véase *La Jornada*, "Mintió Madrid en el caso de los seis vascos, revelan documentos", 20 de julio del 2004.

deben considerarse irreparablemente consumadas por virtud del cambio de situación jurídica, como lo establece la Ley de Amparo.²⁹

Todo lo anterior, evidentemente, violenta la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 de la CPEUM, como un punto medular del principio de seguridad jurídica, que implica precisamente que, antes de que ocurra un cambio de situación jurídica en virtud de un juicio, se debe respetar toda posibilidad de defensa. De tal modo, en el juicio de extradición seguido a los ciudadanos vascos se los privó de un derecho subjetivo público, en virtud de que se les negó la oportunidad de presentar oportunamente argumentos y documentos inherentes a su defensa, antes de que se realizara en su perjuicio el acto de autoridad que permitió su extradición a España.

3.2. La modificación del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre México y España

Los ciudadanos vascos y el naturalizado mexicano invocaron la inconstitucionalidad del protocolo que modificó el artículo 15 inciso *b*, por medio del cual se suprimió la frase “y de la que se desprenda la existencia del delito y los indicios racionales de su comisión por el reclamado”. Antes de la modificación del Tratado de Extradición referido, se exigía para la procedencia de la extradición un envío del Estado requirente:

[...] original o copia auténtica de sentencia condenatoria, orden de aprehensión, auto de prisión o cualquier otra resolución que tenga la misma fuerza de la legislación de la parte requirente y de la que se desprende la existencia del delito y los indicios racionales para su comisión [...].

La noción de inconstitucionalidad planteada se desprende de lo dispuesto por los artículos 15 y 1.º de la CPEUM, que consignan, respectivamente, la prohibición de celebrar tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías y los derechos establecidos por el mismo ordenamiento legal ya referido, así como también que en el

²⁹ El artículo 73, fracción X, primer párrafo, de la Ley de Amparo, establece:

“El juicio de amparo es improcedente: [...] X. Contra actos emanados de un procedimiento judicial, o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud de cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica”.

país todo individuo gozará de las garantías que la CPEUM otorga, las que no podrán ser restringidas sino en casos muy específicos.³⁰ Todo esto se relaciona a su vez con lo dispuesto por el artículo 16 de la CPEUM, que señala que en una orden de aprehensión deberán aportarse datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

En el engrose del asunto, la SCJN, a efectos de desvirtuar los argumentos de los quejosos, determinó que, si los dos Estados —es decir, México y España— habían determinado que no era necesaria la demostración de la existencia del delito y los indicios racionales de su comisión, entonces simplemente no era necesario demostrar esos extremos.

Por otro lado, argumentó que los artículos 14, 16 y 19 de la CPEUM regulaban el proceso penal al establecer las garantías de legalidad y de seguridad jurídica, que únicamente eran aplicables a la detención de las personas, a la averiguación previa y al propio procedimiento penal, cuya finalidad es determinar si existen hechos reconocidos como delitos, a efectos de imponer la pena correspondiente. Además, el Pleno de la SCJN consideró que exigir indicios de la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad conforme a la legislación interna equivaldría a pretender la extraterritorialidad de nuestro derecho interno. Asimismo, afirmó que la extradición como excepción a las disposiciones antes señaladas, que busca la entrega de una persona que en su país se encuentra inculpada, procesada o sentenciada, implica una institución jurídica regulada por otra disposición constitucional, el artículo 119, en el que se establece que para darle trámite se tomará en consideración lo pactado por la CPEUM, los tratados y las leyes correspondientes, y el auto del juez que mande cumplir la requisitoria justificará la detención hasta por 60 días.³¹

³⁰ El artículo 29 de la CPEUM señala que las garantías individuales podrán suspenderse por tiempo limitado, en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga en peligro a la sociedad.

³¹ Para justificar dicho posicionamiento, citó la siguiente tesis:

“Extradición. El tratado internacional de 21 de noviembre de 1978 celebrado por los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España y su protocolo modificatorio no violan los artículos 16 y 19 constitucionales. El artículo 15, inciso b), de los ordenamientos internacionales señalados, no viola los preceptos constitucionales indicados, al señalar que en el procedimiento de extradición instaurado entre México y España no es necesario demostrar la existencia del delito y los indicios racionales de su comisión por la persona reclamada, ya que dicho procedimiento de extradición se regula por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 119 constitucional, en el sentido de que las extradiciones a petición de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de la propia Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias, por lo que la obligación de verificar el acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un inculpado, sólo son exigibles para el libramiento de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, pero no para la extradición de una persona a requerimiento de Estado extranjero”. Amparo en revisión 140/2002. 10 de junio de 2003 (once votos). Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez.

Como puede observarse, en ambos casos se trata de tesis aisladas, que tuvieron una votación por unanimidad, con la única diferencia de que la tesis invocada por el Pleno de la SCJN data del año 2003, mientras que la invocada por los quejosos es de 1998.

De todo lo anterior puede desprenderse, en contra de la opinión de la SCJN, que la modificación del Tratado de Extradición entre el Reino de España y México causa evidentemente un acto de molestia a los ciudadanos vascos y al naturalizado mexicano, toda vez que reduce el ámbito de garantías de las cuales son titulares según los artículos 15 y 1.º de la propia CPEUM.

Los criterios de la SCJN en este caso responden a la naturaleza asignada a la extradición, que asumen como un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, que no se relaciona en absoluto con la materia penal, y de esa concepción tan arraigada de soberanía nacional. Es imposible compartir esa posición, dado que en un orden jurídico derivado de un Estado de derecho la privación de libertad —producto de una solicitud de detención provisional con fines de extradición— no puede decretarse por la autoridad judicial federal a través de una mera solicitud o petición derivada de un tratado de extradición.

Además, el artículo 119 de la CPEUM, que regula la extradición, establece una jerarquía de las leyes aplicables en el mismo procedimiento al señalar que se llevará a cabo en los términos de la propia Constitución, de los tratados internacionales suscritos al respecto —Tratado de Extradición entre México y España— y las leyes reglamentarias —LEI—. Y la CPEUM señala en sus artículos 16 y 19 que ninguna persona podrá recibir un acto de molestia sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, y asimismo que un auto de formal prisión —como el decretado a los quejosos— se justificará cuando existan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad. Ello se corresponde con lo dispuesto por el propio Tratado de Extradición entre México y España, en su artículo 15.b, cuando señala que el documento por el cual se pida la extradición debe tener la misma fuerza de la legislación de la parte requirente, y eso precisamente significa satisfacer los contenidos o extremos de los artículos constitucionales antes citados.

A manera de conclusión puede señalarse que, en el caso de que estos ciudadanos vascos efectivamente estuvieran relacionados con actividades terroristas, la gravedad de la acusación en ningún momento justifica la violación de los principios de

legalidad y de certeza jurídica propios de cualquier Estado de derecho. De tal forma, en futuros procesos de extradición o bien propiamente procedimientos por terrorismo llevados a cabo en México es de esperar violaciones frontales a las garantías consagradas constitucionalmente para todos los individuos que se encuentren en territorio nacional,³² porque al parecer, dada la gravedad de estos hechos, los casos habrán de resolverse tomando en consideración conveniencias políticas y no el orden jurídico establecido.

No obstante lo anterior, los quejosos hicieron valer a su vez la siguiente tesis:

“Extradición internacional. La detención provisional que prevé se basa en pruebas que acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de la persona reclamada. Según deriva de lo dispuesto en los artículos 16, 17, 18, 18, 20 y 21 de la Ley de Extradición Internacional que regulan el procedimiento extraditorio, la detención provisional de la persona reclamada por un Estado solicitante, no puede, válidamente basarse en una simple petición del requirente, sino que debe apoyarse en documentos en los que se exprese el delito por el cual se pide la extradición, las pruebas que acreditan la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de la persona reclamada, así como la existencia de una orden de aprehensión emitida en su contra por una autoridad competente”. Amparo en revisión 2830/97. Jorge Andrés Garza García, 24 de febrero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: María Angélica Sanabria Martínez.

³² Cabe comentar, que los argumentos aquí expuestos en torno a la detención ilegal y a la supresión de garantías respecto de la inconstitucionalidad del Tratado de Extradición entre México y España únicamente fueron a título ejemplificativo, pues podría haberse abordado también la problemática de la extradición de nacionales, la probable renuncia de jurisdicción del Estado mexicano y la probable violación al principio de doble incriminación, necesario para cualquier procedimiento de extradición.

1 • Introducción

El presente informe tiene por objeto exponer y analizar la jurisprudencia existente en la República del Paraguay que tenga relación con materias o temas de derecho penal internacional.

Conforme a los datos obtenidos, no existen en el ámbito nacional decisiones en virtud de las cuales se haya resuelto la atribución de responsabilidad con base en las figuras de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crímenes de agresión, conforme a las tipificaciones del Estatuto de Roma.

Sí existen resoluciones de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en las que se invocaron principios y disposiciones de derecho penal internacional como fundamento de ciertas decisiones que son expuestas en el desarrollo del informe.

Concretamente se tratan tres resoluciones del máximo tribunal, a saber: el acuerdo y sentencia¹ número 585, de fecha 31 de diciembre de 1996; el número 9, de fecha 18 de febrero de 1998, y el número 421, de fecha 28 de julio de 1999. Estas resoluciones fueron dictadas —respectivamente— en los casos que denomino *caso Napoleón Ortigoza*, *caso Pastor Coronel I* y *caso Pastor Coronel II*.

¹ Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia jurisdiccional sobre el fondo de las cuestiones planteadas son denominadas: acuerdo y sentencia, según el Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia. Acordada n.º 80/98, artículo 12.

Los dos primeros fallos hacen referencia a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y en el tercer fallo se aborda el tema referido al cumplimiento de órdenes superiores invocado como circunstancia eximente de responsabilidad penal.

2. Imprescriptibilidad

2.1. Caso Napoleón Ortigoza

En el presente caso, un ciudadano paraguayo de nombre Napoleón Ortigoza planteó ante la CSJ, vía acción de inconstitucionalidad,² la impugnación de las actuaciones realizadas y de las resoluciones dictadas en el marco de una causa tramitada ante la justicia militar³ durante el gobierno del General Alfredo Stroessner,⁴ causa en la que fue condenado^{5,6} a cumplir 25 años de reclusión militar.

Entre los argumentos expuestos a favor de la impugnación se señaló que la condena impuesta por la justicia militar se basó en las propias declaraciones del imputado, las que fueron obtenidas mediante la aplicación de actos de violencia o actos de tortura.

² La acción de inconstitucionalidad fue planteada en fecha 1.º de febrero de 1991.

³ El expediente militar fue caratulado: "Sumario instruido al Capitán de Caballería Don Napoleón Ortigoza y otros por supuesto delito de homicidio en la persona del Cadete Adalberto Anastasio Benítez el 7 de diciembre de 1962". Al mismo le fue acumulado otro caratulado: "Sumario instruido a varios Jefes y Oficiales de las FAA. de la Nación, por supuesto delito contra el orden y la disciplina. Decreto Ley N.º 6433"

⁴ Stroessner asumió la presidencia de la República del Paraguay en el año 1954 y se mantuvo en el poder por 35 años. Su gobierno tuvo fin con un golpe militar que comenzó en la noche del 2 de febrero y culminó en la madrugada del 3 de febrero de 1989.

⁵ De acuerdo con la versión oficial, publicada a partir de enero de 1963, se había descubierto una vasta conspiración, en la que tomaron parte el comunismo internacional, el Partido Liberal paraguayo, el líder colorado Epifanio Méndez Fleitas y numerosos oficiales, militares y civiles, como Napoleón Ortigoza (el "cabecilla"), su chofer, el sargento Escolástico Ovando, otro chofer, Domingo Brítez, los capitanes Hernán Falcón e Hilario Ortellado. Víctima de la conspiración, según la versión oficial, había sido un cadete del Liceo Militar Acosta Ñú, Alberto Anastasio Benítez, quién había sido asesinado por Ortigoza, Ovando y Brítez debido a sospechas de que pensaba denunciar la conspiración a las autoridades. Hilario Ortellado: *Memorias de un oficial paraguayo*, Asunción: RP Ediciones, 4.º ed., 1990, p. 220.

⁶ En el marco de esta causa el capitán Napoleón Ortigoza fue condenado en primera instancia a la pena de muerte por fusilamiento (SD n.º 4 de fecha 22 de julio de 1963), tras ser declarado responsable de la muerte del cadete Alberto Anastasio Benítez. La decisión fue apelada y el Superior Tribunal Militar de Apelación (acuerdo y sentencia n.º 2 de fecha 20 de noviembre de 1969), dispuso la modificación de la pena, condenando al capitán Ortigoza a cumplir 25 años de reclusión militar, en razón de que el artículo 65 de la Constitución Nacional de 1967 no permitía la "pena de muerte por causas políticas"

Por acuerdo y sentencia número 585, del 31 de diciembre de 1996, la CSJ resolvió hacer lugar a la acción planteada y en un *obiter dictum* señaló que el delito de tortura es imprescriptible.

Es importante señalar que en el momento de ocurrir los hechos de los que fue víctima Ortigoza, el delito de tortura no se hallaba aún tipificado en el derecho interno y, consecuentemente, tampoco existían disposiciones que establecieran su imprescriptibilidad.⁷

Para sustentar este extremo la CSJ expresó en parte de la resolución cuanto sigue:

Está claro, a la vista de los antecedentes arrojados a esta Corte que el inicio del proceso por el que fue condenado Modesto Napoleón Ortigoza fue dado por supuestas declaraciones arrancadas bajo la fuerza de la tortura [...] El hecho ocurrió [...] en una fecha en la que regía plenamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos sancionada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y de la cual Paraguay es país adherente. Esta declaración en su artículo 5 estatuye: Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes [...] De acuerdo con el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas (resolución N° 2391) sancionada el 26 de noviembre de 1968, los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles. Esta Convención define entre estos crímenes las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, cuyo artículo 50 establece: Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los siguientes [...]: el homicidio intencional, la tortura o tratos inhumano [...] La prescripción [...] no ampara a quienes pudieran resultar culpables de la comisión de delitos de tortura que fueron denunciados y que son imprescriptibles [...].

Como se ve, se utilizaron figuras y disposiciones del derecho internacional, pero sin que se realizara una subsunción de los hechos. Simplemente se afirmó que los hechos de los que fue víctima Ortigoza configuraban el delito de tortura.

La CSJ invocó el artículo 1.º de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad,

⁷ La tipificación de tortura se dio con la sanción de la ley 1160/97, Código Penal Paraguayo, que entró en vigencia en el 27 de noviembre de 1998. En éste código se prevé igualmente la imprescriptibilidad del mencionado hecho punible. Asimismo en la Constitución Nacional sancionada en el año 1992 se incorporó una disposición sobre la imprescriptibilidad de la tortura.

sancionada el 26 de noviembre de 1968,⁸ e igualmente el artículo 50 del 1.º Convenio de Ginebra, del 12 de agosto de 1949.^{9 10}

El artículo 1.º de la Convención hace referencia a la imprescriptibilidad de las *infracciones graves* enumeradas en los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra. Y entre estas infracciones se menciona a la *tortura*.

Ahora bien, en la resolución tampoco se establece cuáles son las circunstancias que convierten al caso en un crimen de guerra o de lesa humanidad.

Hay que tener presente, por ejemplo, que el ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra se da en caso de guerra o de conflicto armado,¹¹ circunstancia que no es justificada o acreditada.

Asimismo, para la consideración de que el hecho configura un crimen de lesa humanidad tampoco se hizo referencia al contexto de realización. Es decir, no se argumentó que la tortura se cometió en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Como señala Juan Manuel Gramajo:¹²

⁸ Artículo 1.º: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:
”a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las ‘infracciones graves’ enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

”b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

⁹ Aprobados por la República del Paraguay por ley n.º 693 de fecha 4 de octubre de 1960.

¹⁰ Artículo 50: “Las infracciones graves a la que se refiere el artículo anterior, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”.

¹¹ Convenio de Ginebra, artículo 2: “Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones”.

¹² Juan Manuel Gramajo: *El estatuto de la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Ábaco, 2003, pp. 33-34.

Los crímenes de lesa humanidad se definen como una categoría residual de delitos aberrantes contra la vida y la integridad de las personas, que no pueden encuadrarse en el delito de genocidio, porque está ausente el elemento subjetivo del tipo “propósito de destrucción de un grupo”, y tampoco en los crímenes de guerra, porque no se vinculan necesariamente con un conflicto armado. En estos delitos, el elemento distintivo está dado por la escala con que se cometen. Por ejemplo, si en el marco de una situación de tensión política interna se practican matanzas indiscriminadas y en gran escala, torturas u otras formas graves de lesión de la integridad física de las personas, ejecutados de forma generalizada o sistemática, tales actos podrían ser calificables como crímenes de lesa humanidad [...].

2.2. Caso *Pastor Coronel I*¹³

Con posterioridad a la caída del régimen de Alfredo Stroessner se iniciaron varios procesos para el esclarecimiento de hechos punibles atribuidos a funcionarios de su gobierno. En este apartado se analiza uno de ellos, que fue dirigido en contra de Pastor M. Coronel, quien ocupó el cargo de jefe del Departamento de Investigaciones de la Policía de la Capital.

Se le atribuyó principalmente participación en la privación de la libertad del señor Julián Cubas y en el sometimiento de esta persona a actos sistemáticos de violencia física, así como otras conductas previstas en el derecho penal común.

La Defensa, entre otros planteamientos, alegó la prescripción de la acción penal atendiendo al tiempo transcurrido entre la supuesta comisión de los hechos denunciados (1973-1976) y el inicio del procedimiento penal (1989), y a las disposiciones del Código Penal de 1914, según las cuales los hechos punibles objeto del procedimiento tenían previsto un plazo de prescripción de dos años.

La pretensión de la Defensa fue rechazada en primera¹⁴ y segunda instancia, en atención a argumentos basados en el derecho interno, en tanto que la CSJ¹⁵ resolvió rechazar la cuestión planteada dando un nuevo enfoque al caso: el de la imprescriptibilidad de la acción basada en disposiciones de derecho internacional.

Expresa la resolución en uno de sus principales apartados:

¹³ La causa de referencia fue caratulada: “Pastor M. Coronel y otros s/ abuso de autoridad, privación ilegítima de libertad, secuestro, torturas y amenazas de muerte. Año 1989”.

¹⁴ Al n.º 810 de fecha 25 de agosto de 1989.

¹⁵ La discusión fue llevada por la defensa hasta la CSJ en el marco de una acción de inconstitucionalidad.

Un aspecto importante es el que se refiere a la prescripción. La accionante considera que los delitos denunciados se hallaban prescritos a la época de radicarse la denuncia. Pero, a la fecha de la supuesta comisión de los hechos denunciados, nuestro país se regía por la Constitución de 1967. En la misma se lee en el Capítulo 1 “Declaraciones fundamentales”, artículo 9, que el Paraguay admitía los principios del Derecho Internacional en los siguientes términos: “La República admite los principios del Derecho Internacional [...] y proclama el respeto a los derechos humanos y a la soberanía de los pueblos [...]”. Nuestro país de esta forma, tenía insertos dentro de su legislación principios jurídicos de protección a los derechos humanos [...]. Es decir, que no se puede admitir que tales supuestos delitos denunciados estén prescritos [...].

Basándose en lo señalado en el párrafo anterior y principalmente en lo resuelto en el caso *Napoleón Ortigoza*, la CSJ resolvió que la acción era imprescriptible, pues, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, sancionada el 26 de noviembre de 1968 (artículo 1.º), y el 1.º Convenio de Ginebra, del 12 de agosto de 1949 (artículo 50), la *tortura* como —crimen de lesa humanidad— era imprescriptible.¹⁶

Es decir, la CSJ entendió que los hechos objeto del proceso configuraban el delito de tortura. No realizó sin embargo una subsunción en relación con la tipicidad de la figura y, al igual que en el caso anterior, tampoco hizo referencia en esta oportunidad al contexto de comisión, necesario para considerar a la tortura como un crimen de guerra o de lesa humanidad.

¹⁶ De manera similar a lo señalado en el punto anterior, cuando se cometieron los hechos imputados la tortura no se hallaba tipificada en el ámbito nacional.

3. Cumplimiento de órdenes de superiores, caso *Pastor Coronel II*¹⁷

En otro proceso iniciado a Pastor Coronel por hechos de la misma naturaleza, éste fue condenado, juntamente con el señor Lucilo Benítez, a sufrir la pena privativa de libertad de 8 años.

Como se expresó, el señor Pastor Coronel fue jefe del Departamento de Investigaciones de la Policía de la Capital durante el régimen del general Alfredo Stroessner,¹⁸ en tanto que el señor Lucilo Benítez¹⁹ era agente de policía y prestaba servicios en este departamento.

En 1989 el señor Alberto Alegre Portillo promovió una querrela criminal en contra de las personas citadas. En esta causa se atribuyó a los señores Pastor Coronel y Lucilo Benítez haber participado en la privación de libertad ilegítima del señor Alberto Alegre, que se produjo el 13 de mayo de 1975, y en actos de violencia o de tortura a los que fue sometido en forma sistemática en ese lugar de reclusión.

En este caso, las respectivas defensas alegaron que los actos de violencia no se hallaban acreditados, y argumentaron que la privación de libertad del señor Alberto Alegre Portillo fue realizada en estricta aplicación de las normas legales vigentes en ese entonces y en estricto cumplimiento de órdenes superiores.²⁰

En el momento de la realización de estos hechos se encontraba vigente el Código Penal de 1914, que en su artículo 21.6 disponía como *causa de exención de pena* el cumplimiento de órdenes superiores. El texto de la disposición citada era el siguiente:

Está igualmente exento de pena: [...] 6.º el que obra en virtud de obediencia debida, si la infracción ordenada no es sino abuso, exceso o violación de los deberes anexos a las funciones del ordenador y el ordenado no podía fácilmente percatarse que se trataba de un delito.

¹⁷ El expediente fue caratulado "Pastor Milciades Coronel, Lucilo Benítez y otros s/ abuso de autoridad y otros. Capital".

¹⁸ En el período comprendido entre el 9 de enero 1968 y el 3 de febrero de 1989.

¹⁹ Quién entre los años 1974 y a finales de 1976 se desempeñaba como encargado de seguridad y escolta del jefe de Investigaciones, Pastor Coronel, de quien recibía órdenes directas.

²⁰ Acuerdo y sentencia número 421 de fecha 28 de julio de 1999 dictada por la CSJ, fs. 4 Vltto.

La cuestión planteada por las respectivas defensas fue decidida finalmente por la CSJ según acuerdo y sentencia número 421, del 28 de julio de 1999.

La CSJ decidió rechazar lo planteado, alegando —entre otras razones— que el deber de obedecer tiene limitaciones basadas en el respeto a la vida y la dignidad de las personas y que una orden que imponga un comportamiento lesivo para la dignidad humana no puede tener carácter vinculante.

El criterio sustentado es coherente con el postulado que señala que el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente tuvo la posibilidad moral de opción.

A continuación se transcribe parte de la mencionada resolución, que contiene el voto del ministro Elixeno Ayala:

La obediencia debida está prevista en el artículo 21 inciso 6.º) del Código Penal, como causas de exención de pena, pero no indiscriminadamente sino con ciertas limitaciones [...]. El derecho no admite ya la situación en que un inferior sea una pura máquina en manos del superior: Ya no hay poderes absolutos. Siempre deja a todo hombre sometido a otro, cierto uso de voluntad y por ende cierta responsabilidad. Nuestra organización social no impone una obediencia a ciega ni pasiva; no coloca al ciudadano en la imposibilidad de encontrar protección y socorro, contra el déspota que le impusiese la obligación de un acto criminal. En nuestros días el agente que obedece cuando la criminalidad del acto ordenado es evidente, es culpable. Una orden no puede generar irresponsabilidad absoluta dado que coexisten el derecho de ordenar y el deber de obedecer. Esta relación de subordinación no existe en toda su fuerza, sino en el servicio del Estado y en la jerarquía de los funcionarios públicos. Pero aun en estos casos, el hombre nunca puede ser reducido a un rol puramente material y mecánico. Nadie puede imponerle el sacrificio de su conciencia. La obediencia jerárquica es uno de los principios fundamentales del orden social, pero no puede ser ciega ni pasiva [...]. En numerosas leyes se prevé el uso de la coacción estatal como último medio para el cumplimiento de los más variados cometidos públicos. Se ha argumentado que actúa con arreglo a derecho el órgano estatal que debido a sus derechos oficiales y en el marco de los mismos llenan el tipo de una ley penal (vg. muerte, lesión corporal, privación de libertad, coacción, allanamiento de morada, apertura de correspondencia y daño a las cosas). Toda la actividad del Estado se realiza mediante la colaboración de órganos que ordenan y otros que ejecutan. El personal al servicio del Estado se encuentra por ello en un orden jerárquico determinado por la facultad de mandar y el deber de obedecer. El deber de

obediencia sólo descansa en mandatos vinculantes. Debe partirse del principio de que el mandato del superior competente goza de la presunción de conformidad con el Derecho. Los criterios de la vinculación son de naturaleza formal y material: a) Presupuestos formales de la obligatoriedad son la competencia abstracta del superior para impartir la orden y el respeto a la forma prescrita; b) Presupuesto material de la obligatoriedad es que la orden no lesione manifiestamente el ordenamiento jurídico. Por otro lado, tampoco será vinculante, por razones materiales, una orden que imponga un comportamiento lesivo para la dignidad humana [...]. Con base en ello y a la doctrina expuesta precedentemente, la causa de exención de pena prevista en el artículo 21 inciso 6 del Código Penal, que fuera alegada por la defensa de los encausados, debe ser rechazada, habida cuenta que el deber de obedecer tiene limitaciones basadas sobre todo en el respeto a la vida y la dignidad de las personas [...].

4. Conclusión

En estos fallos se reconoce la existencia de crímenes o hechos punibles de trascendencia internacional y su imprescriptibilidad. Igualmente se reconoce —de cierta manera— la vigencia del postulado según el cual el hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad a quien lo haya cometido.

Esto es así pues, aunque no hayan existido condenas fundadas en el derecho penal internacional, se recurrió a éste para declarar la imprescriptibilidad de la acción penal y así permitir el juzgamiento.

Por otra parte, en el último caso comentado, al rechazarse el argumento del *cumplimiento de órdenes superiores*, fue reconocido el postulado que señala que el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente tuvo la posibilidad moral de opción.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: *Los crímenes más graves en el derecho penal internacional*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.
- BOCCIA PAZ, Alfredo, Carlos PORTILLO y Carlos ARESTIVO: *Médicos, ética y tortura en el Paraguay*, Asunción: RP ediciones, 1992.
- Código Penal de la República del Paraguay, 1914.
- Código Penal de la República del Paraguay, ley n.º 1160.
- Constitución Nacional de la República del Paraguay, 1967.
- Constitución Nacional de la República del Paraguay, 1992.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CENTRO INTERDISCIPLINARIO DE DERECHO SOCIAL Y ECONOMÍA POLÍTICA (CIDSEP): *Recurso extraordinario de casación. Apuntes prácticos para su implementación y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Asunción: Litocolor, 2003.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES: *Régimen jurídico de la Extradición y del Asilo*, Asunción: Poder Judicial, 2000.
- GIL GIL, Alicia: *Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 1999.
- GRAMAJO, Juan Manuel: *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Ábaco, 2003.
- MELINGER DE SANNEMAN, Gladys: *Paraguay y la Operación Cóndor en los Archivos del Terror*, Asunción: AR, 1994.
- MONROY CABRA, Marco G.: *Régimen jurídico de la extradición*, Bogotá: Temis, 1987.
- ORTELLADO J., Hilario: *Memorias de un oficial paraguayo*, Asunción: RP, 4.ª ed., 1990.

Sitios web

- ⟨<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/genevaconventions>⟩
- ⟨<http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu>⟩
- ⟨http://www.mre.gov.py/es/inicio_es.asp⟩
- ⟨<http://www.pj.gov.py>⟩

1. Introducción

Durante los últimos años las decisiones de los tribunales peruanos se han caracterizado por aplicar de manera recurrente la categoría de los delitos del derecho penal internacional, delitos que en su mayoría se cometieron dentro del contexto del conflicto interno que sufrió el país desde 1980 hasta la primera mitad de los años noventa.

Estas decisiones jurisprudenciales se vieron respaldadas mediante el reconocimiento de un núcleo inderogable de derechos que han sido materializados a través de los distintos tratados internacionales de los que el Perú forma parte.

Constitucionalmente, esta obligación jurídica internacional se ha visto asegurada a través de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, la que dispone que las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Sin embargo, este reconocimiento constitucional no asegura el respeto, *stricto sensu*, del principio de legalidad, ya que para ello es necesario un cuerpo determinado de normas que describa taxativamente los tipos penales internacionales, tal como lo hizo Perú al incorporar en el Código Penal el título XIV-A, referido a los delitos de lesa humanidad.

En el plano estrictamente jurisprudencial, como mostraremos más adelante, nuestros tribunales se han visto decisivamente influidos por las decisiones vinculantes de los tribunales internacionales, especialmente por los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El presente informe tiene como objetivo principal contribuir al esfuerzo de establecer en qué medida el derecho internacional es vinculante para el Perú y de qué forma se está materializando en las decisiones que emiten nuestros tribunales.

2. Crímenes internacionales

2.1. Genocidio

El Tercer Juzgado Penal Supraprovincial emitió auto de apertura de instrucción el 31 de mayo de 2005, expediente n.º 2005-0039, mediante el cual abrió proceso de investigación a un grupo de militares por el delito de genocidio¹ a raíz del asesinato de pobladores de la provincia de Accomarca. La matanza de Accomarca se llevó a cabo el 14 de agosto de 1985 como parte del Plan Operativo Huancayoc, una acción antsubversiva planificada por los militares para eliminar supuestos terroristas. Esta incursión militar fue realizada por patrullas del Ejército peruano a cargo del subteniente EP Telmo Hurtado y del teniente EP Juan Rivera Rondón, quienes ingresaron en la comunidad de Llocllapampa, a tres kilómetros de Accomarca y reunieron a un total de 69 comuneros, entre niños, mujeres, varones y ancianos, a los que acribillaron, quemaron y posteriormente lanzaron granadas. El saldo total de víctimas mortales ascendió a 65 personas. La orden fue emitida por el jefe político militar de Ayacucho, Wilfredo Mori Orzo, con el argumento de que la población apoyaba y formaba parte del grupo terrorista Sendero Luminoso.

¹ El delito de genocidio fue incorporado por primera vez en el artículo 129 del Código Penal de 1991 como parte de los “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”; luego mediante la ley n.º 26 926 de 21 de febrero de 1998 fue incorporado dentro del conjunto de “Delitos contra la humanidad”.

En el presente auto, el Juzgado remite la importancia de la punición del delito de genocidio a la valoración global e internacional que adquiere el ser humano, ello en cuanto se ataca al sujeto como persona y se lo trata de destruir en todas sus dimensiones; es decir, cuando todos sus bienes personalísimos son afectados. Pese a ello, el Juzgado no conceptualiza, *in strictu*, el delito de genocidio,² así como tampoco delimita con precisión los alcances interpretativos de los supuestos de hecho del tipo, tarea sin la cual no se puede obtener una adecuada y precisa subsunción.

Una clara muestra de ello es, por ejemplo, la omisión en que el Juzgado incurre al no delimitar los conceptos de *grupo nacional, étnico, social o religioso* que constituyen el objeto del genocidio;³ tarea que permitiría saber exactamente ante qué supuesto de hecho nos encontramos y por consiguiente diferenciarlo de otros tipos penales ya tipificados, como el asesinato o el crimen de lesa humanidad. Esta necesidad de delimitación conceptual viene coadyuvada por la propia naturaleza de los delitos internacionales, ya que normalmente suelen ser tipos penales muy abiertos.

Por otro lado, el Juzgado tampoco ha reparado en realizar un análisis pormenorizado del aspecto subjetivo que requiere el genocidio para que los hechos resulten típicos. Así, sólo se limita a mencionar el requerimiento subjetivo, que es distinto al dolo,⁴ esto es, la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, social o religioso, sin para ello imputar la concurrencia de éste, sino limitándose solamente a narrar los hechos sucedidos.

2.2. Crímenes de guerra

No existen fallos sobre crímenes de guerra.

² Esta necesidad surge de lo impreciso del término *genocidio (Völkermord)*, ya que el tipo penal no exige la matanza de un pueblo (*Volk*) en sentido amplio para su configuración. Véase Kai Ambos: *La parte general del derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 117-118. Del mismo: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht-Völkerstrafrechts-Europäisches Strafrecht*, Múnich: C. H. Beck 2006, pp. 186 ss. En la que afirma que incluso el término *genocidio (Genozid)* posee varios significados interdisciplinarios, por lo que es necesario delimitar su concepto jurídico basado en la Convención contra el Genocidio, los estatutos de los tribunales internacionales y la jurisprudencia sobre derecho penal internacional.

³ Kai Ambos: *Temas de derecho penal internacional y Europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 276.

⁴ Sobre el aspecto subjetivo en el delito de genocidio, véase Kai Ambos, o. cit., pp. 286 ss.

2.3. Crímenes de lesa humanidad

Los crímenes de lesa humanidad se encuentran establecidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma y se consideran tales cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Ellos son: a) el asesinato; b) el exterminio; c) la esclavitud; d) la deportación o el traslado forzoso de población; e) la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) la tortura; g) la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) la desaparición forzada de personas; j) el crimen de *apartheid*; y k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

A pesar de la amplia descripción prevista en el Estatuto para caracterizar los delitos de lesa humanidad, aún no se han delimitado con total precisión las diferencias que existen con el delito de genocidio, por lo cual la jurisprudencia peruana se ha referido en muchas oportunidades a ambos términos como sinónimos. Sin embargo, es de resaltar el desarrollo dogmático que nuestros tribunales han realizado a propósito de la los delitos de desaparición forzada, tortura y asesinato, como se detalla seguidamente.

2.3.1. Desaparición forzada

El caso *Castillo Páez* fue uno de los primeros que motivaron un pronunciamiento, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de los tribunales peruanos sobre el delito de desaparición forzada. Castillo Páez fue un estudiante universitario que salió de su casa el 21 de octubre de 1990, el mismo día en que el grupo subversivo Sendero Luminoso produjo explosiones en la zona del monumento a la Mujer del distrito de Villa El Salvador, en Lima. Poco después de las explosiones,

las fuerzas de seguridad organizaron una operación para detener a los responsables. Durante dicha operación un grupo de policías, que estuvo conformado por los suboficiales Carlos De Paz Briones, Manuel Santiago Arotuma Valdivia y Juan Fernando Aragón Guibovich, detuvieron a Ernesto Castillo Páez, lo introdujeron en la maletera de un vehículo patrullero y partieron con rumbo desconocido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia sobre el caso el 3 de noviembre de 1997. En ella, la CIDH rechaza con total claridad y coherencia el argumento de la Defensa del Estado peruano, afirmando que el hecho de no hallarse el cuerpo del delito no implica que no se hubiese cometido el delito, ya que bastaría que los autores del delito de desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores.⁵ Asimismo, la CIDH manifestó en su sentencia la obligatoriedad para el Estado peruano de realizar las investigaciones para el total esclarecimiento de los hechos.

Como consecuencia de lo afirmado por la CIDH acerca de la obligatoriedad para el Estado peruano de investigar debidamente los hechos, el 24 de setiembre de 2001 el 13.^{er} Juzgado Penal de Lima dictó un auto de apertura de instrucción contra los acusados por el delito de secuestro y no por el desaparición forzada; esto con base en que los hechos habían ocurrido el 21 de octubre de 1990, fecha en que se encontraba vigente el Código Penal de 1924, en el cual no se tipificaba el delito de desaparición forzada. Sin embargo, al haber una nueva conformación de las salas que se encargarían de la investigación judicial y del juzgamiento de crímenes contra los derechos humanos, y de acuerdo con el artículo 285-A⁶ del Código de Procedimientos Penales, en el que se autoriza a la Sala Penal a desvincularse de la acusación presentada por el fiscal superior, se cambió la imputación de secuestro por la de desaparición forzada con los siguientes argumentos:

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 3 de noviembre de 1997. Caso Castillo Páez, § 73. El íntegro del párrafo establece: "73. No puede admitirse el argumento del Estado en el sentido de que la situación misma de la indeterminación del paradero de una persona, no implica que hubiese sido privada de su vida, ya que 'faltaría... el cuerpo del delito', como lo exige, según él, la doctrina penal contemporánea. Es inaceptable este razonamiento puesto que bastaría que los autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores, quienes en estas situaciones pretenden borrar toda huella de la desaparición". Asimismo, haciendo un análisis pormenorizado del presente caso, véase Carlos Rivera Paz: *Una sentencia histórica. La desaparición forzada de Castillo Páez*, Lima: Instituto de Defensa Legal, 2006, pp. 23 ss.

⁶ El artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales establece: "2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa en incluso —si resultara pertinente y necesario— a ofrecer medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 276."⁷

[...] si bien los hechos denunciados ocurrieron el 21 de octubre de 1990 (Fecha en la cual Ernesto Castillo Páez fue supuestamente detenido por integrantes de la Policía Nacional del Perú, a la altura del parque central del grupo 17, segundo sector del distrito de Villa El Salvador, y luego de golpearlo fue introducido en la maletera del vehículo, el mismo que partió con rumbo desconocido) razón por la cual la supuesta conducta realizada fue tipificada en el artículo 152 del Código Penal vigente, esto es, delito de secuestro; también lo es, que hasta la fecha no se ha pronunciado información respecto al destino o paradero del ciudadano Castillo Páez, manteniéndose la afectación del bien jurídico lesionado (artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). Este hecho nos lleva a considerar que, estando vigente a partir del 2 de julio, el delito de desaparición forzada previsto y sancionado por el artículo 320 del Código Penal vigente, se puede subsumir el hecho denunciado en la tipicidad de dicha norma (la desaparición forzada es un tipo de violación de derechos humanos que afecta la libertad física, pero no se limita a ella, sino que es seguida o continuada por la negativa de los hechos o ausencia de información —Corte Interamericana de Derechos Humanos— dado el carácter permanente de la situación antijurídica descrita en el dictamen de acusación escrita [...]). En este orden de ideas, el colegiado discrepa de la posición asumida por el señor representante del Ministerio Público en relación con el pedido formulado por la parte civil [...].⁷

Finalmente, el 20 de marzo de 2006, expediente n.º 111-04, la Sala Penal Nacional presidida por el vocal Pablo Talavera, no obstante la inicial calificación por el delito de secuestro, emitió sentencia por el delito de desaparición forzada cometida contra Castillo Páez. La presente sentencia resulta particularmente relevante puesto que no sólo se limita a establecer los parámetros para analizar el delito de desaparición forzada sino que también delimita en detalle los alcances del tipo en cuestión.

La Sala Penal Nacional aprecia que el delito de desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención⁸ y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar, lo cual significa que el colegiado reconoce el compromiso internacional que el Perú ha asumido en cuanto al respeto y reconocimiento de ciertos derechos fundamentales y

⁷ Resolución emitida por la Sala Penal Nacional el 14 de enero de 2005. Tomado de Carlos Rivera Paz, o. cit., pp. 33 y 34.

⁸ En el contexto internacional el derecho a no ser desaparecido se encuentra regulado en el Estatuto de Roma; también se encuentra reconocido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992, así como en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994.

su respectiva protección penal. También agrega que el delito de desaparición forzada no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido, por lo que no sólo afecta a los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, sino también de los derechos y libertades fundamentales.

Por otro lado se debe resaltar la forma clarificadora en que la Sala aborda la delimitación de los delitos de secuestro y de desaparición forzada a efectos de determinar los elementos constitutivos de ambos y, al mismo tiempo, atribuir correctamente la responsabilidad de los inculpados por el tipo penal adecuado. Así, para diferenciarlos, la Sala manifiesta que:

[...] mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de unan multiplicidad de bienes jurídicos, tales como el derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de la persona, la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho a un tratamiento humano de detención entre otro; el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal.

Asimismo, uno de los casos más emblemáticos, y de muy reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo constituye el de *La Cantuta*. Los hechos sucedieron de la madrugada del 18 de julio de 1992, en la que miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército y de la Dirección de Inteligencia del Ejército, entre ellos Santiago Martín Rivas y otros integrantes —en su mayoría del denominado Grupo Colina⁹ (un escuadrón de eliminación perteneciente al Ejército peruano)— irrumpieron, encapuchados y armados, en las viviendas de estudiantes y profesores de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, La Cantuta.

Una vez allí, obligaron a todos los estudiantes a salir de sus dormitorios y a echarse en posición decúbito ventral, y finalmente detuvieron a Bertila Lozano Torres,

⁹ Sobre el rol de este grupo paramilitar y su pertenencia al aparato estatal peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma en su párrafo 83 de la presente sentencia lo siguiente: “Por su determinante papel en este caso, es preciso hacer notar la participación del denominado Grupo Colina, que en el seno de las fuerzas armadas hacía parte preponderante de una política gubernamental consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas de quienes se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas. El grupo fue organizado directamente dentro de la estructura jerárquica del Ejército peruano y sus actividades y operaciones fueron desarrolladas, según diferentes fuentes, con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército”.

Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa. Después de estas acciones, los militares ingresaron en forma violenta a la vivienda del profesor Hugo Muñoz Sánchez, trepando por la pared que da al patio y destrozando la puerta de servicio, y procedieron a llevárselo a la fuerza. El operativo fue filmado por uno de los captores. En el camino de la casa del profesor Muñoz Sánchez a la puerta de ingreso a las residencias de los docentes, algunos testigos, entre ellos el señor Octavio Mejía Martel y su esposa, intentaron intervenir en su favor, pero fueron encañonados y obligados a retirarse.

Los militares se retiraron de la universidad llevándose al profesor Muñoz Sánchez y a los nueve estudiantes mencionados. Los cadáveres de las víctimas fueron enterrados clandestinamente y recubiertos con cal en tres fosas en la zona denominada Cerro Santa Rosa, km 1,5 de la autopista Ramiro Priale. Posteriormente, y a raíz de una denuncia pública formulada por el congresista Henry Pease, los autores materiales del asesinato procedieron a desenterrar los cuerpos, a incinerarlos y a trasladarlos a nuevas fosas clandestinas, ubicadas en Chavilca, Cieneguilla.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia sobre el caso *La Cantuta* el 29 de noviembre de 2006, en la cual declaró la responsabilidad internacional de Estado peruano en la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los nueve estudiantes y un profesor desaparecidos y ejecutados extrajudicialmente. Asimismo, afirmó que la privación de la libertad de aquellas personas por agentes militares y del Grupo Colina fue un paso previo para la consecución de lo que en definitiva se les había ordenado: su ejecución o desaparición.

Este fallo de la CIDH no se caracteriza por desarrollar propiamente el delito de desaparición forzada, cuestión que sí abordó exhaustivamente en sentencias precedentes, como en el caso *Castillo Páez*, sino mas bien por incidir en las implicaciones internacionales que este delito acarrea y las formas de actuación y cooperación que deben existir entre los Estados para favorecer la lucha contra la impunidad. A ello, y como parte más resaltante de la sentencia, la Corte agrega que estos delitos se cometieron en el contexto de una práctica sistemática y generalizada, y que su planeación y ejecución no habría podido perpetrarse sin el conocimiento y las órdenes superiores de las mas altas esferas del Poder Ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia, así como del mismo presidente de la República de ese entonces, con lo cual dispone

que el Estado siga adoptando las mediadas necesarias, tanto de carácter jurídico como diplomático, e impulsando la solicitud de extradición.

En el Perú, el delito de desaparición forzada de personas fue tipificado por primera vez en el Código Penal de 1991, mediante el decreto legislativo n.º 635, en el capítulo II del título XIV del Libro Segundo, relativo al delito de terrorismo, artículo 323. Sin embargo, este capítulo fue posteriormente derogado mediante el decreto ley n.º 25 475, de 6 de mayo de 1992. La figura típica de la desaparición forzada de personas fue reintroducida luego mediante el decreto ley n.º 25 592, de 2 de julio de 1992, descripción que fue finalmente regulada mediante el artículo 6 de la ley n.º 26 926, de 21 de febrero de 1998, que otorgó la actual ubicación del delito en el capítulo de “Delitos contra la humanidad”.

Ante esta sucesión normativa que expresa períodos de no punición, antes del Código Penal de 1991 y entre el 7 de mayo y el 2 de julio de 1992,¹⁰ uno de los casos más emblemáticos sobre el delito de desaparición forzada se trató en sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de marzo de 2004, expediente 2488-2002-HC/TC, en el caso *Villegas Namuche*. El caso concreto analizado por el Tribunal es un hábeas corpus presentado por María Villegas Namuche a favor de su hermano, Genaro Villegas Namuche, quien fue víctima de una desaparición forzada el 2 de octubre de 1992, cuando salió a trabajar. La demandante solicitaba que el Estado peruano devolviera con vida a su hermano o informara dónde se encuentran sus restos mortales.

En la sentencia en análisis, el Tribunal Constitucional consideró a Villegas Namuche víctima del delito de desaparición forzada, asumiendo para ello el concepto de desaparición forzada de la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas, según la cual ésta implica:

[La] privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.¹¹

¹⁰ Dino Carlos Caro Coria: “Prólogo”, en Giovanna Vélez Fernández: *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima: PUCP, 2004, p. 21.

¹¹ Fundamento 2.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional desarrolla con mayor precisión el concepto de desaparición forzada en la sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente n.º 2798-04-HC/TC, caso *Vera Navarrete*. Esta sentencia, que constituye un importantísimo precedente jurisprudencial, fue motivada por la interposición de una acción de hábeas corpus por el exceso de tiempo en la detención carcelaria de Vera Navarrete, encausado como miembro del llamado Grupo Colina y como partícipe en varios crímenes de lesa humanidad atribuidos a esta organización paramilitar. Finalmente el Tribunal desestimó el hábeas corpus interpuesto por Vera Navarrete porque el tiempo de carcelería transcurrido desde la última orden de detención en su contra no excedía de los 36 meses establecidos como máximo de detención preventiva.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional afirma que el delito desaparición forzada de personas “es un delito pluriofensivo, por cuanto afecta la libertad física, el debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y, como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta, por lo que su protección se encuentra regulada en el derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario”. Y es que “En efecto, la desaparición forzada de personas supone generar una cruel sensación de incertidumbre tanto para la persona desaparecida como para sus familiares, los mismos que pasan a ser víctimas directas de este grave hecho. Por ello, el Derecho Internacional reconoce a la desaparición forzada como una de las modalidades más graves de violaciones de los derechos humanos”. El máximo Tribunal pone igualmente de relieve:

[...] cuando este hecho es cometido como parte de una estrategia general o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en crimen de lesa humanidad [...] El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7.º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”. Se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito común, dada su extrema gravedad. En este sentido, la resolución n.º 666

(XIII-083) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció en el artículo 4, “Declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma en su preámbulo que la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común. (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resolución adoptada en la séptima sesión plenaria, 9 de junio de 1994.OEA/Ser. P AG/doc.3114/94 rev.).¹²

De este modo, el Tribunal Constitucional manifiesta, en relación con el delito de desaparición forzada, que hay un núcleo de derechos inderogables que están establecidos en normas imperativas del derecho internacional derivadas del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho penal internacional (DPI). Estas normas de derecho internacional, dice el TC, lo mismo que la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se halla suscrito, constituyen “pauta interpretativa mandatoria” de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución peruana (obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos). En referencia a ello, el fallo acoge la tesis de la aplicación directa e inmediata de las normas del DIH para los casos de conflictos armados internos, sin necesidad de formalización alguna, las cuales no sólo obligan a los Estados, sino que además comprometen la responsabilidad de los individuos.

Por otro lado, la Sala Penal Nacional realiza un esfuerzo denodado en establecer la tipología del delito de desaparición forzada a efectos de hallar su propia denotación y, al mismo tiempo, diferenciarla de otros delitos que poseen algunas características similares, como el delito de secuestro, todo ello con el objeto de calificar adecuadamente los hechos. La Sala menciona que los elementos del delito de desaparición forzada son: a) la participación de los agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúan bajo control, con autorización o aquiescencia en la privación de la libertad de la víctima, cualquiera que fuere su forma; b) seguida de: 1) la falta de información, o 2) la negativa a reconocer dicha privación de la libertad, o 3) la negativa a informar sobre el paradero de la persona, de forma que se impida a ésta el ejercicio de recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

¹² Fundamentos 23-27.

Pese a la forma acertada de calificar y subsumir los hechos, la sentencia de la Sala Penal resulta criticable por algunos defectos que presenta, como la insuficiente argumentación y la relajación de la valoración de las pruebas, así como la poca fundamentación para atribuir responsabilidad penal a título de autores a los inculpados.

Finalmente resulta interesante, a efectos de valorar la importancia del derecho internacional en el derecho interno, la reciente sentencia emitida por la Sala Nacional el 5 de febrero de 2007, expediente 105-2004, en el caso *Chuschi*, condenando a dos de los acusados por el delito de desaparición forzada. Los hechos sucedieron el 14 de marzo de 1991, cuando una patrulla del Ejército del cuartel militar de Pampa Cangallo conformada por aproximadamente 25 soldados ingresó en la localidad de Chuschi, provincia de Cangallo, Ayacucho. Una vez ahí, allanaron los domicilios de la localidad buscando a las autoridades civiles y comunales. Tras detenerlas, las trasladaron al cuartel militar de Pampa Cangallo. Desde entonces no se tuvo mayor conocimiento del paradero de las víctimas.

Esta sentencia es la primera en destacar de forma particular y minuciosa los antecedentes y el grado de desarrollo normativo al que ha llegado el derecho penal internacional, así como también la responsabilidad penal individual en el derecho penal internacional. Con este fallo se afianzan los precedentes sentados por anteriores sentencias emitidas tanto por las salas nacionales como por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este contexto, se consolida la pertenencia del delito de desaparición forzada a los delitos de lesa humanidad:

[...] queda claro que la comunidad internacional ha reconocido que la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad, pues se trata de un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano lo cual acarrea para los Estados el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas y de política para prevenir y erradicar este crimen de lesa humanidad.

Este pronunciamiento se originó en consideración a que la calificación de la desaparición forzada de personas, como crimen internacional de lesa humanidad, es una condición importante y necesaria para su prevención y represión efectiva, para lo cual se debe promover la investigación de tales ilícitos.

2.3.2. Tortura

El delito de tortura ha sido motivo recurrente de tratamiento por nuestros tribunales. La Sala Penal Nacional, en la sentencia recaída en el expediente 116-04, emitida el 3 de noviembre de 2005, al pronunciarse sobre el caso *Román Rosales* —en el cual Román Rosales, en su condición de alcaide del establecimiento penal de procesados de Cambio Puente, habría torturado a un interno causándole lesiones de consideración—, desarrolla el concepto de *tortura* y le da parámetros de interpretación que caracterizan a este tipo delictivo. La Sala resalta el carácter de delito especial propio, dado que sólo lo pueden cometer ciertos funcionarios o servidores públicos o las personas que cuenten con el consentimiento o la aquiescencia del funcionario

Haciendo referencia a la fuente del delito de tortura, la Sala Penal Nacional manifiesta que este delito lo encontramos en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor en el Perú el 26 de junio de 1987, tras ser aprobada mediante la resolución legislativa n.º 24 815. Según el artículo I.1:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Esta definición ha sido incluida en el Código Penal aunque con algunas variaciones insustanciales, en el artículo 321.º del título XIV-A, denominado “Delitos contra la humanidad”.

En relación con la conducta típica, la Sala recuerda que ésta se configura cuando el funcionario o servidor público causa a otro dolores o sufrimiento graves, sean físicos o mentales; asimismo, afirma que la característica esencial de este delito, que lo distingue de otras conductas, es el hecho de que el sufrimiento, ya sea físico o psicológico, se produzca con la finalidad de obtener de la víctima o de un tercero una

información o confesión; también se puede configurar la tortura cuando se causa el sufrimiento como castigo por un hecho que se ha cometido o se sospecha que se ha cometido.

En la sentencia se presenta una serie de elementos que coadyuvan a caracterizar la peculiaridad del delito de tortura, como cuando se realiza persiguiendo ciertas finalidades, para lo que se remite al artículo 321 del Código Penal peruano. Sin embargo, queda en cuestión, de *lege ferenda*, si la tortura concurre sólo cuando se dan las finalidades antes mencionadas o también cuando medien finalidades fútiles o distintas de aquéllas. Dicho de otro modo, la Sala ratifica el *numerus clausus* de situaciones en las que concurre la tortura sin advertir el vacío de punibilidad que con ello se generaría, con lo que favorecería la reducción de los espacios de protección a la persona.

Antes bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado acertadamente de forma contraria a lo apreciado por la Sala Penal Nacional en el caso *Cantoral Benavides*, quien fue detenido el 6 de febrero de 1996 por agentes de la Dirección Contra el Terrorismo (DINCOTE) sin mediar para ello una orden judicial emitida por una autoridad competente. Cantoral Benavides estuvo detenido administrativamente desde el 6 de febrero de 1993 en la DINCOTE, lugar donde fue incomunicado durante 8 ó 9 días, y sólo 15 días después de su detención tuvo acceso a un abogado. Durante su detención fue objeto de actos de violencia por efectivos policiales y miembros de la Marina, con el fin de obtener su autoinculpación.

En este fallo, la Corte estableció que hay un incremento en el tipo de conductas que son consideradas como tortura, y ya no como meros tratos crueles, inhumanos y degradantes. En este sentido, la Corte Interamericana podrá ir aumentando el catálogo de conductas que constituyen tortura. De forma similar, puede aumentarse el tipo de conductas que constituyen, por lo menos, actos crueles, inhumanos y degradantes. Así pues, el *corpus iuris* de la tortura es dinámico y en constante incremento.¹³ Pero la Corte va mucho más allá al establecer que diversas conductas que en el momento de su comisión no constituyen tortura pueden pasar a serlo sin más, aunque no hayan formado parte del catálogo de conductas consideradas como tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Si bien es cierto que la Corte Interamericana en la sentencia analizada aumenta el círculo de protección a la persona, también lo es que lo hace a costa de la trasgresión

¹³ Javier Dondé Matute: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relevancia en el derecho penal internacional*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006, p. 127.

del principio de legalidad, extralimitando la interpretación de la norma hasta llegar incluso a una interpretación analógica.

Otro aspecto a resaltar en el análisis de la Sala Penal es la apreciación inequívoca de que una peculiaridad del delito de tortura la constituye la gravedad del dolor o sufrimiento infligido. Ante ello, y para clarificar el alcance y la delimitación de este término, la mencionada Sala Especial establece acertadamente que para estimar la gravedad de los dolores o sufrimientos físicos, se debe atender a la naturaleza, duración, la manera como se produjo el maltrato, los instrumentos empleados y otras circunstancias concretas.

Es precisamente con base en estas consideraciones que la Sala presidida por Pablo Talavera decidió absolver al acusado por el delito de tortura, porque sus conductas no se subsumen dentro de lo que el tipo califica como *graves*, remitiéndose para ello a los exámenes médicos practicados.

Sin embargo, resulta incoherente cómo en otra sentencia emitida con anterioridad por la Sala Penal Nacional, presidida por Jerí Cisneros —el 26 de agosto de 2005, recaída en el expediente 108-2004—, en la cual el mismo inculpado Román Rosales fue acusado de un primer caso de tortura, se deja totalmente de lado la valoración de la gravedad de los dolores y sufrimientos físicos y se sentenció al inculpado por el delito de tortura sin siquiera haber realizado una valoración somera del requisito establecido por el tipo penal, violando claramente el principio de legalidad. Son estas contraposiciones las que evidencian la falta de uniformidad en la apreciación de ciertos requisitos fundamentales del tipo a efectos de imputar responsabilidad penal.

2.3.3. Asesinato

El Segundo Juzgado Penal Supraprovincial el 16 de junio de 2005 (expediente 044-05), en cumplimiento de lo recomendado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe n.º 43-01 (en este informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declara admisible el conocimiento del caso por posibles violaciones de derechos consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en los hechos sucedidos en el penal Castro Castro), abrió instrucción por el delito de asesinato contra los presuntos responsables de la matanza ocurrida en el penal Castro Castro.

Los hechos ocurrieron a partir del 6 de mayo de 1992 y se refieren a la ejecución del Operativo Mudanza 1 (operativo mediante el cual se pretendía trasladar a las internas que se encontraban en el pabellón 1-A del penal Miguel Castro Castro a la cárcel de máxima seguridad de mujeres conocida como Santa Mónica-Chorrillos, de Lima; esas internas eran inculpadas o sentenciadas por el delito de terrorismo y sindicadas de pertenecer al Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso), dentro del penal Miguel Castro Castro, durante el cual el Estado produjo la muerte de al menos 42 internos, hirió a 175 y sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322 internos. Los hechos también se refieren al supuesto trato cruel, inhumano y degradante experimentado por las presuntas víctimas con posterioridad al Operativo Mudanza 1.

Si bien es cierto que este auto no constituye ninguna sentencia, resulta criticable la deficiente argumentación e inconsistencia lógica al realizar la subsunción de los hechos en el tipo de asesinato, ya que se limita a una excesiva descripción de los hechos, sin hacer de ellos una valoración jurídico-penal, así como también sobrevalorar las declaraciones vertidas por supuestos “testigos” de los hechos criminosos ante la Comisión de la Verdad y Reconciliación, cuando en realidad éstas a lo sumo se constituyen en *notitia criminis* y no en pruebas plenas que ameriten abrir una investigación judicial.

En el Perú, y a raíz de la violencia política vivida durante los años ochenta y noventa, se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación, cuyo propósito, en palabras del Tribunal Constitucional —expediente n.º 2488-2002-HC/TC—, “no fue el de suplantar, sustituir o superponerse al Poder Judicial; antes bien, uno de sus objetivos fundamentales fue el de identificar los hechos y las responsabilidades de las violaciones de los derechos humanos, empeñándose, en lo posible, en tratar de determinar su real existencia y veracidad, y, complementariamente, en evitar la desaparición de pruebas vinculadas con tales hechos. Sus investigaciones, con loable criterio exhaustivo, han permitido conocer los sucesos acaecidos en nuestro país en estas últimas décadas, y contribuyen al imperativo de cumplir con la obligación internacional y constitucional de evitar la impunidad y restituir los derechos violados para conseguir la paz social y la reconciliación nacional”. Esta medida fue implementada en cumplimiento del deber de adoptar las medidas más adecuadas para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos

2.4. Crímenes de agresión

No existen fallos sobre crímenes de agresión.

3 • Relación entre crímenes internacionales y terrorismo

En el Perú, el fenómeno del terrorismo tuvo una gran connotación durante los años ochenta, con el inicio de la lucha armada por organizaciones terroristas como Sendero Luminoso y el MRTA (Movimiento Revolucionario Túpac Amaru). Es precisamente este contexto el que permitió a nuestros tribunales relacionar este delito con los crímenes internacionales.

Tal situación obligó al Estado peruano a tipificar el delito de terrorismo de modo especial, como respuesta político criminal a este fenómeno delictivo. Es así que el 10 de marzo de 1981 se puso en vigor el decreto legislativo n.º 46, posteriormente se incorporaron los tipos en los artículos 319, 320, 321, 322, 323, 324 del Código Penal de 1991, luego sustituidos por los decretos leyes n.ºs 25 475, 25 659, 25 708, 25 880 y 25 744, todas estas normas vinculadas a la represión, investigación y juzgamiento del delito de terrorismo, que motivó un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia de 9 de agosto de 2006, expediente n.º 003-2005-PI/TC, que declara la inconstitucionalidad de diversos artículos de los decretos en mención.

Los decretos leyes 25 475 (ley antiterrorista) y 25 659 (ley que creó el delito de traición a la patria) significaron la creación de un tipo penal de terrorismo en el que cualquier acto y cualquier persona podría ser considerada como terrorista, la restauración de la pena de prisión perpetua, el incremento de las atribuciones policiales, así como la implementación de los tribunales sin rostro. Asimismo, significaron la habilitación de la competencia de la justicia militar para la investigación y el juzgamiento de civiles por el delito de traición a la patria, que no era otra cosa que algunas figuras agravadas del delito de terrorismo.

Desde el punto de vista del derecho internacional, esta sentencia resulta de vital importancia porque en ella se analiza y aprecia la tensión que existe entre las

normas internas y las normas de derecho internacional. El problema se centra en la vinculación entre la legislación peruana específica de terrorismo, por una parte, y la Constitución y los pactos internacionales, por otra. Desde esta perspectiva, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de algunas normas, mientras que de otras sólo realizó un análisis interpretativo que les otorgó validez, tal como lo hizo con el tipo base del delito de terrorismo.

En este sentido, el Tribunal no encuentra que el tipo de terrorismo sea inconstitucional; lo que ha hecho es un ejercicio de interpretación para ver de qué manera tiene que ser entendido y puede corresponder a lo que establece la Constitución y lo que señalan también los pactos internacionales

Es con base en ello que, para adecuar la legislación antiterrorista a lo establecido por el Tribunal Constitucional, se dieron sucesivos decretos leyes para el tratamiento del terrorismo, como el 921, que establece el régimen jurídico de la cadena perpetua en la legislación nacional; el 922, mediante el cual se regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria; el 923, mediante el cual se fortalece la defensa del Estado en delitos de terrorismo; el 924, que agrega un párrafo al Código Penal en materia de apología del delito de terrorismo; el 925, sobre la colaboración eficaz; el 926, que norma las anulaciones de los procesos por delito de terrorismo seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta, y el 927, mediante el cual se regula la ejecución penal en materia de este mismo delito. Un pronunciamiento del Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad de estos decretos leyes, pero a la vez dio alcances limitativos a su interpretación.

En sentido estricto, el delito de terrorismo se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico peruano mediante el decreto legislativo n.º 25 475 en cuyo artículo 2.º describe, como tipo base, lo siguiente:

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.

Un caso emblemático de terrorismo lo constituye la sentencia emitida el 13 de octubre de 2006 (expediente acumulado n.º 560-03) por la Sala Penal Nacional en el caso *Abimael Guzmán Reinoso*. Abimael Guzmán fue fundador y máximo líder, jefe o presidente de la organización terrorista Sendero Luminoso en los aspectos político, ideológico y militar, así como el jefe de la Comisión Militar del Ejército Guerrillero Popular, presidente del Comité Organizador de la República Popular de la Nueva Democracia. Sendero Luminoso surgió de una facción del Partido Comunista del Perú entre 1963 y 1979, y con fecha 17 de mayo de 1980 declaró la guerra al Estado peruano mediante lo que llamaba la “lucha armada”, con la funesta pérdida de miles de vidas humanas a raíz de las acciones terroristas.

Abimael Guzmán, conocido también como *Presidente Gonzalo* por los seguidores de la guerrilla comunista que lideraba, fue capturado el 12 de setiembre de 1992 con su compañera, Elena Iparraguirre, y llevado a juicio ante un tribunal militar, que lo había condenado a cadena perpetua. Sin embargo, la condena fue anulada en el 2003, cuando se derogaron algunas leyes antiterroristas expedidas durante el gobierno de Alberto Fujimori.

De ese modo, Abimael Guzmán y su cúpula fueron llevados a un nuevo juicio, en el que se les imputaron los delitos contra la tranquilidad pública —terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista e incitación y apología del terrorismo en agravio del Estado— y contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio calificado en agravio de Zaragoza Allauca Evanan y otros (caso *Lucanamarca*).

En la sentencia, la Sala reconoce expresamente que el delito de terrorismo se incardina dentro de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, aproximación que permitiría incorporar la regulación jurídica del derecho internacional humanitario en el derecho peruano sólo en caso de que se configurara como un conflicto armado de carácter no internacional. Asimismo, deja en claro que este reconocimiento no implica una sustracción de la competencia nacional a favor de la competencia internacional; sin embargo, no precisa claramente cuáles son los lineamientos y circunstancias que deben concurrir para delimitar la competencia nacional e internacional.

La referencia que hace la Sala al derecho internacional humanitario se ve reforzada con la remisión que realiza a la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de diciembre de 2004, expediente n.º 2798-04-HC/TC, caso *Gabriel Orlando Vera Navarrete*. El análisis de este caso fue motivado por la presentación de un hábeas

corpus a favor de Gabriel Orlando Vera Navarrete a fin de que se ordene su inmediata excarcelación por exceso del plazo de detención previsto en el artículo 137.º del Código Procesal Penal. El demandante se encontraba siendo procesado por diferentes delitos, varios de ellos presuntamente cometidos como integrante del grupo paramilitar denominado Grupo Colina. En la sentencia la Sala afirma que las normas de derecho internacional humanitario se aplican en tanto exista un conflicto armado interno entre fuerzas del Estado y grupos armados particulares, así como también hace precisiones de aspectos relacionados con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Asimismo, la Sala Penal reafirma explícitamente la vinculación al derecho internacional humanitario en tanto se den las circunstancias requeridas para su aplicación, lo cual no significa una renuncia a la legítima función estatal de restablecer el orden interno frente a una situación de violencia, ya que tal derecho tiene una finalidad exclusivamente humanitaria que no pretende ese objetivo ni deroga, en consecuencia, las disposiciones punitivas internas.

Por otro lado, resulta interesante cómo la Sala, remitiéndose al artículo 3.º —*cláusula Martens*— de la Convención de Ginebra,¹⁴ no les otorga la calidad de “beligerantes”, ni de combatientes, ni un derecho a combatir, ni un reconocimiento colectivo, y mucho menos los considera prisioneros de guerra, sino, por el contrario, detenidos, ya que la aplicación la Convención no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

Paradójicamente, esta posición se ve contrapuesta con el informe que emitió la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en la que considera que la violencia por la que atravesó el Perú en la década de los ochenta y noventa se incardina dentro de lo que se llama un *conflicto armado*, consideración que permitiría calificar lo sucedido como una guerra interna, debilitando la calificación de los hechos como actos de terrorismo.

Resultan interesantes las conclusiones a las que arriba la Sala respecto al derecho internacional y el terrorismo:

¹⁴ Se hace pertinente citar un párrafo de la sentencia donde la Sala reconoce el carácter vinculante de los tratados internacionales: “La Constitución vigente en su artículo 55.º establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En ese sentido el Estado peruano decidió ratificar los Convenios de Ginebra de 1949, mediante Resolución Legislativa 12 412 del treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, que surtió efectos jurídicos a partir del quince de agosto de mil novecientos cincuenta y seis. Posteriormente, el Estado peruano decidió ampliar estas obligaciones al ratificar, mediante Resolución Legislativa 25029 del 23 de mayo de 1989, los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra que entraron en vigor para nuestro país el catorce de enero de mil novecientos noventa”.

- 1.º La existencia de un conflicto armado no internacional, no otorga a los que participan en las hostilidades un derecho de combatiente, ni de beligerante ni de prisionero de guerra.
- 2.º La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no modifica ni deroga la ley penal del Estado donde se realizan las hostilidades y que debe ser aplicada a los que la infringen.
- 3.º En un conflicto armado no internacional están prohibidos los actos de terrorismo.
- 4.º Como aparece de los hechos probados y de los argumentos que en detalle se formularan más adelante, los integrantes, y en especial sus dirigentes, del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso llevaron a cabo u ordenaron la realización de atentados y acciones armadas al margen del Derecho Internacional Humanitario e incurrieron en la violación sistemática del artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra.

Por otro lado, y respecto a la vinculatoriedad de las sentencias internacionales en la jurisprudencia nacional, nuestros tribunales han adoptado y cumplido en gran parte las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia del 30 de mayo de 1999, caso *Castillo Petruzzi*, esta Corte declara, en la parte resolutive, la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez por el delito de traición a la patria, y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal. Asimismo, ordena al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que fueron declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Específicamente, respecto al delito de traición a la patria y terrorismo, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia de acción de inconstitucionalidad 010-2002, de de 3 de enero de 2003, declaró inconstitucional el delito de traición a la patria y el juzgamiento de civiles por militares, puesto que transgredían flagrantemente derechos fundamentales. La norma cuestionada calificaba como traición a la patria figuras agravadas del delito de terrorismo, tipificadas en el artículo 2.º del decreto ley n.º 25 475, sobre el cual el Tribunal señala que “un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos”. Agrega la sentencia: “si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de

traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes, hay pues duplicación del mismo contenido”.

En este sentido el Tribunal opina que se estaría repitiendo el delito ya tipificado. Según el órgano constitucional, estas disposiciones fueron establecidas “con el propósito de sustraer a la competencia de los jueces de la justicia ordinaria su juzgamiento y, al mismo tiempo, modificar el régimen de las penas aplicables”. Con esta acción de inconstitucionalidad el Tribunal remarca lo relevante de las recomendaciones y sentencias internacionales, las que cuestionaban la vaga definición de este delito y proponían su modificación.

Sin embargo, lo peculiar de esta sentencia es que no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo del decreto ley 26 659 declarados inconstitucionales; tampoco se deriva de ello que dichos sentenciados no puedan ser nuevamente juzgados por el delito de terrorismo, ya que los mismos supuestos prohibidos por el decreto ley 25 659 se encuentran regulados por el decreto ley 25 475.

Este fallo sirvió de base para que se llevara a cabo un nuevo juicio a los condenados por el delito de traición a la patria, en estricto cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual se materializó en la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 2 de setiembre de 2003, que condenó a los inculpados por el delito de terrorismo y no por el de traición a la patria.

En esta misma línea jurisprudencial se incardina el caso de la ciudadana norteamericana *Lori Berenson*, quien el 12 de marzo de 1996 fue sentenciada por un tribunal con jueces sin rostro por el delito de traición a la patria, lo que dio motivo a la interposición de un *recurso de revisión extraordinario de sentencia ejecutoriada* a raíz de la cual el 18 de agosto de 2000 el Consejo Supremo de Justicia Militar anuló la sentencia del 12 de marzo de 1996 y declinó la competencia a un fuero penal ordinario. Así, el 28 de agosto de 2000 se dio inicio a un nuevo juicio en el fuero penal ordinario, que concluyó con la sentencia condenatoria por el delito de colaboración terrorista, emitida el 20 de junio del 2001, que la condenó a 20 años de pena privativa de libertad, sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, en la sentencia de 2 de setiembre de 2003, la Sala Penal Nacional se encargó de reafirmar —así también lo hizo en su sentencia de 1 de setiembre de 2005, expediente n.º 295-2002— la constitucionalidad del artículo 2.º del decreto ley 25 475, en concordancia con la sentencia del Tribunal Constitucional de 3

de enero de 2003 en la demanda de inconstitucionalidad del expediente n.º 010-2002-AI/TC, y lo previsto en el considerando noveno de la ejecutoria suprema de 21 de diciembre de 2004, recurso de nulidad n.º 3048-2004, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ejecutoria que tiene la calidad de precedente vinculante.

4. Otras problemáticas clásicas del derecho penal internacional

4.1. Retroactividad de la ley penal y alcance del principio en el derecho penal internacional

En la sentencia de 20 de marzo de 2006, caso *Castillo Páez*, la Sala Penal Nacional ha afirmado que los delitos de desaparición forzada se incardinan dentro de los delitos permanentes y en tanto dure esta permanencia todos los que participen del delito serán considerados coautores o cómplices, en razón de que, hasta que ella cese, perdura la consumación.

Esta necesaria clarificación conceptual que realiza la Sala se da en torno a que muchos de los delitos de desaparición forzada se cometieron en el Perú antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, que tipificó por primera vez este delito. Es por ello que no pocos de los inculpados objetaron que sería contrario al principio de legalidad material tomar en consideración una figura delictiva que no existía en el momento de los hechos, dado que ello implicaría una aplicación retroactiva *in malam partem*.

Conceptualmente, el principio de legalidad se ha visto relativizado a partir del establecimiento y la consecutiva ratificación del Estatuto de Roma por los Estados firmantes; y es que cuando un instrumento internacional tipifica delitos y penas, lo hace de forma general, con tipos demasiado abiertos, para que puedan ser aplicados directamente en los ordenamientos jurídicos de los Estados; es precisamente por ello que, para salvaguardar el respeto a este principio, fundamental para la sustentación de un Estado social y democrático de derecho, se debe implementar estos instrumentos en cada ordenamiento jurídico nacional.

La citada sentencia del caso *Castillo Páez* resultó una oportunidad trascendental de sentar precedente al reafirmar la naturaleza permanente de este delito, trascendiendo que su ejecución continúa hasta que se halle el cuerpo del desaparecido.

Asimismo, el Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial, en el auto apertura de instrucción n.º 49-2005, de 1 de julio de 2005, del caso de la *matanza de Cayara*, se pronunció sobre el principio de legalidad. Los hechos del presente caso sucedieron como parte del Operativo Persecución, el 14 de mayo de 1988, en el cual tropas del Ejército ingresaron al pueblo de Cayara. Después de asesinar al primer poblador que encontraron, detuvieron a los hombres que presenciaron el hecho desde la iglesia local para después también asesinarlos. Mientras tanto, los demás efectivos saquearon las tiendas y domicilios de los comuneros y luego las quemaron. Posteriormente reunieron a la población en la plaza principal, separaron a los comuneros en dos grupos, varones y mujeres, y obligaron a los primeros a echarse al suelo para después torturarlos y matarlos en presencia de las mujeres y niños.

En la presente sentencia el Juzgado ha afirmado que la determinación de la ley penal aplicable para el delito de desaparición forzada, al ser considerado un delito permanente, no transgrede el principio de legalidad en el sentido de que se configura en el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del 9 de diciembre de 2004, caso *Villegas Namuche*, sostiene que no se vulnera la garantía de la *lex previa* derivada del principio de legalidad penal en caso de que se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el delito sigue ejecutándose.

En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente no resulta impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables. Es precisamente con base en estos argumentos que se descarta la violación del principio de legalidad y sobre esa base la Sala atribuye, finalmente, responsabilidad penal a los inculpados por la comisión del delito de desaparición forzada de personas.

El principio de legalidad también se materializa en la certeza de las normas. Sobre ello el Tribunal Constitucional peruano no preconiza el respeto a la certeza absoluta de las normas jurídico-penales, sino que exige un nivel adecuado de certeza, que se verá transgredido cuando el ciudadano ya no pueda conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos.

Otra de las consecuencias del principio de legalidad la constituye el de la *lex previa*, principio que prohíbe la aplicación retroactiva de la norma; así, nadie puede ser juzgado por un delito que no se encuentre previamente tipificado. Este principio presenta algunas dificultades de interpretación dentro del ámbito internacional, pero nuestros tribunales, con algunas oscilaciones de apreciación, se encargaron de solucionarlas.

En el derecho penal internacional, en contraposición a lo afirmado hasta ahora, el principio de legalidad supone la posibilidad de imponer penas con fundamentos en normas no escritas y que forman parte de la llamada *costumbre internacional*, y es precisamente a partir de ello que no se exige un respeto absoluto del principio de legalidad, *stricto sensu*, para con los ordenamientos jurídicos internacionales, como el establecido en el Estatuto de Roma. Esta cuestión, sin embargo, traería problemas de legitimidad¹⁵ que se lograría superar con la implementación de los tratados internacionales en nuestros respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

4.2. Prescripción/imprescriptibilidad

Una de las características más resaltantes de los delitos de lesa humanidad y de guerra es precisamente su imprescriptibilidad,¹⁶ que dimana del derecho internacional general. La Sala Penal Nacional, en el expediente n.º 36-05-F, de 25 de noviembre de 2005, en el cual Roberto Contreras Matamoros, inculpado por la matanza de Accamarca, apeló un auto de excepción de prescripción que la Sala declaró infundada, se pronuncia citando diversas sentencias del Tribunal Constitucional, como la del caso *Barrios Altos*. Señala:

[...] son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier otro obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la

¹⁵ Sobre la legitimidad del derecho penal internacional y su relación con el principio de legalidad: Michael Köhler: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín: Springer, 1997, p. 106.

¹⁶ La regla de imprescriptibilidad se encuentra reconocida por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, cuya adhesión ha sido aprobada por el Perú mediante resolución legislativa n.º 27 998 del 12 de junio de 2003, que establece que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que hubiesen sido cometidos.

tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, este razonamiento puede ser contrastado con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente n.º 2488-2002-HC/TC, caso *Villegas Namuche*, en la que precisa que la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los derechos humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos. La impunidad puede ser normativa —cuando un texto legal exime de pena a los criminales que han violado los derechos humanos— o fáctica —cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia.

Resulta también interesante el argumento que desarrolla el Tercer Juzgado Penal Supraprovincial, expediente n.º 039-05, del caso *Accomarca*, cuando manifiesta que en el derecho penal internacional el delito de asesinato resulta ser considerado como de lesa humanidad; por lo tanto, al ser repudiado por toda la comunidad internacional resulta ser imprescriptible, sin que importe a esos efectos el transcurso del tiempo, así como los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hubiesen cometido. Agrega que el principio de imprescriptibilidad, como tal, existe por sí mismo y su existencia no depende de que haya sido reconocida en una Constitución, si se atiende a que éste resulta ser un principio del *ius cogens* y lo que hace la Convención es sólo reafirmar y ratificar el citado principio de imprescriptibilidad en materia de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad.

La Sala reafirma la importancia de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad al buscar evitar la impunidad adoptando medidas que faciliten esa labor y que puedan coadyuvar a la protección de los derechos fundamentales que son transgredidos

4.3. Jurisdicción universal

No existen precedentes sobre la aplicación de este principio.

4.4. Derecho a la verdad

En sucesivas sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la verdad es irrenunciable y se constituye en una garantía no sólo de las víctimas, sino también de la nación; esto se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de los hechos y los autores que los cometieron. Un caso emblemático en que la Corte desarrolla gran parte de estos conceptos y apreciaciones es el de *Barrios Altos*.

Los hechos ocurrieron el 3 de noviembre de 1991, en el jirón Huanta n.º 840 de Barrios Altos, cuando seis miembros del Grupo Colina (un escuadrón de eliminación perteneciente al Ejército peruano) asesinaron a quince personas y dejaron a otras cuatro con heridas graves, todo ello mientras las víctimas celebraban una pollada (fiesta social) para recaudar fondos “con el fin de reparar algunas tuberías de desagüe en la quinta”.

En la sentencia del caso *Barrios Altos* la Corte Interamericana manifiesta que se impidió a las víctimas sobrevivientes, a sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos. A partir de estas consideraciones el Tribunal subsume el derecho a la verdad en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener 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 prevén los artículos 8 y 25 de la Convención.

Ante ello es necesario citar el razonamiento que realiza el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente n.º 2488-2002-HC/TC —caso *Villegas Namuche*—, a efectos de fundamentar la legitimidad del juzgamiento de delitos con base en este principio. Afirma:

8. La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.
9. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos

humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas. El derecho a la verdad no sólo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44.º, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre, pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones.

De ello se deduce que el derecho a la verdad obliga a los Estados a realizar las gestiones necesarias que permitan el real conocimiento de los hechos y, por lo tanto, también obliga a hallar la responsabilidad de los que cometieron delitos de lesa humanidad, aunque para ello muchas veces no se respeten plenamente principios básicos como el *ne bis in idem* y la cosa juzgada.

El principio del *ne bis in idem*, que consiste en la prohibición del múltiple juzgamiento, sucesivo o simultáneo, se encuentra reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución como un componente del debido proceso. Una de las manifestaciones específicas del principio del *ne bis in idem* es la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y el artículo 139.13 de la Constitución estatuye también que el sobreseimiento produce efectos de cosa juzgada (Sala Penal Especial, incidente 17-05-D).

Sin embargo, esta garantía no es absoluta, ya que se ve relativizada en función del cumplimiento de ciertos requisitos que garanticen la legitimidad de la decisión judicial; legitimidad que se ve cuestionada cuando determinados juicios no fueron imparciales, o cuando se destinaron a sustraer al acusado de la responsabilidad penal internacional, o cuando no fueron dirigidos diligentemente.

Es por ello que “la justicia material requiere excepciones a la aplicación del principio del *ne bis in idem* en el contexto del deber de los Estados de investigar, procesar y sancionar las violaciones a los derechos humanos” (Sala Penal Especial, incidente 17-05-D). De ello se puede deducir que, al tratarse de violaciones de derechos humanos, no se puede recurrir a la prescripción ni a la cosa juzgada.

4.5. Cumplimiento de órdenes de superiores

Resulta pertinente analizar en este apartado la sentencia que emitió la Sala Penal Nacional el 13 de octubre de 2006, expediente acumulado 560-03, caso *Abimael Guzmán Reinoso*, en la que por primera vez se aplica en la jurisprudencia peruana la tesis originariamente propuesta por Claus Roxin de la *autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder* a una organización criminal no estatal, como la del grupo terrorista Sendero Luminoso. Sin lugar a dudas este fallo se constituye en un importante precedente jurisprudencial por la pionera aplicación en nuestro medio de teorías que no necesariamente fueron identificadas originariamente con estructuras de poder no estatales.

En esa sentencia la Sala Penal Nacional, presidida por Pablo Talavera, se apoya en la doctrina de la autoría mediata desarrollada por Roxin para atribuir responsabilidad a título de autores a los dirigentes de la organización terrorista Sendero Luminoso, en la medida en que las reglas clásicas de la autoría y la participación son insatisfactorias para explicar y resolver los casos de intervención de los que dirigen y controlan una organización criminal.¹⁷

Para ello, la Sala argumenta, contrariamente a la posición de la Defensa, que la tesis de Roxin no se contrapone a su aplicación a los aparatos organizados de poder no estatales, ya que desde 1963 el propio Roxin ha sostenido que para el *dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado* en esencia sólo vienen en consideración dos manifestaciones típicas: a) aparatos estatales que operan al margen de la ley, por lo cual no opera la obediencia debida, y b) movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. Esta afirmación de la Sala se ve corroborada por un ulterior desarrollo que el propio Roxin hizo de su teoría al afirmar:

El modelo presentado de autoría mediata no solamente alcanza a delitos cometidos por aparatos de poder estatal, sino también rige para la criminalidad organizada no estatal y para muchas formas de aparición del terrorismo. Los conceptos mencionados son difíciles de delimitar, pues se entrelazan entre ellos. No obstante, no importa la calificación que se les dé, sino solamente el si están presentes los presupuestos descritos del dominio de la organización.

¹⁷ Véase Claus Roxin: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (traducción de la 6.ª edición: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 268.

No obstante la adecuada clarificación teórica del planteamiento de la autoría mediata de Roxin que desarrolla la Sala en este fallo,¹⁸ resultó imprescindible realizar un minucioso análisis de los presupuestos dependientes para el cumplimiento de esta teoría, a saber: a) la existencia de una fuerte estructura jerárquica a disposición del hombre de detrás, un aparato organizado de poder; b) la fungibilidad de los ejecutores, y c) que la organización opere desligada del ordenamiento jurídico.¹⁹

Respecto al primer presupuesto, es pertinente citar el razonamiento llevado a cabo por la Sala, en el cual, con base en diversas consideraciones de orden fáctico, finalmente concluye que la agrupación Sendero Luminoso es un aparato organizado de poder. Así, afirma:

Sin duda alguna, ha quedado debidamente comprobado que el Partido Comunista del Perú, conocido públicamente como Sendero Luminoso, es una organización clandestina que practicó el secreto tanto del colectivo como de sus integrantes, sean estos militantes, cuadros o dirigentes, jerárquicamente estructurada y fuertemente cohesionados sus miembros mediante su llamada base de unidad partidaria, con una clara distribución de funciones, pudiéndose identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización, todo lo cual nos permite inferir que se trata de un verdadero aparato organizado de poder.

Para reafirmar esta posición, y delimitar al mismo tiempo el rol de la dirigencia de Sendero Luminoso, la Sala agrega:

El poder de decisión de la Dirección era tal, que muchas de las órdenes consistían en una serie de gestos y prácticas que sólo los miembros de la organización y particularmente sus dirigentes manejaban. Así, era un procedimiento reglado por la cúpula, que previo a un aniquilamiento se tenía que desenmascarar a la víctima, sea un funcionario público o un empresario, ello se producía a través de afiches, volantes, periódicos u otros medios de comunicación o por concretas críticas que hacía la

¹⁸ Asimismo, se debe señalar que la Sala no sólo respalda su posición estrictamente en la teoría desarrollada por Roxin, sino también en la interpretación y estudio que de su teoría realizan dos autores nacionales que expresamente menciona la Sala en su sentencia, a saber: Iván Meini: "La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* n.º 4, Lima: Grijley, 2003, pp. 261-300, y José Luis Castillo Alva: "Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización", en *Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Lima: Ara, 2003, pp. 577-640.

¹⁹ Recientemente Claus Roxin: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. Band II*, Múnich: C. H. Beck, 2003, pp. 46 ss.

Dirección a un personaje en las sesiones de Comité Central u otros eventos y en los que proponían el aniquilamiento de determinadas personas. Las que en efecto al poco tiempo eran eliminadas y que posteriormente la Dirección Central expresamente destacaba como un éxito de la organización.

Resulta poco discutible la posición adoptada por la Sala Penal Nacional respecto a la calificación de la agrupación terrorista Sendero Luminoso como un aparato organizado de poder; sin embargo, se torna ya controvertible y problemático el reconocimiento de la fungibilidad de los ejecutores. La Sala manifiesta que el reconocimiento de la fungibilidad²⁰ se basa en que el resultado de la ejecución global del plan se encuentra asegurado independientemente de que alguno de sus miembros se niegue a realizarlo, puesto que concurren sustitutos que pueden ejecutar dicho plan.²¹

Para corroborar el presupuesto de la fungibilidad en el presente caso, la Sala manifiesta que Sendero Luminoso contaba con un amplio “stock” de ejecutores —aproximadamente 33 mil— que la Defensa y la propia organización no dudaron en llamar “maquinaria de combate”. A ello se agrega el hecho de que la organización elaboraba más de un plan para el aseguramiento de sus objetivos criminales, con lo cual preveía el posible desistimiento de alguno de sus ejecutores materiales.

Sin embargo, contrariamente a lo afirmado por la Sala, no creemos que se haya demostrado cabalmente la fungibilidad de los ejecutores materiales en tanto no se constituye en un hecho fáctico la posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato garantizando la ejecución del plan. Más aun cuando la cantidad de miembros de una organización no necesariamente se corresponda con el éxito de un hecho delictivo ni con la gravedad de los crímenes por cometer. Esto ayuda a deducir que el número de ejecutores materiales del delito no es un criterio legitimador para sostener la fungibilidad de éstos.

Por otro lado, respecto al dominio de la voluntad que implica la autoría mediata, la Sala sostiene que “el hombre de atrás no domina la voluntad del ejecutor de modo directo, sino sólo indirecto a través del aparato, que no es poco si tenemos en cuenta dos factores: primero, lo decisivo de la conducción del aparato, y segundo, la

²⁰ El término *fungibilidad* ha sido literalmente traducido del alemán *Fungibilität*, denotando así un desgaste material que no se identifica con el significado real que se pretende dar a esta figura penal, por lo que preferimos la utilización del término *intercambiabilidad*.

²¹ Véase Claus Roxin: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, op. cit., p. 47.

vinculación, la pertenencia y subordinación del ejecutor a la jerarquía del aparato”. Asimismo, respalda esta tesis afirmando que el ejecutor no tiene que ser considerado un instrumento en sí mismo, con lo que relativiza la voluntariedad como criterio determinante de la autoría mediata.

De *lege ferenda*, sostenemos que la autoría mediata necesita el dominio de la voluntad para su configuración, en razón de que, si no se domina la voluntad, *stricto sensu* se debería ubicar las conductas dentro de la instigación. Sostener lo contrario significaría oscurecer la delimitación que existe entre una y otra categoría dogmática. Es por ello que creemos correcta la atribución de responsabilidad penal de los dirigentes del grupo terrorista Sendero Luminoso a título de coautores.

Finalmente, más allá de las discrepancias teóricas, se debe destacar que la Sala no solamente recurre a los planteamientos de Roxin para atribuir responsabilidad penal a los dirigentes de Sendero Luminoso, sino que también respalda esa decisión jurídicamente recurriendo al literal *a* del inciso 3 del artículo 25.º del Estatuto de Roma, que establece que será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien cometa ese crimen por conducto de otro, sea éste penalmente responsable o no.

4.6. Inmidades

No existen fallos sobre la materia.

4.7. Amnistías e indultos

Esta institución jurídica se encuentra directamente relacionada con la finalidad que persigue el Estatuto de Roma, a saber: evitar la impunidad frente a lesiones de derechos humanos. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que esta institución ha sido utilizada por diversos gobiernos, no sólo para avalar las acciones violatorias de derechos humanos frente a conflictos internos, sino también para facilitar procesos de paz en países inestables políticamente.

Precisamente, luego de estos conflictos internos propiciados en el Perú por movimientos terroristas como Sendero Luminoso y el MRTA se aprobaron leyes de amnistía, como la ley n.º 26 479 (de amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos) y la ley n.º 26 492 (de interpretación y alcances de amnistía otorgada por la ley

n.º 26 479). Ambas leyes fueron motivo de un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en la sentencia del 14 de marzo del 2001, caso *Barrios Altos*, manifiesta que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

Con base en estas consideraciones la Corte declara que las leyes de amnistía n.º 26 479 y n.º 26 492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos; declara también que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se hace referencia en la sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.

Esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la que motivó que el Tercer Juzgado Penal Supraprovincial, en el caso *Barrios Altos*, dispusiera abrir instrucción en la vía ordinaria a los indultados con las leyes de amnistía. Asimismo, en la parte considerativa aclara que, según la ley n.º 27 775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por los tribunales supranacionales, las sentencias emanadas de la Corte Interamericana tienen efectos inmediatos y vinculantes para todos los funcionarios del Estado, incluyendo al Poder Judicial y el Ministerio Público.

En tal sentido, la Sala Penal Nacional se refiere al mismo tema en el incidente 17-05-C, y declara inaplicables al caso *El Frontón* la ley n.º 26 479 y la ley n.º 26 492, con la cual declara infundada la solicitud de excepción de amnistía planteada por la Defensa de los inculpados accionantes.

Las citadas jurisprudencias, tanto de tribunales nacionales como internacionales, nos permiten deducir el carácter de obligatoriedad que ha adquirido el castigo de

las violaciones de los derechos humanos, pues la renuncia a tal castigo a través de un proceso de amnistía implicaría el desconocimiento de las obligaciones que el Estado asume frente a la comunidad internacional.

5. Convenciones internacionales vinculadas con el derecho penal internacional

Hay múltiples fallos que se remiten a las convenciones de derecho penal internacional, en particular mediante referencias de derecho positivo. Son los fallos ya citados en el informe.

6. La implementación del Estatuto de Roma

No existen fallos que hayan enfrentado el problema de la implementación del Estatuto de Roma, la constitucionalidad de su ratificación por el Estado peruano o sus alcances inmediatos o mediatos en el derecho interno.

Jurisprudencia revisada

1. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en demandas contra el Estado peruano

Cayara. Cuestiones preliminares, 3 de febrero de 1993.

Neira Alegría y otros, 19 de enero de 1995. Neira Alegría y otros contra el Estado peruano. Desaparición forzada, genocidio.

Carolina Loayza Tamayo, 17 de setiembre de 1997. *Carolina Loayza Tamayo contra el Estado peruano*. Desaparición forzada.

Castillo Páez, 3 de noviembre de 1997. *Castillo Páez contra el Estado peruano*. Desaparición forzada.

Castillo Petruzzi, 30 de mayo de 1999. *Castillo Petruzzi y otros contra el Estado peruano*. Terrorismo.

Durand y Ugarte, 16 agosto de 2000. *Durand y Ugarte contra el Estado peruano*. Genocidio.

Cantoral Benavides, 18 de agosto de 2000. *Cantoral Benavides contra el Estado peruano*. Tortura.

Barrios Altos, 14 de marzo de 2001. *Chumbipuma Rodríguez y otros contra el Estado peruano*. Genocidio.

Lori Berenson, 25 de noviembre de 2004. *Lori Berenson contra el Estado peruano*. Terrorismo.

Huilca Tecse, 3 de marzo de 2005. *Huilca Tecse contra el Estado peruano*. Ejecución extrajudicial.

Castro Castro, 25 de noviembre de 2006. *Reclusos del penal Miguel Castro Castro contra el Estado peruano*. Genocidio

La Cantuta, 29 de noviembre de 2006. *Hugo Muzós Sánchez y otros contra el Estado peruano*. Desaparición forzada.

2. Sentencias del Tribunal Constitucional

Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos. Expediente n.º 010-2002-AI/TC. 03 de enero de 2003. Acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes Nos 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

Caso Villegas Namuche. Expediente n.º 2488-2002-HC/TC. 18 de marzo de 2004. Desaparición forzada.

Caso Gabriel Orlando Vera Navarrete. Expediente n.º 2798-04-HC/TC. 09 de diciembre de 2004. Exceso de carcerería.

Caso Martín Rivas. Expediente n.º 4587-2004-AA/TC. 29 de noviembre de 2005. Competencia jurisdiccional.

Pleno Jurisdiccional 003-2005-PI/TC. 09 de agosto de 2006. *Acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927*. Terrorismo.

3. Sentencias de la Sala Penal Nacional

20 de junio de 2001. Expediente n.º 154-2000. *Lori Berenson y el Estado peruano*. Terrorismo.

3 de noviembre de 2001. Expediente n.º 116-04. *José Carlos Rodríguez Casas y el Estado peruano contra Alejandro Román Rosales*. Tortura.

2 de setiembre de 2003. Expediente n.º 311-01. *El Estado peruano contra Castillo Petruzzi y otros*. Terrorismo.

- 5 de agosto de 2005. Expediente n.º 634-03. *El Estado peruano contra Wilbert Elki Meza Majino y otros*. Terrorismo.
- 10 de agosto de 2005. Expediente n.º 108-04. *Hilario Maldonado López contra Hugo Fernando Echegaray Merino y otros*. Tortura.
- 1 de setiembre de 2005. Expediente n.º 295-2002. *El Estado peruano contra Lucy Margarita Romero Acosta*. Terrorismo.
- 14 de noviembre de 2005. Expediente n.º 25-05. *Pedro Pablo Pinglo Tabeada y otros contra Domingo Arnaldo Gil Cruzado y otros*. Tortura.
- 20 de marzo de 2006. Expediente n.º 111-04. *Ernesto Rafael Castillo Páez contra Guido Felipe Jiménez Del Carpio*. Secuestro.
- 21 de marzo de 2006. Expediente Acumulado 01-93, 38-02, 85-94, 134-93, 183-94, 289-93, 290-93, 330-93, 770-93, 126-93 Y 522-03. *El Estado peruano contra Víctor Polay Campos y otros*. Terrorismo.
- 13 de octubre de 2006. Expediente 550-06. *El Estado peruano contra Abimael Guzmán y otros*. Terrorismo.
- 26 de octubre de 2006. Expediente 15-05. *César Augusto Ayaucán Arguedas (agraviado) contra Pedro Pachas Legua, Rubén Puga Carrillo y Sabino Cuzcano De La Cruz*. Tortura.
- 5 de febrero de 2007. Expediente 105-2004. *Manuel Pacotaype Chaupín y otros contra Luis Mariano Juárez Aspiro*. Desaparición forzada.

4. Otras

- Auto Apertura de Instrucción. 19 de enero de 2005. Expediente 125-04. Caso *El Frontón*. Instrucción abierta contra Alberto Tello Aliaga y otros. Asesinato.
- Auto Apertura de Instrucción. 01 de julio de 2005. Expediente 49-2005. Caso *Cayara*. Instrucción abierta contra José Rolando Valdivia Dueñas y otros. Desaparición forzada - Ejecución extrajudicial.
- Auto de Apertura de Instrucción. 16 de junio de 2005. Expediente 2005-045-0-1801-JR-PE-02. Caso *Penal Miguel Castro Castro*. Instrucción abierta contra Juan Briones Dávila y otros. Asesinato.
- 25 de noviembre de 2005. Incidente. Expediente n.º 36-05-"F". Caso *Accomarca*. Excepción de prescripción deducida por Roberto Contreras Matamoros.
- 6 de junio de 2006. Incidente 46-05 "U". Caso *Cayara*. Excepción de prescripción deducida por Augusto Luis Cano Polo.
- 30 de noviembre de 2005. Incidente n.º 17-05-"D". Caso *El Frontón*. Excepción de cosa juzgada deducida por Carlos Alberto Tello Aliaga y otros.
- Auto Apertura de Instrucción. Expediente n.º 2004-10218-0-0501-JR-PE-02. Caso *Cuartel Dos Cabitos*. Instrucción abierta contra Oscar Brush Noel y otros. Tortura.

URUGUAY

José Luis González González y Pablo Galain Palermo

1. Introducción

Las sentencias de los tribunales nacionales que directa o indirectamente invocan normas de derecho internacional se refieren a crímenes y delitos que en su mayoría fueron cometidos durante la vigencia del régimen cívico-militar que gobernó al país durante el período 1973-1985.

Tras el retorno a la democracia, Uruguay no contaba en su ordenamiento jurídico con un conjunto de normas orientadas a la persecución penal de crímenes internacionales (verbigracia: tortura, desaparición forzada, genocidio, etcétera).¹ No obstante, el elenco de delitos existentes en el Código Penal uruguayo habría sido suficiente para iniciar la investigación y el juzgamiento de los responsables.²

Así y todo, los tribunales de justicia se vieron impedidos de intervenir, no sólo por la vigencia de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado,³ sino por la falta de voluntad política de sucesivos gobiernos democráticos que —en uso de las facultades que la ley confería— se negaron a dar intervención a la justicia por denuncias contra militares y ex policías sospechosos de haber cometido crímenes de lesa humanidad durante el gobierno cívico-militar.

¹ Véase José Luis González: “Uruguay”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, pp. 495 ss.

² Véase Gonzalo Fernández: “Uruguay”, en Jörg Arnold, Jan Michael Simon y Jan Woischnick (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México: UNAM, 2006, p. 260.

³ Ley n.º 15 848, de diciembre de 1986.

No fue hasta la década del 2000 que se dictó el primer auto de procesamiento (2003), contra Juan Carlos Blanco, ex ministro de Relaciones Exteriores de la dictadura, y poco tiempo después lo sucedieron cuatro sentencias contra civiles, militares y ex policías denunciados por graves violaciones a los derechos humanos durante el período de facto (1973-1984). Cabe señalar que, si bien estas decisiones judiciales imputan crímenes de lesa humanidad, no todas fundamentan sus decisiones en normas de derecho internacional.

En marzo de 2005, la administración del presidente Vázquez impulsó en Uruguay no sólo una nueva orientación político-criminal,⁴ sino una nueva política en materia de derechos humanos. Con base en los informes de la Comisión para la Paz⁵ y en los indicios surgidos de los reiterados reclamos de las víctimas, ésta se concentró en la búsqueda de los detenidos desaparecidos y excluyó varias causas del amparo de la Ley de Caducidad para que pudieran ser juzgadas por los tribunales penales.⁶

Estos pronunciamientos judiciales marcaron el camino de la jurisprudencia nacional en materia de crímenes de lesa humanidad, así como la aplicación de normas de derecho penal internacional.

La aprobación de la ley n.º 18026,⁷ de Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, que tipifica la tortura, la desaparición forzada de personas y otros crímenes

⁴ Véase Pablo Galain Palermo: "Principales reformas en la legislación penal y procesal (2003-2006)", en *Revista Penal*, n.º 18, Madrid: La Ley, 2006, pp. 294 ss.

⁵ Según dice Gonzalo Fernández: "el único objetivo de la Comisión para la Paz es una limitada averiguación de lo ocurrido, únicamente en el caso de las víctimas de desaparición forzada y no en el caso de otros delitos". La resolución n.º 858/2000, de la Presidencia de la República, del 9 de agosto de 2000, invoca como fundamento de creación de la Comisión para la Paz, la necesidad de "dar los pasos posibles para determinar la situación de los detenidos-desaparecidos durante el régimen de facto, así como de los menores desaparecidos en iguales condiciones". En el *Informe final de la Comisión para la Paz*, del 10 de abril de 2003, § 12, dijo la Comisión: "En tal sentido, el Cuerpo ha tratado de actuar como una 'comisión de la verdad', de la que existen variados ejemplos en el derecho comparado; esto es, una comisión destinada a constatar, en cuanto le fuere posible, la verdad de lo ocurrido con las personas que fueron denunciadas como detenidas y desaparecidas, dentro y fuera de fronteras, durante el régimen de facto que se instaló en la República a partir del 27 de junio de 1973". Véase Gonzalo Fernández: "Uruguay", o. cit., pp. 409 s.

⁶ El Poder Ejecutivo ordenó excavar en predios militares para verificar la existencia de restos humanos que pudieran corresponder a las personas detenidas-desaparecidas e instruyó a los comandantes en Jefe de las tres Armas que informasen por escrito de las actuaciones cumplidas en la época del régimen militar. Los referidos informes reconocieron oficialmente la existencia de torturas y enterramientos clandestinos y proporcionaron elementos para determinar la ubicación física en donde habrían sido enterradas muchas de las víctimas del régimen militar. El resultado de la gestión fue el hallazgo de dos cuerpos humanos, enterrados respectivamente en un cuartel militar y en un predio particular, así como su posterior identificación y el reintegro a sus familiares.

⁷ De fecha 25 de setiembre de 2006, publicada en el *Diario Oficial* el 4 octubre de 2006 con el número 27 091.

de lesa humanidad, vino a llenar tardíamente un vacío legal en la materia, aunque carezca de efecto retroactivo.⁸

2 • Exposición y análisis de la jurisprudencia en Uruguay relacionada con el derecho penal internacional

2.1. Las sentencias que forman parte del presente informe tienen en común el juzgamiento de hechos punibles vinculados a los delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar (1973-1985). Empero, solo dos de ellas invocan normas de derecho penal internacional para fundamentar su decisión y analizan con rigor científico el alcance de diversos institutos de derecho internacional y el efecto que producen en la legislación nacional. Los demás fallos sólo se refieren indirectamente al derecho internacional, pese a que parten de consideraciones fácticas similares, que retrotraen a la coordinación represiva de las dictaduras argentina y uruguaya en el marco del Plan Cóndor.⁹ Sin perjuicio de ello, se trata de información relevante que guarda relación con el derecho penal internacional y coadyuva al análisis de la jurisprudencia en la materia.

Asimismo, corresponde tener presente que se trata de sentencias de primera instancia, sujetas a eventuales recursos y posteriores decisiones de órganos de alzada. Las causas por las cuales algunos de los fallos omiten referirse directamente al derecho internacional pueden ser variadas, pero es posible sostener que ello se debe a la escasez de legislación interna en el momento de ocurridos los hechos y la ausencia de su respectivo tipo penal como crimen internacional.

Efectuada la precisión, son cuatro las sentencias que analizan conductas punibles en el marco de crímenes internacionales, de las cuales dos se pronuncian sobre la

⁸ Véase Pablo Galain Palermo: "Uruguay", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnick (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg Augur-Universität Göttingen, 2006, pp. 401 ss.

⁹ Esta lamentable denominación partió de la delegación uruguaya presente en la República de Chile, en homenaje al país anfitrión, auténtico propulsor y coordinador principal de las ilegales actividades conjuntas de las "fuerzas represoras" de la región. Véase la solicitud de enjuiciamiento de 23.10.06, de la Fiscalía Letrada Nacional de 5.º Turno, a cargo de Ana Telechea, en el caso Michelini-Gutiérrez-Barredo-Whitelaw que se sigue en el Juzgado Letrado en lo Penal de 11.º Turno.

existencia de crímenes de lesa humanidad (tres sentencias interlocutorias que disponen el procesamiento de civiles, militares y ex policías y una sentencia interlocutoria que acoge una solicitud de extradición proveniente de la República Argentina).

2.2. Caso Barrios. Se trata de la privación de libertad de un ciudadano uruguayo que fue detenido el 17 de setiembre de 1974 en una vivienda situada en el barrio Farina de la ciudad de Córdoba, República Argentina, y permanece desaparecido hasta la fecha. En la denuncia presentada por sus familiares¹⁰ ante el juez Luis Charles, titular del Juzgado Letrado en lo Penal de 19.º Turno, se sostiene la presunta responsabilidad, por el secuestro y la muerte de Washington Barrios, de los militares uruguayos José *Nino* Gavazzo Pereira, Juan Manuel Cordero Piacentini, Jorge Alberto Silveira Quesada, Armando Méndez y Juan M. Rebollo. Varios de los denunciados, luego de haber reconocido su presencia en Automotoras Orletti¹¹ y la realización de tareas de coordinación e inteligencia con sus pares argentinos, fueron procesados por un delito de “privación de libertad en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de asociación para delinquir”. Según la sentencia n.º 1013/2006, de 11 de setiembre de 2006:

[Las acciones se dieron en un] contexto de coordinación operacional de los gobiernos de hecho que regían en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, denominado “Plan Cóndor”, cuyo objetivo central era el seguimiento, vigilancia, detención, interrogatorios con apremios psicofísicos, traslados entre países y desaparición o muerte de personas consideradas por dichos regímenes como subversivas del orden instaurado o contrarias al pensamiento político o ideológico opuesto o no compatible con las dictaduras militares de la región.

2.3. Caso Michelini-Gutiérrez-Barredo-Whitelaw. Se trata de los homicidios de los ex legisladores Zelmario Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz, y de dos ex militantes del Movimiento de Liberación Nacional (Tupamaros), Rosario Barredo y William Whitelaw, ocurridos en mayo de 1976 en la República Argentina. Los homicidios fueron precedidos del secuestro de las víctimas y el hurto de sus pertenencias, en un mismo procedimiento criminal. La denuncia fue presentada ante el juez Roberto

¹⁰ Autos caratulados: “Fernández Hilda y otros. Denuncia. Rebollo, Juan y otros. Antecedentes”, ficha 2-43332/2005.

¹¹ Centro clandestino de detención ubicado en el barrio de Flores, en Buenos Aires, República Argentina.

Timbal, titular del Juzgado Letrado en lo Penal de 11.º Turno, responsabilizando al ex presidente de la República Juan María Bordaberry y su ex canciller, Juan Carlos Blanco, por su conocimiento y participación indirecta en los hechos.¹² Ambos ex jerarcas fueron procesados como coautores responsables de cuatro delitos de homicidio muy especialmente agravados en perjuicio de Zelmar Michelini, Héctor Gutiérrez Ruiz, Rosario Barredo y William Whitelaw. Al respecto, la sentencia que dictó el auto de procesamiento, expresó:

[...] es impensable que ciudadanos uruguayos que, por lo que surge de las actuaciones incorporadas, no tenían participación en la política argentina, fueran secuestrados y se les diera muerte en dicho país sin intervención uruguaya o sin acuerdo entre las autoridades de ambos países, siendo entonces responsables quienes tuvieron participación directa y quienes adoptaron decisiones al respecto o influyeron en las mismas, determinándolas.

2.4. Caso Gavazzo y otros. Extradición. Se trata de la solicitud de extradición proveniente de la Argentina para juzgar en dicho país a varios militares uruguayos y a un ex policía que realizaban trabajos de coordinación con sus pares argentinos en el marco del Plan Cóndor.¹³ Se les imputa el haber cometido delitos de privación de libertad y homicidios contra ciudadanos de diversas nacionalidades. La solicitud fue presentada ante el juez Juan Carlos Fernández Lecchini, titular del Juzgado Letrado en lo Penal de 1.º Turno, quien hizo lugar a las extradiciones de Gilberto Valentín Vázquez Bisio, Ernesto Avelino Ramas Pereira, Jorge Silveira Quesada, Ricardo José Medina Blanco, José *Nino* Gavazzo Pereira y José Ricardo Arab Fernández, con la condición de que no podrían ser juzgados por el delito de asociación para delinquir. Esta sentencia, de 1.º de diciembre de 2002, invoca expresamente normas de derecho penal internacional; efectúa una nueva interpretación con relación al cómputo de los plazos de prescripción de ciertos delitos y concluye que los crímenes cometidos por la dictadura son delitos de lesa humanidad.

¹² Ficha del expediente n.º 100/10592/85.

¹³ El expediente fue caratulado: "Suprema Corte de Justicia remite: Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 7 de Argentina, of. 474/06 Ref. 143/06 de 8/5/06, solicitud de extradición de José Arab, José Gavazzo, Ricardo Medina, Ernesto Rama o Ramas, Jorge Silveira, Gilberto Vázquez y Julio Vadora", anotado con el n.º 56/06 al folio 9".

2.5. Caso Arpino Vega y otros. Se trata de la denuncia de la desaparición forzada de diez militantes uruguayos en manos de efectivos militares, y de la denuncia contra la persona del ex presidente de la República Juan María Bordaberry por el delito de atentado a la Constitución, por haber firmado el decreto que disolvió el Parlamento Nacional en 1973, contrariando las formas constitucionalmente reconocidas para el cambio de régimen político.

Por sentencia n.º 2146, de 20 de diciembre de 2006, la jueza Graciela Gatti, titular del Juzgado Letrado en lo Penal de 7.º Turno, dictó auto de procesamiento contra Juan María Bordaberry por diez delitos de homicidio especialmente agravados en reiteración real, en calidad de coautor, por la detención y tortura a que fueron sometidas las víctimas, y en función del régimen por él instaurado. De la sentencia surge que las Fuerzas Armadas fueron las responsables directas de los homicidios de José Arpino Vega, Eduardo Pérez Silveira, Luis Eduardo González, Juan Manuel Briebe, Fernando Miranda Pérez, Carlos Pablo Arévalo Arispe, Julio Gerardo Correa Rodríguez, Otermín Laureano Montes de Oca Domenech, Horacio Gelós Bonilla y Ubagesner Chávez Sosa, mientras Bordaberry cumplía funciones de presidente de la República.

3. Crímenes internacionales

3.1. Crimen de genocidio. No se registra jurisprudencia de delitos de genocidio.

3.2. Crímenes de guerra. No se registra jurisprudencia de crímenes de guerra.

3.3. Crimen de agresión. No se registra jurisprudencia de crímenes de agresión.

3.4. Crímenes de lesa humanidad. La jurisprudencia nacional conoce de casos que guardan relación con este tipo de crímenes.

3.4. Crímenes de lesa humanidad

3.4.1. Los crímenes de lesa humanidad están previstos en la legislación nacional en el artículo 2.º del Código Penal, en la redacción dada por el artículo 1.º de la ley n.º 18 026, de fecha 26 de setiembre de 2006, por remisión a lo dispuesto por el artículo 5 del Estatuto de Roma.¹⁴

¹⁴ El Estatuto de Roma fue aprobado por ley n.º 17 510 de 27.6.02.

La sentencia n.º 114 del Juzgado Letrado en lo Penal de 1.º Turno es la primera que se dicta en Uruguay referida a crímenes de lesa humanidad que invoca normas de derecho penal internacional.

Se refiere a conductas punibles cometidas en el extranjero por funcionarios del gobierno cívico-militar uruguayo durante la dictadura, motivada por un pedido de extradición de seis militares y un ex policía solicitado por la República Argentina, por reiterados delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del Plan Cóndor.

Si bien Uruguay en materia de extradición se afilia al sistema belga-holandés, por lo que al juez requerido le está vedado ingresar en el análisis de los elementos probatorios, no le está prohibido cotejar el alcance de la naturaleza jurídica del delito por el cual se solicita la extradición con los presupuestos reclamados por el derecho internacional para considerar determinadas conductas como delitos de lesa humanidad.¹⁵

En tal sentido, si bien la sentencia en cuestión no examina las acciones punibles de los miembros del gobierno en el marco de los elementos del crimen —esto es, relacionados con los aspectos objetivos y subjetivos del tipo penal—, acude a la doctrina y la jurisprudencia internacionales, en las que respalda su decisión, y destaca:

1. Que el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) se nutre de antecedentes del Tribunal de Núremberg, la ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; que los crímenes contra la humanidad se van desajando de los crímenes de guerra; que pueden cometerse en tiempos de paz; que las conductas deben conectarse funcionalmente con un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; que no es menester un ataque militar en el sentido del derecho internacional humanitario; y que los tipos pueden conjugarse con un solo acto de homicidio de una o más personas, torturas, violencia sexual, desaparición forzada o de privación de libertad.

¹⁵ En detalle, sobre cuestiones relacionadas con la extradición, véase Pablo Galain Palermo: "Uruguay", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August-Universität-Göttingen, 2007, pp. 493 ss.

2. La sentencia reconoce determinadas características que son consustanciales a los crímenes de lesa humanidad. En ese sentido acepta que lo generalizado del ataque puede ser definido como lo masivo, frecuente, acción a larga escala, llevado a cabo en forma colectiva con considerable seriedad y contra una multiplicidad de víctimas. Asimismo entiende que el carácter sistemático contiene cuatro elementos: la existencia de un objetivo político, de un plan según el cual se lleva a cabo el ataque o de una ideología para destruir, perseguir o debilitar a una comunidad; la perpetración de un acto criminal a gran escala contra un grupo de civiles o la reiterativa y continua comisión de actos inhumanos vinculados el uno al otro; la preparación y el uso de considerables recursos públicos o privados, sea militar o de otra índole; la implicación de altas autoridades políticas y/o militares para la definición del plan.¹⁶
3. Además, hace suyas las palabras de López Goldaracena cuando expresa: “La evolución de la noción del crimen contra la humanidad y su perfeccionamiento a través de convenios, declaraciones, etcétera, permite concluir que las violaciones de los derechos humanos cometidas por las dictaduras latinoamericanas son un delito contra la humanidad”.¹⁷
4. Invoca jurisprudencia extranjera coincidente con las expresiones doctrinarias formuladas, de la CIDH en el caso *Hermanas Serrano Cruz*, la resolución de 18 de noviembre de 1983 en la cual la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) resolvió declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen contra la humanidad, que también atenta contra las resoluciones 3450, 32/128, 33/173 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Pues bien. La frondosa argumentación doctrinaria y jurisprudencial invocada en esta sentencia se reputa suficiente como para considerar que las conductas punibles de los extraditables son crímenes de lesa humanidad, sin perjuicio de los tipos penales comunes aplicables al caso.

¹⁶ Véase Salvador Herencia: “Ecuador”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas*, o. cit., p. 249.

¹⁷ Véase Óscar López Goldaracena: *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*, Montevideo: Serpaj, 2006, pp. 78, 82.

En efecto, conforme al artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), se entenderán por *crimen de lesa humanidad* los actos descritos en la norma (verbigracia: asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, etcétera), siempre y cuando “se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

La sentencia señala que, habiéndose acreditado la existencia de un plan de exterminio, coordinado por las fuerzas armadas de los gobiernos del Cono Sur (Plan Cóndor) para cometer asesinatos y privaciones de libertad (delitos por los que se pretende juzgar a los extraditables), el elemento subjetivo —esto es, la intención y el conocimiento propio del ataque— “pueden inferirse de los hechos y las circunstancias del caso” (numeral 3, *Elementos de los crímenes*).

Va de suyo que la conexión entre los miembros de las fuerzas armadas de Argentina y Uruguay, principalmente, facilitó el “ataque sistemático” (contra la población civil y/o grupos políticos), y que dicha coordinación no era ni podía ser ignorada por quienes tenían a su cargo la función represiva o de gobierno. En consecuencia, el elemento de intencionalidad existe “si el autor tenía la intención de promover un ataque de esa índole” (artículo 7, numeral 3, *Elementos de los crímenes*).

A mayor abundamiento, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, interpretando su Estatuto, ha indicado que los crímenes contra la humanidad no deben estar dirigidos necesariamente contra toda una población civil en su conjunto, sino que basta que una parte de ella haya sido objeto de las conductas citadas para configurar los llamados “crímenes de lesa humanidad”.¹⁸

Ahora bien. Sin perjuicio de lo expresado, dos de los argumentos más significativos de la actividad represiva y las consecuencias de un plan de exterminio entre los gobiernos del Cono Sur provienen de fuentes oficiales que, en mayor o menor medida, coinciden en reconocer la responsabilidad institucional de los delitos cometidos. Uno de ellos es el informe de la Comisión para la Paz, que reconoce “la existencia de 28 personas muertas en manos de las Fuerzas Armadas”, y otro informe, más reciente, de fecha 8 de agosto de 2005, entregado por el comandante general de la Fuerza Aérea Uruguaya, Enrique Bonelli, al presidente de la República, en el que:

[...] admite que en 1976 se realizaron dos vuelos clandestinos que transportaron ciudadanos uruguayos detenidos en Argentina. Las personas trasladadas en el

¹⁸ *Prosecutor vs. Dragan Nikolic a.k.a. “Jenki” (Nicolik Case, Rule 61 Decision)*, caso n.º IT-94-2-61, 20/10/95, § 26.

“segundo vuelo” del 5 de octubre de 1976 se mantienen desaparecidas. Se trataría, probablemente, de uruguayos exiliados en la República Argentina detenidos clandestinamente en el marco de la coordinación represiva y que, luego de permanecer secuestrados en centros de reclusión clandestina, habrían sido transportados en el “segundo vuelo”.

En relación con estas víctimas se ignora su suerte posterior aunque probablemente hayan sido asesinados, desconociéndose el lugar en que se encuentran sus restos.¹⁹

Todos estos aspectos coadyuvan a fundamentar el fallo, sin perjuicio de la invocación de innumerable doctrina extranjera relacionada con el concepto de crímenes de lesa humanidad.

3.4.2. A pesar de la interpretación de la sentencia en cuestión en la causa de extradición contra funcionarios militares y policías uruguayos, donde se sostiene que los delitos cometidos por la dictadura son crímenes de lesa humanidad, no puede afirmarse que la jurisprudencia nacional sea pacífica.

En la causa seguida contra el ex presidente Juan María Bordaberry²⁰ no se hizo lugar al delito de atentado a la Constitución —por el que también había sido denunciado—, por considerar que no se trata de un crimen de lesa humanidad y, en consecuencia, había prescrito. Argumenta el fallo que el tipo penal que lo describe no se encuentra previsto en ninguna de las hipótesis normativas establecidas en el ECPI. Sostiene la jueza Gatti:

[...] establecido pues el concepto de delito contra la humanidad, resulta por demás patente que el delito de “Atentado a la Constitución” no ingresa en dicha categoría. En efecto, el hecho de que en el caso se haya efectuado una denuncia por concurso delictual no significa que todos los delitos que integran dicho concurso revistan la misma naturaleza y entidad. Por ello, y si bien algunos de los ilícitos denunciados podrían encuadrar en las hipótesis de delitos de Lesa Humanidad o Crímenes contra la Humanidad, lo cierto es que no es el caso del delito previsto en el artículo 132 numeral 6 CPU (“Atentado a la Constitución”).

La importancia de esta sentencia radica, por un lado, en que por primera vez la jurisprudencia uruguaya analiza la naturaleza jurídica del delito de atentado a la

¹⁹ Véase Óscar López Goldaracena: o. cit., p. 82.

²⁰ Sentencia n.º 2146, de 20.12.06, a cargo de la jueza Graciela Gatti.

Constitución en el marco del derecho internacional y, por otro lado, en que se imputa responsabilidad penal en calidad de coautor (cf. artículo 61.4 del Código Penal) a quien hubo cooperado durante el gobierno cívico-militar con el dictado de decretos gubernamentales sin los cuales —según la jurisprudencia— los delitos denunciados no se habrían podido cometer.

En la apelación presentada por el Ministerio Público contra el auto de procesamiento de Bordaberry que denegó la imputación del atentado contra la Constitución, se sostuvo que, si bien es cierto que esta figura jurídica no se encuentra textualmente plasmada en el artículo 7 ECPI, ello no impide que sea considerado como un crimen de lesa humanidad. Solicitó por ello su enjuiciamiento por atentado a la Constitución en calidad de autor en reiteración, con reiterados delitos de privación de libertad especialmente agravados, en calidad de coautor, en reiteración real, con dos delitos de homicidio muy especialmente agravados.²¹ Sostiene que los crímenes denunciados contra Bordaberry “son el resultado del régimen por él instaurado al disolver las Cámaras Legislativas”, así como “su decisión de quebrantar el orden institucional y su responsabilidad en los acontecimientos posteriores”. Fundamenta el agravio armonizando normas constitucionales, allí donde se reputa *reo de lesa nación* a quien atenta contra la Constitución de la República (cf. artículo 330). En tal sentido, la Fiscalía categoriza la acción punible dentro del elenco de crímenes de lesa humanidad, en razón de la gravedad ontológica del delito y las consecuencias que en último término atentan contra los bienes jurídicos protegidos (vida, integridad física y libertad).

En honor a la verdad, bien puede considerarse que el atentado a la Constitución no es un crimen de lesa humanidad. Es correcto sostener que el decreto gubernamental dictado por Bordaberry que disolvió el Parlamento generó un marco propicio para la comisión de los crímenes cometidos durante el régimen cívico-militar, y en tal sentido podría haber influido en el posterior “ataque generalizado y sistemático contra una población civil”,²² constituyendo una hipótesis de concurso de delitos. No obstante, esta circunstancia no es suficiente para calificar la conducta como crimen de lesa humanidad, pues, entre otras razones, tampoco pudo comprobarse fehacientemente en el proceso un acuerdo previo entre Bordaberry y los criminales directos para la comisión de tales crímenes. No cabe duda de que Bordaberry conjugó el

²¹ Véase nota al pie 11.

²² Presupuesto normativo del artículo 7 ECPI.

verbo típico de la figura en cuestión; sin embargo, la acción típica del atentado a la Constitución no sólo se encuentra omisa en los textos convencionales de alcance internacional que pudieran obligar al Estado uruguayo a perseguir penalmente la conducta, sino que, además, esta descripción normativa no forma parte del elenco de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (Preámbulo del ECPI).²³

En efecto, no sólo la ontología del delito de atentado a la Constitución previsto en el artículo 132.6 del Código Penal, sino también el propio tipo penal, exigen la comisión de actos directos que se encaminen al logro de un cambio del régimen constitucional vigente por medios no admitidos por el derecho público interno. Estamos frente a un delito de tendencia que requiere que el autor dolosamente pretenda un cambio ilegítimo del modelo democrático-republicano consagrado en la Constitución nacional. Por esta sencilla exigencia del tipo legal, ninguna relación tiene este preciso y determinado delito con cualquier acción encaminada a producir sistemáticos actos tendientes a secuestrar y hacer desaparecer personas, torturar o matar a “enemigos políticos”.

De allí que corresponde aplicar el principio de legalidad, y juzgar los hechos punibles respetando el marco de las figuras legales del ordenamiento jurídico interno, sin perjuicio del análisis respectivo del instituto de la prescripción.

Resulta claro que el principio de legalidad y la seguridad jurídica no pueden ser ignorados, ni siquiera para coadyuvar con la noble causa que implica la lucha contra la impunidad a fin de exigir responsabilidad a los violadores de los derechos humanos. Es en el ámbito penal donde las garantías de todos los justiciables frente al ejercicio del *ius puniendi* constituyen la *barrera infranqueable* de cualquier intencionalidad de política criminal que las ponga en contradicción, y estas garantías y principios dogmáticos protegen aun a los sospechosos de haber cometido los crímenes más despreciables. Es decir, el Estado de derecho tiene la obligación de apartarse del “derecho para enemigos” en el momento de juzgar a los perpetradores del propio

²³ Una interpretación teleológica no admite que dicho delito estuviese contenido en el artículo 7 del Estatuto de Roma, por las mismas razones de legalidad, determinación, taxatividad y seguridad jurídica que deben acompañar a cada tipo penal. Estas exigencias propias de todo sistema liberal y garantista tampoco permiten que el atentado a la Constitución ingrese a la categoría de crimen de lesa humanidad por la puerta del literal K del artículo 7 del Estatuto de Roma, justamente porque también éste viola el principio de taxatividad con una redacción que constituye una tipicidad indeterminada. Véanse las críticas expresadas en Pablo Galain Palermo: “Uruguay”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik, (eds.), *Dificultades jurídicas*, o. cit., pp. 425 s; en particular, una visión crítica de los tipos penales creados por la ley 18 026 (cf. artículos 20 a 25), que tipifica como crímenes de lesa humanidad actos aislados, en expreso desconocimiento de la razón de ser de este tipo de conductas.

Estado de derecho. En ese contexto, la dogmática penal cumple con uno de los principales cometidos al ofrecer reglas claras, racionales y seguras para la aplicación de los tipos penales a los casos prácticos. Parecería que, en la ocasión, la solicitud fiscal, que considera al delito de atentado contra la Constitución como un “acto preparatorio” o conexo de determinados crímenes de lesa humanidad, resulta de difícil aceptación como materia de derecho penal internacional, en este caso, ni siquiera por conexión de conductas que guardan muy disímil propósito. Como bien se interpreta en la sentencia correspondiente, el delito del artículo 132.6 del Código Penal ha prescrito, pues sigue las reglas generales de imputación y punibilidad.

Por tanto, la pretensión fiscal debe considerarse una forzada interpretación dogmática del artículo 126.3 del Código Penal, tendiente a lograr en un delito común el carácter de imprescriptibilidad que es propio de los crímenes de lesa humanidad. A pesar del meritorio esfuerzo fiscal dirigido a castigar un hecho de extrema gravedad social, ética y jurídicamente reprochable, en el caso concreto no es posible encontrar, lamentablemente, una fuente de derecho que avale dicha interpretación.

3.4.3. Con relación a la forma de intervención punible, la sentencia 2146 del Juzgado Letrado Penal de 7.º Turno transita por una dualidad de criterios, pues por un lado sostiene la posibilidad de atribuir el reproche punitivo en la modalidad del artículo 61.2 del Código Penal, es decir, el encubrimiento previo del funcionario público que se encuentra obligado a impedir el delito, en razón de que las condiciones en que actuaban las Fuerzas Armadas en función de las decisiones adoptadas por el indagado les aseguraban a sus integrantes la impunidad,²⁴ y por otro lado ubica la responsabilidad de Bordaberry en las previsiones del artículo 61.4 del Código Penal, esto es, califica su conducta como coautoría por cooperación indispensable con el acto criminal, posición que finalmente adopta.²⁵ Descarta la interpretación del Ministerio Público en atribuir la responsabilidad como coautor por instigación (ar-

²⁴ Cf. el artículo 61.2 CP: “Los funcionarios públicos que, obligados a impedir, esclarecer o penal el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo”.

²⁵ En Uruguay existe una doble clasificación de autor: quien ejecuta el acto consumativo del delito (autor mediato) y quien determina a personas no imputables o no punibles a cometerlo (autor inmediato [artículos 60 numerales 1 y 2 CP]). La coautoría se divide en cuatro modalidades: 1) por instigación; 2) la promesa de encubrimiento que presta el funcionario público encargado de la represión del delito, antes de la ejecución; 3) cooperación en el período consumativo, 4) la cooperación indispensable sin la cual el delito no se hubiera podido cometer (artículo 61 CP). En detalle, véase Gastón Chaves Hontou, Pablo Galain Palermo: *Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Uruguay*, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, pp. 18-42, en vías de publicación.

título 61.1 del Código Penal), porque “no existe prueba alguna de que Bordaberry hubiera instigado a los autores materiales de los delitos referidos en autos para que [éstos] se cometieran”.²⁶

Compartimos la decisión de la sentencia, aunque nos merece algún reparo la posibilidad de imputar una coautoría por el artículo 61.4 del Código Penal, que exige la cooperación en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito, al menos desde un punto de vista estrictamente causal. También estimamos correcto no abordar el tema desde la coautoría por determinación o instigación (artículo 61.1 del Código Penal), porque “el determinar presupone la concreción del hecho: es necesario que se induzca a una determinada lesión típica de un bien jurídico, pues la exhortación genérica a cometer hechos punibles no es suficiente”.²⁷

Según la sentencia, el decreto n.º 464/73 que disolvió el Parlamento es la clave de la imputación de coautoría por cooperación necesaria, en la medida en que Bordaberry generó “un estado de impunidad que permitió a las Fuerzas Armadas actuar sin control alguno”,²⁸ es decir, el concepto de coautoría que se sostiene equivale a otorgarle un aporte de tal magnitud que, de no haber sido por el entorno creado —esto es, por haber dictado los decretos gubernamentales que disolvieron las cámaras—, habría continuado imperando el orden institucional, con los respectivos controles político-legislativos, y el régimen represivo y sus consecuencias no hubieran ocurrido, o al menos no de la forma en que ocurrió.

La intervención de Bordaberry no fue un hecho aislado, sino que debe entenderse como “una forma de actuación” que se “había implementado para luchar contra la subversión, torturando, matando y violando sistemáticamente los derechos humanos de los detenidos”.²⁹ Según la sentencia, coadyuva la cooperación indispensable del coautor el “hecho de que al frente del gobierno estuviera un civil que él mismo mantenía cierto apego a la legalidad”.³⁰ Finalmente, en opinión de la jueza, lo importante no es verificar la etapa en que el indagado presta su colaboración, sino la forma y la calidad de la participación de otros en el hecho.

Por último, cabe mencionar que la sentencia refiere que “la Operación Cóndor” fue una “asociación ilícita” entre los jefes de Estado de varios países del Cono

²⁶ Numeral XV, sentencia n.º 2146, de 20.12.06.

²⁷ Véase Edgardo Donna: *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998, p. 77.

²⁸ Numeral XVI in fine, sentencia citada supra.

²⁹ Numeral XVI sentencia citada.

³⁰ Numeral XVII sentencia citada.

Sur, que tenía como objetivo “el secuestro ilegal de personas, su desaparición, muerte y/o tormento sin importar los límites territoriales o nacionalidades de las víctimas”, pero, sin embargo, no se imputa a Bordaberry el delito de asociación ilícita (conforme el artículo 150 CPU).

3.4.4. Delitos de desaparición forzada. En la causa seguida contra Bordaberry en el Juzgado Letrado Penal de 7.º Turno, la Fiscalía Letrada Nacional de 5.º turno sostuvo que debía considerarse desaparecidas a todas las personas que habían sido detenidas por el régimen, y cuyo destino todavía se desconoce, con excepción de Fernando Miranda y Ubagesner Chávez Sosa, cuyos restos fueron hallados. No obstante ello, el auto de procesamiento consideró acreditado que “como consecuencia de la detención y tortura a que fueron sometidos [...] fallecieron en manos de las Fuerzas Armadas”.³¹

En efecto, la sentencia 2146 se funda en doctrina³² y jurisprudencia nacional³³ que, con meros matices conceptuales, alegan que sostener la tesis de que los desaparecidos aún se encuentran con vida supone afirmar que permanecen privados de libertad en manos de las fuerzas de seguridad del Estado, “todo lo cual contraría la lógica de lo razonable”.³⁴

No tenemos el honor de compartir dicha interpretación, pues, con estricto rigor jurídico, no se ha encontrado ningún cuerpo humano,³⁵ no se ha extendido ninguna partida de defunción ni tampoco se cuenta con testigos o con la confesión de autores de los homicidios que indiquen el lugar de enterramiento. Es decir, no hay pruebas fehacientes de los homicidios que permitan desechar la tipificación de una privación de libertad (a falta de tipificación del delito de desaparición forzada, recientemente creado).

Similar criterio adopta la sentencia 1013 del Juzgado Letrado Penal de 19.º Turno,³⁶ al sostener que, a pesar de la forma en que fue torturado Soba Fernández en el centro clandestino de detención Automotoras Orletti (Argentina), y que “la lógica y el sentido común llevarían a concluir su muerte”,³⁷ dicta el procesamiento de mili-

³¹ Sentencia n.º 2146, Juzgado Letrado Penal de 7.º Turno, numeral XVIII.

³² Véase Miguel Langón y Germán Aller: *Criminología y derecho penal*, Montevideo: Del Foro, 2005, pp. 55 ss.

³³ Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3.º Turno, 30.4.2004, en la causa seguida por la desaparición de Elena Quinteros.

³⁴ Sentencia n.º 2146.

³⁵ Con excepción de Fernando Miranda y Ubagesner Chávez Sosa.

³⁶ Autos “Hilda Fernández. Denuncia c/ Mario Rebollo y otros”, ficha 2-43332/05, juez Charles.

³⁷ Numeral II in fine, sentencia n.º 2-43332/05. Juzgado Letrado Penal de 19.º Turno, juez Charles.

tares y policías por un delito de privación de libertad, en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de asociación para delinquir,³⁸ excluyendo el homicidio.

Asimismo, estimamos que la invocación a la Comisión para la Paz como fuente “oficial de la verdad”, citada por Miguel Langón Cuñarro y transcrita en la sentencia 2146, es improcedente, pues los informes posteriores de las Fuerzas Armadas, entregados al presidente en el año 2006, ponen de manifiesto severas contradicciones en relación con el destino eventual de las víctimas.

Si bien la ley n.º 18 026 no estaba vigente en el momento de comisión de los hechos, ésta implementa por primera vez en el ordenamiento jurídico penal uruguayo el tipo penal del delito de desaparición forzada de personas, y dice en el artículo 21.2: “El delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. De esta forma, se sustituye la consideración de “delito continuado” del anteproyecto y se adopta la figura de “delito permanente”, si bien cabe decir que las figuras tanto de delitos continuados como permanentes se manifiestan en relación con los delitos de resultado. El tipo penal objetivo de esta figura se realiza no sólo mediante la privación de libertad continua o permanente de una persona, sino *con la posterior negativa a brindar información acerca de su paradero*, acciones éstas que provocan un “efecto” delictivo espaciotemporal de “desaparición” actual y constante de la víctima. No cabe duda de que la conducta se consuma en el momento en que se niega la información sobre la persona cuya búsqueda se reclama, quien en dicho instante “desaparece” de la vida social y del ámbito de protección jurídica. Según parece indicar el tipo penal del artículo 21.2, el delito no se consuma con dicho acto sino que su consumación es *permanente* hasta tanto no se conozca el paradero del desaparecido.

En nuestra opinión, sin embargo, hay que realizar una distinción, pues, si bien el tipo penal subjetivo es permanente siempre que el estado de desaparición continúa debido a la *voluntad del autor de mantener la situación antijurídica*, en los hechos el tipo penal objetivo se realiza en el momento en que *se niega información respecto al paradero de la persona desaparecida*. Dogmáticamente los problemas se agudizan en cuanto al bien jurídico tutelado (verbigracia: la vida, la libertad, la identidad personal, los derechos humanos, la garantía institucional del Estado democrático, etcéte-

³⁸ El delito de asociación para delinquir fue revocado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2.º Turno.

ra),³⁹ discusión que debe tener lugar en el Uruguay tras la novedosa tipificación de la desaparición forzada de personas.⁴⁰

Ahora bien, volviendo al delito de desaparición forzada tipificado por la ley 18 026, éste se consuma en el momento en que se niega la información sobre la persona privada de libertad, y de esta forma, lo que permanece es la consecuencia o los efectos de la desaparición, es decir, si bien el delito se ha consumado, no se ha agotado. El agotamiento se producirá recién cuando los delincuentes consigan el propósito o los fines del delito, y éstos son los que brindan la noción de permanencia a la figura típica.

A su vez en el artículo 21.3 se indica:

El juez podrá considerar como atenuantes del delito de desaparición forzada de personas las siguientes circunstancias: a) que la víctima sea puesta en libertad indemne en un plazo menor [de] diez días; b) que se informe o actúe para posibilitar o facilitar la aparición con vida del desaparecido.

En el anteproyecto, la facultad de atenuar que ahora se brinda al juez competente no era tal, sino que la atenuación se consideraba como obligatoria siempre que se diera cualquiera de las dos circunstancias recién descritas. De esta forma, en nuestra opinión, se relativiza el efecto “premio” que el anteproyecto consideraba, en perjuicio de la víctima.

El 17 de diciembre de 2007 se produjeron los dos primeros procesamientos contra militares por el delito de desaparición forzada (cf. artículo 21, ley 18 026). En esa oportunidad, a instancias de la fiscal Mirta Guianze, el juez penal de 19.º turno, Luis Charles, procesó con prisión al ex dictador Gregorio Álvarez⁴¹ por la desaparición forzada de una treintena de personas. Una vez procesado Álvarez, tras la presentación de un recurso de nulidad renunciaron sus defensores privados, alegando que no había garantías para ejercer la defensa.⁴² Intimidado el ex dictador a nombrar nuevo abogado, solicitó le nombraran un defensor de oficio que fuera miembro del partido comunista.⁴³

³⁹ Véase sobre el tema específico del bien jurídico en este delito, Giovanna Vélez: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 99 ss.

⁴⁰ Véase Gastón Chaves Hontou y Pablo Galain Palermo: *Strafbare Mitwirkung*, o. cit., pp. 81 s.

⁴¹ Por el mismo delito se procesó también al marino retirado Juan Carlos Larcebeau y se solicitó la detención del también marino retirado Jorge Tróccoli.

⁴² Los mismos abogados habían intentado una excepción de inconstitucionalidad de la ley 18 026, que fue rechazada por la Suprema Corte de Justicia con fundamentos formales un tanto discutibles y posiblemente erróneos.

⁴³ Véase semanario *Búsqueda*, 20 de diciembre de 2007, p. 3.

En el auto de procesamiento el juez llegó a la conclusión de que la responsabilidad por la desaparición de las personas es imputable o atribuible a los más altos cargos militares. Por más que los militares procesados han negado todo tipo de conocimiento de los hechos de sus subalternos, se aplica la fórmula del artículo 28 del Estatuto de Roma, que exige al superior el deber de conocer y/o denunciar los hechos delictivos cometidos por personal bajo su mando. Con estos procesamientos la justicia nacional dilucidará si la responsabilidad penal de Álvarez y el reproche correspondiente se enmarcan dentro de los crímenes de lesa humanidad y el fenómeno del terrorismo de Estado.

3.5. Alcance del principio de legalidad en el derecho penal internacional

En el derecho penal internacional el principio de legalidad tiene características especiales y se expresa en la máxima *nullum crimen sine iure*. La existencia de una norma jurídica de carácter consuetudinario, convencional o mixto es la fuente válida para establecer una regla o norma obligatoria de comportamiento prohibitivo: abstenerse de cometer determinados crímenes, so pena de ser juzgados. El principio de legalidad en la materia no se viola en la medida en que existe un derecho que establece el carácter criminal de la conducta.⁴⁴

Por su parte, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴⁵ aprobado por Uruguay por ley n.º 13 751, de 11 de julio de 1969, consagra en forma explícita el principio *nullum crimen sine iure*, conforme viene de expresarse. Asimismo el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional o Internacional”.

La sentencia 2146 del Juzgado Letrado Penal de 7.º Turno, con relación al procesamiento de Bordaberry, adhiere a una interpretación exegética del principio de legalidad y no hace lugar a la responsabilidad penal solicitada por la Fiscalía respecto del delito de atentado a la Constitución como delito de lesa humanidad, por considerar que el tipo penal no se encuentra comprendido en ninguna de las hipótesis normativas del Estatuto del Tribunal de Núremberg ni del ECPI.

⁴⁴ Véase Rodolfo Mattarollo: *La jurisprudencia reciente Argentina y los crímenes de lesa humanidad*, en www.abogarte.com.ar/mattarollo2.htm, citado por Óscar López Goldaracena: *Derecho Internacional*, o. cit., p. 79.

⁴⁵ Adoptado por resolución 2220.º (XXI) de la AGNU el 16 de diciembre de 1966.

Por su parte, la sentencia n.º 114 del Juzgado Letrado Penal de 1.º Turno, relacionada con la extradición de militares uruguayos a la Argentina, analiza el alcance de la aplicación de normas de derecho penal internacional en el marco del principio de legalidad. Si bien reconoce que parte de la doctrina nacional sostiene que es posible juzgar los crímenes internacionales aplicando normas del derecho internacional a pesar de la inexistencia de los respectivos tipos penales incriminatorios,⁴⁶ la sentencia se pronuncia conforme a un estricto rigorismo legal, esto es, considerando que deben aplicarse las normas existentes en el ordenamiento positivo nacional.

En tal sentido, se pronuncia a favor de la tesis del juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, pero aplicando los tipos penales vigentes en el ordenamiento jurídico nacional en el momento de la comisión del ilícito. Vale decir, no podrá iniciarse persecución penal por el delito de “desaparición forzada”, sino por el delito de “privación de libertad”; no podrá juzgarse por el delito de “tortura” sino por el delito de “lesiones”; ni por “asesinato”, sino por “homicidio”. Al respecto expresa:

No se puede aplicar el tipo internacional primitivo, insuficientemente descriptivo, muchas veces carente de pena y tantas veces remitente al derecho penal nacional. El tipo a aplicar será el nacional. En los sistemas penales nacionales rige el principio *nullum crimen sine lege*. De modo que por él nos basaremos en los tipos penales nacionales. En esta etapa de la evolución del derecho penal internacional no se admite otra solución. El recurso a un tipo penal consuetudinario o basado en principios generales no es aceptable. Y en este punto el despacho se aparta de las opiniones que transitan ese camino. Al contrario, el principio *nullum crimen sine lege scripta y stricta* es un principio de todas las naciones, por lo cual es un principio general del Derecho Internacional.

En apoyo de su tesis, reitera innumerable doctrina nacional y extranjera que, con significativas variantes conceptuales, coincide en sostener la aplicación de las normas de derecho interno ante la ausencia de tipos penales previstos en el derecho penal internacional.⁴⁷

⁴⁶ Véase Óscar López Goldaracena: *derecho internacional*, o. cit., p. 80.

⁴⁷ Como ejemplo, refiere a la opinión doctrinaria de Ezequiel Malarino, quien expresa que “la ausencia de tipos específicos penales para reprimir los crímenes internacionales en el derecho interno argentino no puede ser suplida recurriendo a las figuras de crímenes internacionales tal como están previstos en las convenciones o la costumbre internacionales. Porque en el ámbito interno argentino operan las garantías del *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. El primitivismo del derecho penal internacional no puede justificar un orden imperfecto en materia de garantías. Por ello en Argentina los hechos que encuadrarían en las figuras de crímenes internacionales sólo podrán ser juzgados con base en los tipos del derecho penal clásico como homicidio, lesiones leves, graves y gravísimas, aborto, privación de libertad, violación, pp. 61-62”. En igual sentido la sentencia invoca la opinión de Isabel Santalla, quien expresa: “Ningún tipo penal nacional abarca la conducta del crimen contra la

Nosotros compartimos las opiniones doctrinales que vienen de enunciarse, a la vez que consideramos correcta la interpretación que formula la sentencia. Nos habíamos manifestado así en anterior oportunidad.⁴⁸

3.6. Prescripción

En la causa seguida contra Bordaberry en el Juzgado Letrado Penal de 7.º Turno, el petitorio fiscal exigía responsabilidad al encausado por un concurso delictual que incluía no sólo la imputación de los delitos de homicidio muy especialmente agravados, sino también la imputación del delito de atentado a la Constitución (conforme el artículo 132.6 del Código Penal), que la jueza entendió que se encontraba ya prescrito. Según la sentencia: “la prescripción que se examina se ha consumado con fecha 1.º de marzo de 2005, y ello pese a que la denuncia hubiera sido deducida en tiempo útil, en el año 2003, puesto que, a juicio de la Sede, la misma no resulta idónea para interrumpir el cómputo del plazo”. En opinión de la jueza, la prescripción sólo puede ser interrumpida por un acto concreto que exija la detención del sujeto y no cualquier otra instancia judicial, como puede ser la denuncia de parte o incluso alguna disposición de la propia sede en el sentido de la instrucción del caso. En definitiva, “no ha existido en el caso orden de arresto del indagado antes de que se cumplieran los 20 años contados desde el 1.º de marzo de 1985, y dado que no se trata de un delito perseguible a instancia de parte o, lo que es lo mismo, no se trata de un delito “en los que no procede el arresto” al decir del codificador, la prescripción no ha sido válidamente interrumpida y resulta consumada a la fecha”. Conforme lo expresado precedentemente (Delitos de lesa humanidad: 3.4.2), el delito de atentado a la Constitución no reúne las características normativas para ser considerado un cri-

humanidad en forma específica. Las conductas podrían ser perseguidas a través de los tipos penales de criminalidad cotidiana, pp. 87-89”; sin agotar la lista de autores citados, la sentencia también se refiere a la opinión del jurista chileno José Luis Guzmán Dalbora, quien manifiesta: “En cuanto al delito de genocidio no existe un tipo nacional. No se ha hecho la adecuación de la legislación interna, imprescindible para poder perseguir y sancionar semejantes actos. No se reconoce en Chile la posibilidad de que un crimen internacional surja directamente del derecho supraestatal, convencional o consuetudinario. La protección de los derechos humanos fundamentales establecida en tratados adquiere el rango constitucional desde su ratificación pero todo delito requiere, por mandato constitucional, una *lex scripta*. La legislación o costumbre internacionales no tienen validez para dar vida a ninguna infracción penal. Esto vale para las reglas especiales que contempla el Derecho Internacional sobre tales crímenes. Los actos de genocidio pueden ser castigados en Chile por la tipificación que la legislación interna consulta: asesinato, secuestro, lesiones”. Véase p. 83.

⁴⁸ Cf. José Luis González González: “Uruguay”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, o. cit., p. 499; Pablo Galain Palermo: “Uruguay”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas*, o. cit., p. 425.

men de lesa humanidad; en consecuencia, habiendo transcurrido los plazos previstos en la legislación interna para perseguir penalmente la conducta, no cabe otra conclusión que la de que el delito efectivamente ha prescrito.

En la sentencia n.º 114 del Juzgado Letrado Penal de 1.º Turno, el juez Fernández Lecchini se pronunció sobre la no prescripción de los delitos cometidos por los militares uruguayos en Argentina, por los cuales se solicitó su extradición. Uno de ellos es el delito de privación de libertad. En virtud de las reiteradas citas doctrinales invocadas en la sentencia, que dan cuenta de su carácter permanente, el *a quo* concluye que “éste es un elemento que lleva a no dar por consumada la prescripción de los delitos motivantes, a los efectos de este trámite de extradición”. El juez recurre a la teoría del delito permanente en la medida en que el plazo de prescripción para las personas desaparecidas comienza desde el momento en que recobran su libertad.

Ahora bien, según la sentencia, tampoco deberá computarse el tiempo en que se impidió el libre ejercicio de los poderes e instituciones estatales, habida cuenta de que el poder político se concentraba en el Poder Ejecutivo, el cual ostentaba la calidad de juez y parte. En tal sentido, el fallo también transcribe la opinión de José Luis Guzmán Dalbora cuando expresa:

[...] la prescripción no empezará a correr: mientras se prolongue un régimen de terror y fuerza de los que destruyen las bases de la administración de justicia o diseminan un tejido de obstáculos en la estructura jurídico pública para que aquella, una vez recuperada la normalidad institucional, no pueda perseguir oportuna y eficazmente los crímenes; mientras los órganos del Estado hagan posible la falibilidad y limitación que lleva a la prescripción; mientras no concurra una inercia no contaminada de los organismos de persecución; mientras el Estado no se muestre con ganas y capacidad de castigar; mientras los órganos judiciales no sean capaces de empezar y proseguir seriamente el proceso de enjuiciamiento.⁴⁹

En igual sentido, resulta particularmente interesante la interpretación de la sentencia con relación al efecto que producen las leyes de impunidad respecto de la prescripción. Si bien la sentencia n.º 114 del Juzgado Letrado Penal de 1.º Turno se refiere a las leyes de Punto Final y Obediencia Debida aprobadas en la Argentina, luego desplaza su interpretación a casos análogos. Su tesis va más allá del no cómputo

⁴⁹ Sentencia n.º 114, p. 72.

del plazo de prescripción durante el período de la dictadura, puesto que también alcanzaría el período en que estuvieron vigentes dichas leyes, ya en plena democracia. Según esta jurisprudencia:

[...] mientras ellas rigieron no corrió la prescripción. Y que, por fin, la prescripción retomó su curso una vez derogadas las leyes mencionadas. Estos argumentos llevan a dar por no acreditada la prescripción de los delitos por los cuales se pide la extradición. Conforme los plazos que establece el derecho nacional argentino.⁵⁰

Y agrega:

En los derechos nacionales puede relevarse la existencia de un principio. Al justamente impedido no le corre término. A los damnificados por los delitos de lesa humanidad no les corre el plazo para presentarse ante los estrados y pedir justicia mientras leyes que muestran una incapacidad de castigar se impongan con su funcionalidad. Estos argumentos llevan a sostener que los delitos base motivantes no han prescrito.⁵¹

Más adelante el juez reafirma la tesis:

[...] si en Argentina rige la Convención Interamericana de Derechos Humanos y si ella establece el derecho de las víctimas a acudir al Poder Judicial para la investigación y castigo de los hechos (ídem Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículos 2, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13), las posteriores leyes de punto final y obediencia debida así como los indultos no pueden tener por efecto impedir el juzgamiento en el futuro. A lo más pueden suspender la pretensión punitiva del Estado. Y no pueden hacer correr los plazos de prescripción sino que éstos han de quedar suspendidos. Y esto por lo siguiente. Si una norma nacional por incorporación establece una disposición y una norma nacional posterior establece la solución opuesta, la ley posterior de igual jerarquía que la anterior deroga a ésta. En un sistema de normas no puede haber dos de igual jerarquía y que establezcan soluciones opuestas. Como no se discute que en Argentina rija la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la única solución sistemática es interpretar las normas posteriores mencionadas de forma que no colidan con la men-

⁵⁰ Sentencia n.º 114, p. 34.

⁵¹ *Ibidem*.

cionada Convención. Porque en definitiva las normas internacionales incorporadas al derecho argentino son ni más ni menos que derecho argentino.⁵²

Refuerza su interpretación invocando un fragmento de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, para argumentar que no existe contradicción entre nuestra Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva y la CIDH, donde refiere “que un sistema normativo no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema”⁵³ y concluye que no existe contradicción porque se trata de dos normas de igual jerarquía. Siendo así, si fuera contradictoria la Ley de Caducidad tendría que haber derogado a la Convención. Luego agrega:

Como nadie sostiene que la Convención Interamericana no sea derecho vigente en Uruguay (lo mismo ocurre en Argentina), la conclusión es que las normas de no castigo no contienen disposición contraria a la Convención Interamericana.⁵⁴ La solución es que no hacen correr la prescripción sino que suspenden la acción penal y también el transcurso de la prescripción, si se las interpreta correctamente.

Conforme viene de expresarse, se reitera el novedoso concepto relacionado con el no cómputo del plazo de prescripción durante la vigencia de las leyes de no castigo.

Si los argumentos que vienen de expresarse constituyen la base para acoger la solicitud de extradición y sostener válidamente que los delitos reclamados por Argentina no han prescrito, entonces también habría que concluir que, de aplicarse en Uruguay el mismo criterio, se abriría el camino para extender la persecución penal en aquellos casos en que se aplica el cómputo *tradicional* de la prescripción. Si a las víctimas no les corre plazo para acudir a la administración de justicia debido a la vigencia de leyes que muestran una “incapacidad para castigar”, entonces, mientras se encuentra vigente en Uruguay la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (n.º 15.848), tampoco debería computarse el plazo para la prescripción de los delitos.

Por su parte, la sentencia n.º 14 del Juzgado Letrado Penal de 1.º Turno refuerza la tesis de la imprescriptibilidad de los delitos atribuidos a los extraditables milita-

⁵² Sentencia n.º 114, o. cit., p. 59.

⁵³ Véase Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1987, pp. 156, 157, citado en la sentencia en la p. 59.

⁵⁴ A dichos efectos corresponderá tener presente la respuesta a la consulta formulada por Uruguay a la CIDH sobre el alcance de la Ley de Caducidad. La Comisión sostuvo que la ley 15 848 es incompatible con la Declaración Americana de Derechos del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos y recomienda a Uruguay la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de los derechos (recomendación número 9229).

res y ex policías uruguayos a la Argentina,⁵⁵ al invocar el caso del pedido de extradición de *Schwammburger* comentado por Ezequiel Malarino, quien pone de manifiesto la discusión entre los jueces que otorgaron la extradición, referente a la aplicación del derecho penal internacional en el ámbito interno de cada país.⁵⁶ Dice:

En su voto Schiffrin consideró que, si bien en general una norma que agrava las condiciones de prescripción de un delito ex post contradiría el principio de legalidad, en el caso esto no sucedía por tratarse de un crimen internacional (homicidios cometidos por miembro de la SS durante la ocupación alemana de Polonia). Siguió argumentando el juez que los hechos que se imputaban a Schwammburger fueron tipificados como crímenes contra la humanidad y, por tal razón, imprescriptibles de conformidad con el Derecho internacional. Agregó que las normas de Derecho internacional sobre imprescriptibilidad son aplicables directamente al Derecho nacional. Argumentó por fin que el principio *nullum crimen* no tiene aplicación estricta en el ámbito de crímenes internacionales.

4. Incidencia de fallos de tribunales internacionales y/u organismos internacionales en la actuación de los tribunales uruguayos

4.1. Parte de la jurisprudencia relevada abunda en la invocación y transcripción de fallos de tribunales internacionales. En general se trata de resoluciones dictadas por la ONU, la Organización de Estados Americanos (OEA), el ECPI, la Sociedad de las Naciones, o causas judiciales de conocimiento público. Los temas recurrentes tienen relación con la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, el concepto de delitos de lesa nación y el principio de legalidad.

Así, en la sentencia 114 del Juzgado Letrado Penal de 1.^{er} Turno, sobre la extradición a la Argentina, se recurre a la definición del ECPI para asimilar los hechos punibles de los extraditables a los crímenes allí descritos. Dice el juez que en el “preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Perso-

⁵⁵ Por considerarlos delitos de lesa humanidad.

⁵⁶ Véase Ezequiel Malarino: “Argentina”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional*, o. cit., pp. 71 y s.

nas, en el ‘REAFIRMANDO’, se recuerda que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”,⁵⁷ y agrega que “la figura de la desaparición forzada es consagrada en el Estatuto de Roma. Es esta consagración una cristalización de la *opinio juris* de los Estados, recogida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaraciones de la OEA y de ONU”.⁵⁸

Por su parte, al referirse a la sistemática práctica de la tortura, trae a colación el fallo del 18 de enero de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que “comprueba la modalidad de prácticas administrativas como carácter de las torturas infligidas por Irlanda del Norte en interrogatorios de prisioneros en el año 1970, con fines de obtener información, castigo, intimidación, etcétera”. Además, señala que la *doctrina de la seguridad nacional* produjo una sistematización en la violación de los derechos humanos.⁵⁹ En el *caso Pinochet*, ante la Cámara de los Lores del Reino Unido, lord Browne Wilkinson sostuvo que la tortura estatal era, ya antes de 1984, un crimen internacional en el sentido más elevado.⁶⁰

5 • Presentación de causas ante la CIDH

5.1. Caso Gelman. En el año 2003, el ciudadano argentino Juan Gelman presentó ante los tribunales nacionales denuncia penal por la desaparición de su nuera, María Claudia García Irureta Goyena de Gelman, ante la presunta comisión de delitos de privación de libertad u homicidio contra su persona, y supresión de estado civil de su nieta Macarena.

Luego de sucesivas instancias judiciales, en las que se recolectó prueba testimonial y documental, se interpusieron recursos, se solicitó la remoción del Ministerio Público y hasta hubo una solicitud de inconstitucionalidad, el Tribunal de Apelación en Materia Penal de Segundo Turno acogió la pretensión del fiscal Enrique Moller de

⁵⁷ Sentencia n.º 114, p. 46.

⁵⁸ Sentencia n.º 114, p. 11.

⁵⁹ Sentencia n.º 114, p. 48.

⁶⁰ *Ibidem*.

archivar la causa, por considerar que el Poder Ejecutivo de la administración Batlle la incluyó en la Ley de Caducidad y, en consecuencia, se trataba de “cosa juzgada”. El juez Mirabal, titular del Juzgado Letrado Penal de 2.º Turno, la archivó formalmente en el año 2005.

Ante la falta de respuesta del sistema judicial respecto de la investigación de una causa emblemática, y agotada la vía interna prevista en el ordenamiento jurídico uruguayo, el caso se presentó ante la CIDH.⁶¹

La denuncia planteaba que Uruguay había violado derechos protegidos por el sistema interamericano: el derecho al debido proceso legal y a la protección judicial de las víctimas (artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la CIDH, artículos 1.b, III, IV, V y XII de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, artículos 1, 6, 8 y 11 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura); el derecho a la verdad (artículos 1.1, 8, 13 y 25 de la Convención Americana); la obligación general de investigar violaciones del derecho a la vida, a la libertad y la integridad física y psíquica y de castigar seria y efectivamente esas violaciones (artículos 1.1, 4, 5 y 7 de la Convención Americana, artículos 6 y 8 de la Convención sobre la Tortura y artículos 1.b, III y IV de la Convención sobre Desaparición Forzada); el derecho a la integridad personal del señor Juan Gelman, su familia y María Macarena Gelman (artículos 1.1 y 5.1 de la Convención Americana); los derechos a medidas especiales de protección para los niños, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección de la honra y de la dignidad, al nombre y a la protección de la familia en relación con el señor Juan Gelman y su familia y con María Macarena Gelman (artículos 1.1, 3, 11, 17, 18 y 19 de la Convención Americana y el artículo XII de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas).

5.2. La respuesta del gobierno uruguayo ante la Comisión ha sido informar de su política en materia de derechos humanos y los avances que ha habido en tal sentido, pero, en rigor, no se pronunció sobre la solicitud de remoción del obstáculo jurídico que impide la reapertura de la causa y el juzgamiento de los responsables, esto es, la remoción de la Ley de Caducidad. Recientemente, con fecha 10 de mayo de 2007, la CIDH declaró la admisibilidad del caso con el n.º 12 607 y afirmó su competencia jurisdiccional para entender en la denuncia presentada por los peticionantes.

⁶¹ La denuncia fue presentada en Washington DC el 8 de mayo de 2006, conjuntamente por Juan Gelman, representado por su abogado, su nieta (Macarena) y el CEJIL.

Bibliografía

- CHAVES HONTOU, Gastón, y Pablo GALAIN PALERMO: *Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Uruguay*, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, en vías de publicación.
- DONNA, Edgardo: *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo: "Uruguay", en Jörg Arnold, Jan-Michael Simon y Jan Woischnick (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México: UNAM, 2006, pp. 259-271.
- GALAIN PALERMO, Pablo: "Uruguay", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnick (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg August-Universität Göttingen, 2006, pp. 401-447.
- "Principales reformas en la legislación penal y procesal (2003-2006)", en *Revista Penal*, n.º 18, julio 2006, Madrid, La Ley, pp. 294-299.
- "Uruguay", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August-Universität-Göttingen, 2007, pp. 493-556.
- GONZÁLEZ, José Luis: "Uruguay", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, pp. 495-534.
- LANGÓN, Miguel, y Germán ALLER: *Criminología y derecho penal*, Montevideo: Del Foro, 2005.
- LÓPEZ GOLDARACENA, Óscar: *derecho internacional y crímenes contra la humanidad*, Montevideo: Serpaj, 2006.
- VÉLEZ, Giovanna: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

Jurisprudencia

- Sentencia n.º 1013/2006, de 11 de setiembre de 2006, Juzgado Letrado en lo Penal de 19.º Turno.
- Sentencia n.º 1133, de 16 de noviembre de 2006, Juzgado Letrado en lo Penal de 11.º Turno.
- Sentencia n.º 114, de 1 de diciembre de 2006, Juzgado Letrado en lo penal de 1.º Turno.
- Sentencia n.º 2146, de 20 de diciembre de 2006, Juzgado Letrado en lo Penal de 7.º Turno.
- Sentencia de admisión n.º 12607, de 10 de mayo de 2007, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Introducción

El siguiente trabajo tiene como fin el estudio de la jurisprudencia venezolana más relevante en materia de derecho penal internacional. Para ello se analizan las sentencias más importantes que sobre el tema, o relacionadas con él, ha dictado el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) bajo la vigencia de la Constitución de 1999. Por lo tanto, no se hace referencia a las sentencias de órganos supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sino únicamente cuando la propia jurisprudencia nacional ha hecho alusión a ellas. En términos generales se excluyen también las referencias a la jurisprudencia del TSJ en materia de cooperación internacional, ya que ella fue expuesta en el informe anterior sobre Venezuela en ese ámbito.¹

¹ Al respecto, Juan Luis Modolell: "Venezuela", en Ambos et al. (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August-Universität-Göttingen, 2007, pp. 557 ss.

2. Aplicación directa del Estatuto de Roma en el derecho interno venezolano

Como he expresado anteriormente, en Venezuela existe un déficit considerable en lo que se refiere a la implementación en el derecho interno de los tipos penales establecidos en el Estatuto.² No obstante, una curiosa sentencia de la Sala Constitucional del TSJ pareciera admitir la posibilidad de aplicar directamente el Estatuto, para el castigo en Venezuela de los delitos allí tipificados. Así, afirma dicha sentencia en una de sus conclusiones:

La responsabilidad penal en las causas por delitos de lesa humanidad (delitos comunes) se determinará según lo disponen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito por Venezuela, en cuanto a la parte sustantiva; y el Código Orgánico Procesal Penal en cuanto a la parte adjetiva.³

Claramente se expresa que, para la persecución de los delitos de lesa humanidad en Venezuela, se aplicarán en la parte sustantiva la Constitución Nacional (CN) y el Estatuto de Roma, aunque sin mencionar el Código Penal (CP), mientras que en la parte adjetiva se aplicará el Código Orgánico Procesal Penal (COPP). Pues bien, ello no deja de parecer una simple declaración para la galería, ya que la ausencia de un sistema de penas en el Estatuto, compatible con el establecido en el CP, y su vinculación al principio de legalidad, tornan inaplicable la decisión mencionada. En efecto, aun cuando los tratados internacionales adquieran rango de ley en el derecho interno, al ser ratificados por la Asamblea Nacional (artículo 187.18, CN), ello no implica que los tipos penales establecidos en el Estatuto puedan ser aplicables directamente en el derecho interno. Según lo establece el propio Estatuto, el único órgano competente para la aplicación de las penas establecidas en él es la Corte Penal Internacional (CPI) (véanse los artículos 1 y 4.2)

² Véase mi informe sobre Venezuela en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, pp. 535 ss.

³ Sentencia n.º 3167, del 9-12-2002 (ponente Delgado Ocando).

3. Delito de lesa humanidad

3.1. Definición

El TSJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con la definición del delito de lesa humanidad. Así, su Sala Constitucional ha considerado que estos delitos “se equiparan a los llamados *crimen majestatis*, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano” (destacado en la sentencia).⁴ Resulta sorprendente, y además peligroso, equiparar los delitos de lesa humanidad con los crímenes “contra la patria o el Estado”. La seguridad de la nación, la estabilidad de las instituciones, el orden constitucional, en modo alguno pueden constituir intereses superiores a la dignidad humana ni a los derechos fundamentales de la persona. La equiparación que hace la sentencia revela la tendencia de la Sala Constitucional del TSJ venezolano a proteger al Estado frente a los derechos de los particulares, y concretamente defender las acciones del poder. En relación con esta última característica se puede citar la sentencia 1942 de la misma Sala Constitucional, del 15 de julio de 2003 (ponente Cabrera Romero), según la cual:

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional [...] Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son —por ejemplo— las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *eiusdem*). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos per se, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [...] Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, *que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale*, conjuntamente con los mecanismos que lo ha-

⁴ Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1712 del 12-9-01 (ponente Cabrera Romero).

gan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo [...] Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, *ni los derechos fundamentales de la República*.⁵

La conclusión de que únicamente podrán transferirse competencias a organismos supranacionales cuando así lo establezca expresamente la Constitución es fundamentada por la última sentencia citada en lo que califica de “derechos irrenunciables de la Nación” o, más grave y sorprendente aún, “derechos fundamentales de la República”, como son “la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional”. De cierta forma, según la sentencia comentada, la protección de los derechos humanos en Venezuela queda supeditada a principios totalmente vagos que operan a favor del Estado, como la “soberanía”, la “autodeterminación nacional” o la “integridad territorial”. La idea implícita en esta sentencia es que los derechos fundamentales están subordinados a los intereses del Estado, conclusión inadmisibles desde todo punto de vista.

En un contexto como el señalado puede entenderse que la propia Sala Constitucional equipare los delitos contra la “patria” o el Estado con los delitos de lesa humanidad. Para ella la protección del poder, de la patria o del Estado, frente a los derechos particulares, parece obvia.

3.2. El narcotráfico como delito de lesa humanidad

Según la sentencia 1712 de la Sala Constitucional, citada *supra*, el narcotráfico es considerado un delito de lesa humanidad. Para fundamentar esta conclusión relaciona la sentencia los artículos 271 y 29 de la Constitución venezolana. El primero de ellos califica de imprescriptibles las acciones para perseguir el tráfico de estupefacientes.⁶ Por su parte, el artículo 29 expresa en su segundo párrafo que las acciones “para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles”, y que además dichos delitos “quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”.⁷ Pues bien, según la sentencia referida:

⁵ Cursivas añadidas.

⁶ Literalmente expresa este artículo: “No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes”.

⁷ Dice el artículo 29 constitucional: “El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades [...] Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones

[...] al comparar el artículo 271 constitucional con el [...] 29, donde el primero se refiere a acciones penales imprescriptibles y que, al igual que la última norma mencionada, reconoce como imprescriptible a los delitos contra los derechos humanos, la Sala debe concluir que el delito de tráfico de estupefacientes, cuya acción también es imprescriptible, debe considerarse por su connotación y por el especial trato que le otorga el artículo 271 constitucional, como un delito de lesa humanidad.

A todas luces se aprecia que la conclusión a la cual arriba la sentencia citada no es coherente con las premisas de las que parte. En efecto, el artículo 271 se refiere a la imprescriptibilidad del narcotráfico, aparte de considerar también imprescriptibles las acciones para perseguir “los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público”. Por su parte, el artículo 29 de la Constitución se refiere a la obligación del Estado de perseguir delitos contra los derechos humanos, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, para lo cual señala el carácter imprescriptible de la acción penal en esos casos. Este artículo 29 se encuentra ubicado en el título III de la Constitución venezolana, que se refiere a los “Derechos humanos y garantías”, y alude a infracciones que surgen entre una estructura de poder, normalmente el Estado, y los ciudadanos. En cambio, el artículo 271 de la Constitución se incluye en una sección denominada “Del gobierno y de la administración del Poder Judicial”. Por lo tanto, lo que este último artículo contempla es la voluntad político-criminal del constituyente de eliminar la prescripción de determinados delitos, como causa de extinción de la acción penal y de la pena. Incluso, el artículo 271 constitucional distingue expresamente entre el narcotráfico (“Delitos de deslegitimación de capitales, drogas”), los delitos de lesa humanidad, los delitos contra los derechos humanos y los delitos contra el patrimonio público. La sola distinción refleja la voluntad del constituyente de considerar que esos delitos en modo alguno representan lo mismo: si el narcotráfico fuese un delito contra los derechos humanos, o un delito de lesa humanidad, el artículo 271 no hubiese hecho referencia expresa a él, ya que estaría incluido en estas últimas expresiones.

En todo caso, que el artículo 271 CN sitúe al narcotráfico junto a los delitos contra los derechos humanos y los delitos contra el patrimonio público, para hacer

graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”.

referencia a su imprescriptibilidad, no conduce a que el narcotráfico sea un delito de lesa humanidad, sólo porque, a su vez, la acción de estos últimos sea también imprescriptible según el artículo 29. Si ello fuera así, los delitos contra el patrimonio público también serían delitos de lesa humanidad, y hasta allí no se ha atrevido a llegar la Sala Constitucional. En suma, el carácter imprescriptible de la acción penal no es argumento suficiente para concluir que el narcotráfico sea un delito de lesa humanidad. Aquí la Sala confunde una consecuencia (la imprescriptibilidad) con la naturaleza del delito; confunde la causa con el efecto. Que el narcotráfico y los delitos de lesa humanidad sean imprescriptibles, según expresa la Constitución, no implica que ambos sean de la misma naturaleza.

Pero el error de la Sala Constitucional no concluye aquí. Para fundamentar mayormente que los delitos de narcotráfico son delitos de lesa humanidad, expresa la Sala Constitucional en la aludida sentencia 1712:

[Dichos delitos,] al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano, motivo por el cual el tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes ha sido objeto de diversas convenciones internacionales, entre otras, la Convención Internacional del Opio, suscrita en La Haya en 1912, ratificada por la República el 23 de junio de 1912; la Convención Única sobre Estupefacientes, suscrita en las Naciones Unidas, Nueva York, el 30 de marzo de 1961; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988) [...] En consecuencia, los delitos relativos al tráfico de estupefacientes los considera la Sala de lesa humanidad [...] A título de ejemplo, en el Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional, no suscrito [sic] por Venezuela, en su artículo 7 se enumeran los crímenes de lesa humanidad; y en el literal K de dicha norma se tipificaron las conductas que a juicio de esta Sala engloban el tráfico ilícito de estupefacientes.

El hecho de que existan regulaciones internacionales en materia de narcotráfico tampoco implica que estemos en presencia de un delito de lesa humanidad. En efecto, existen igualmente convenios internacionales para luchar contra la corrupción o contra la criminalidad organizada, y ello no quiere decir que sean crímenes de lesa humanidad. Por su parte, la alusión al literal K del artículo 7 del Estatuto es hecha por la Sala Constitucional de forma caprichosa, sin mayor justificación. Ignora dicha Sala que la intención fue incluir dentro de este literal conductas semejantes a las mencionadas en los literales precedentes, no sólo en cuanto a su gravedad sino tam-

bién en su modalidad. En tal sentido, dado “que los crímenes contra la humanidad violan los derechos humanos, los actos semejantes en naturaleza a los enumerados serían otras violaciones a los derechos humanos (por ejemplo, al derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante, art. 7.1 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos) [...]”.⁸ Como ejemplos de “otros actos inhumanos” se citan los siguientes: el traslado forzado de grupos de civiles, la prostitución, la desaparición forzada de personas, la mutilación y otros tipos de lesiones dolorosas, los daños graves físicos o mentales,⁹ la experimentación ilegal en seres humanos, el cierre de una instalación médica, la negación de tratamiento (médico) a un determinado grupo étnico, el tratamiento inhumano de prisioneros, etcétera.¹⁰ Aunque la Sala Constitucional no lo entienda, el narcotráfico está muy lejos de estas acciones.

Además, la naturaleza del delito de narcotráfico no corresponde al delito de lesa humanidad como crimen internacional. Así, el ataque generalizado y sistemático propio del crimen de lesa humanidad requiere “algún tipo de vínculo con un Estado o un poder *de facto* en determinado territorio por medio de la política de esta entidad, la cual, en el caso de un ataque sistemático, consistiría en proveer cuando menos algún tipo de conducción hacia las presuntas víctimas, con el objeto de coordinar las actividades de los criminales individuales”.¹¹ La relación de los delitos de lesa humanidad con una estructura de poder político (no con una simple estructura organizada, por más poderosa que sea), el llamado *elemento de contexto*, es una de sus características fundamentales, cuestión que ignora totalmente la Sala Constitucional.¹²

⁸ Kai Ambos y Steffen Wirth: “El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad” (traducción de Marta Donís, revisada por Meini, Cadavit y Ambos), en Kai Ambos: *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 259.

⁹ *Ibidem*, aludiendo a los casos *Kupreskic* y *Kordic* del ICTY.

¹⁰ Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, Múnich: C. H. Beck, 2006, p. 229, marginal 219, aludiendo también a criterios del ICTR.

¹¹ Ambos y Wirth, como en nota 7, p. 204.

¹² “Este elemento [el elemento de política, *policy element*] es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad. En esencia, el factor político sólo exige que se excluyan los actos casuales de los individuos que actúan solos, aisladamente y sin que nadie los coordine. Tales hechos delictivos comunes, aun si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad si no son tolerados, por lo menos por algún Estado u organización [...] Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar vinculados de una u otra forma a una autoridad estatal u organizativa: deben ser por lo menos tolerados por ésta [...]” (Kai Ambos: “Los crímenes más graves (*core crimes*) en el derecho penal internacional” (traducción de Marta Donís revisada por Andorno y Ambos), en Kai Ambos: *Temas de derecho penal internacional y europeo*, o. cit. nota 7, p. 302. Véase igualmente, p. 307).

La tendencia a considerar el narcotráfico como delito de lesa humanidad es confirmada por la Sala de Casación Penal del TSJ,¹³ la cual predica para los narcotraficantes “un castigo acorde a la suma gravedad *de sus crímenes de lesa humanidad*, tal como son considerados por la Constitución venezolana, la jurisprudencia [...] de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y los ordenamientos jurídicos del mundo civilizado” (cursivas mías). Pues bien, como argumenté en el párrafo anterior, la Constitución venezolana no considera los delitos de tráfico de estupefacientes como crímenes de lesa humanidad. Por otra parte, la afirmación de que calificar el narcotráfico como delito de lesa humanidad es propia de los “ordenamientos jurídicos del mundo civilizado” es evidentemente falsa. Así, por mencionar sólo un caso, el Código Penal español en sus artículos 368 y siguientes considera el narcotráfico como un delito contra la “salud pública”; en modo alguno lo incluye entre los delitos de lesa humanidad (artículos 607 *bis* y siguientes).

En sentencia más reciente observa la misma Sala de Casación Penal¹⁴ “Que el tráfico y venta ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, son considerados por la Sala, como delitos de lesa humanidad, cuya impunidad debe evitarse conforme a los principios y declaraciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas, Única de 1961 Sobre Estupefacientes; Convenio de 1971 Sobre Sustancias Psicotrópicas, Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”. Se mantiene entonces la tendencia a considerar el narcotráfico como delito de lesa humanidad, con base en la existencia de tratados internacionales sobre la materia.

Llama la atención que recientemente el Parlamento venezolano haya modificado la ley sobre drogas para rebajar las penas de la mayor parte de los delitos. En efecto, la nueva Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (*Gaceta Oficial* n.º 38 337, del 16 de diciembre de 2005) rebajó sustancialmente la pena del delito de tráfico, distribución, almacenamiento, etcétera, de las sustancias a que hace referencia la ley (estupefacientes o psicotrópicas), que antes era de diez a veinte años de prisión y ahora es de prisión entre ocho y diez años, aunque aumentó la pena (quince a veinte años de prisión) para quien “dirija o financie las operaciones antes mencionadas” (artículo 31). Por otra parte, el artículo señalado establece un tipo privilegiado (seis a ocho a años de pri-

¹³ Sentencia n.º 076, del 22-2-02 (ponente Angulo Fontiveros).

¹⁴ N.º 322, del 13-7-06 (ponente Aponte Aponte).

sión) si la “cantidad de droga no excede de mil gramos de marihuana, cien gramos de cocaína, sus mezclas o sustancias estupefacientes a base de cocaína, veinte gramos de derivados de la amapola o doscientos gramos de drogas sintéticas”. Además, se establece que el distribuidor de una cantidad menor que la prevista, o quien transporte dichas sustancias dentro de su cuerpo, será castigado con prisión de cuatro a seis años. No obstante, el artículo 31 niega en todos estos supuestos los beneficios procesales durante la investigación y enjuiciamiento.¹⁵

El delito de posesión ilícita de estupefacientes o psicotrópicos por encima de las cantidades permitidas para consumo personal se castiga con prisión de entre uno y dos años (en la anterior ley la pena era de entre cuatro y seis años). Igualmente, el delito de incitación al consumo, que se castigaba con una pena de entre seis y diez años de prisión, se sanciona en la nueva ley con una multa de 3000 unidades tributarias.¹⁶ Asimismo, se aprecia la rebaja de pena en los delitos de “inducción al consumo”¹⁷ (de quince a veinte años de prisión antes, a prisión entre cuatro y seis años ahora), “suministro de sustancias estupefacientes y psicotrópicas a animales (la pena de dos a cuatro años de prisión se rebajo a prisión entre uno y tres años, agravada en un tercio si se trata de animales de competencia), “incitación o inducción al consumo en actividades deportivas” (el cual preveía una pena de entre cuatro y seis años de prisión y ahora se castiga con una pena de entre dos y cuatro años).

Seguramente se trata de uno de los pocos casos, o el único en Venezuela, de una política legislativa penal de rebaja de penas, y precisamente en uno de los campos en los cuales los Estados latinoamericanos tienden a aumentarlas. Sin embargo, en materia de legitimación de capitales provenientes de estas actividades se establece una peligrosa inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual las personas

¹⁵ Esta disposición pareciera negar la posibilidad de aplicar las medidas cautelares, sustitutivas de la privación de libertad preventiva, contempladas en el artículo 256 del COPP, entre las cuales se pueden mencionar la detención domiciliaria, la sujeción al cuidado o la vigilancia de una persona o institución determinada, la presentación periódica ante el tribunal, etcétera. En suma, la disposición comentada de la ley sobre drogas parecería significar que en el caso señalado el juez debe aplicar siempre una medida cautelar privativa de libertad mientras dure el proceso, cuestión absolutamente contraria al propio COPP, el cual establece que el juicio en libertad es la regla, mientras que dicha privación cautelar procede de forma excepcional, sobre todo cuando exista peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto de investigación. El carácter excepcional de la privación cautelar de libertad mientras dure el juicio está igualmente establecido en el artículo 44, numeral 1, de la Constitución. En todo caso, de ningún modo se trata de una pena anticipada, como parecería desprenderse de la norma de la ley de drogas comentada.

¹⁶ La unidad tributaria es la unidad de pago de impuestos en Venezuela. Se actualiza anualmente con el fin de evitar la devaluación de las sanciones pecuniarias por efecto de la inflación. Actualmente cada unidad tributaria equivale a unos 37 632 bolívares (aproximadamente unos 17,50 dólares, al tipo de cambio oficial).

¹⁷ Cuya conducta consiste en lograr que alguna persona consuma las sustancias a que se refiere esta ley mediante engaño, amenaza o violencia (artículo 47).

obligadas a tomar ciertas medidas para evitar dicho delito, en caso de comisión material del hecho, deben demostrar en el debate probatorio que cumplieron sus obligaciones para impedir la legitimación (artículo 209).

Como puede apreciarse, la mayor parte de esta reforma legislativa contradice de modo evidente la represiva directriz político-criminal que en materia de tráfico de drogas establece la propia Constitución venezolana, según la cual los delitos vinculados a estas sustancias son imprescriptibles, y la extradición de sus responsables, en caso de ser extranjeros, no podrá ser negada en ningún caso (artículo 271 CN). Pero, además, la modificación legislativa desvirtúa totalmente la conclusión sostenida por el TSJ de considerar el narcotráfico como delito de lesa humanidad. Sería inexplicable que el órgano legislativo hubiera aprobado una rebaja sustancial de las penas previstas para un delito de lesa humanidad.

3.3. Otros delitos de lesa humanidad

La propia Sala de Casación Penal también ha calificado la prostitución infantil como delito de lesa humanidad, aunque sin aportar mayores detalles:

Es oportuno advertir que la prostitución infantil es justicieramente considerada de modo universal como un delito de lesa humanidad, pese a lo cual registra un muy preocupante incremento en el mundo e incluso en Venezuela.¹⁸

Igualmente, la misma Sala también ha extendido tal calificación de lesa humanidad al delito de terrorismo, considerándolo como un delito contra el “derecho de gentes”:¹⁹

El TERRORISMO, y máxime el TERRORISMO indiscriminador, desconoce las prescripciones del Derecho Penal humanitario, hace peligrar vidas humanas inocentes y muchas veces las aniquila, por lo que atenaza las libertades esenciales y yugula los derechos humanos, por todo lo cual violenta la paz social e impide la convivencia humana al lesionar las instituciones sociales fundamentales, por lo que es un delito de lesa humanidad o “*delicta iuris gentium*” [...] El TERRORISMO es un delito proditorio,

¹⁸ Sentencia n.º 487, del 25.4.2000 (ponente Angulo Fontiveros).

¹⁹ Sentencia n.º 869, del 10 de diciembre de 2001 (ponente Angulo Fontiveros).

protervo y proteico, que hace víctimas, en particular, a las poblaciones de los Estados en los cuales se escenifican los bárbaros medios de comisión. Y, en general, hace víctima a la población mundial que sufre el terror de que atentados similares se produzcan en todas partes. Al TERRORISMO se le considera un delito internacional contra el derecho de gentes y por eso se han organizado unas coaliciones universales para enfrentarlo.²⁰

En ambos casos anteriores, la Sala de Casación Penal parece atender a la gravedad del daño ocasionado, o de los medios utilizados, y a la existencia de una organización criminal detrás de la realización del delito, para calificar un hecho como delito de lesa humanidad o no, sin acudir a la doctrina sobre crímenes internacionales, o al propio Estatuto, como referentes. El uso de dichos criterios explicaría por qué la propia Sala Constitucional también considera como tal al narcotráfico, aunque ella haya aludido al Estatuto para fundamentar dicha conclusión.

3.4. Delitos de lesa humanidad y principio de jurisdicción universal

En la sentencia 322 de la Sala de Casación Penal (citada *supra*), se estableció una consecuencia fundamental derivada del carácter de lesa humanidad de un delito (en este caso, el narcotráfico). Así, expresa dicha sentencia:

Que el artículo 16.10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos de América, en concordancia con el artículo 6 del Código Penal, se desprende la aplicación del principio de la jurisdicción universal, según el cual un Estado puede perseguir, investigar y juzgar a los autores de delitos cometidos de lesa humanidad, independientemente de cual sea su nacionalidad y donde se haya cometido el hecho punible, cuando no proceda la extradición.

Por lo tanto, el principio de jurisdicción universal se aplicaría sin duda alguna a los llamados delitos de lesa humanidad, reconocimiento importante desde nuestro punto de vista, aunque discrepemos totalmente de su aplicación al narcotráfico. Sin embargo, nuevamente se equivoca la Sala Penal, ya que alude a un supuesto principio de “jurisdicción universal” derivado del artículo 6 del CP, artículo que en modo

²⁰ Mayúsculas y destacados de la propia sentencia.

alguno hace alusión a él. El principio de justicia mundial está contenido expresamente en el numeral 9 del artículo 4 CP, que extiende la aplicación de la ley penal venezolana al caso de venezolanos o extranjeros que en alta mar cometan actos de *piratería u otros delitos que el derecho internacional califica de atroces o contra la humanidad*. Obviamente, aunque dicho supuesto permite la aplicación de la legislación venezolana a los delitos calificados “contra la humanidad” por el derecho internacional, el artículo presupone que el respectivo delito “contra la humanidad” esté previsto en la legislación venezolana, o que en ella exista un tipo penal correlativo. Por otra parte, en este supuesto se exige, como requisito de procedibilidad, que los que cometan el hecho hayan venido al territorio del país de forma voluntaria; por lo tanto, no cabría la solicitud de extradición por el Estado venezolano en este caso.²¹

La decisión de la Sala de Casación Penal conllevaría la obligación del Estado venezolano de perseguir delitos de lesa humanidad no cometidos en Venezuela, cuando se den los supuestos del artículo 4 CP.

4. Beneficios y privilegios que pudieran acarrear la impunidad, o evitar la persecución, de delitos de lesa humanidad, violaciones de derechos humanos y crímenes de guerra

4.1. Prescripción de la acción penal en el caso de delitos de lesa humanidad

Durante los días 27 de febrero y siguientes, del año 1989, hubo en Caracas una fuerte reacción popular al anuncio de una serie de medidas de ajuste económico dictadas por el gobierno nacional. Esas reacciones produjeron graves alteraciones del orden público, así como saqueos de comercios, quema de vehículos, etcétera. Esos sucesos son denominados coloquialmente como *el Caracazo*. La respuesta del gobierno nacional a dichos hechos fue la suspensión de determinadas garantías constitucionales (libertad de circulación, libertad personal, etcétera) y la intervención de las

²¹ Sobre la aplicación de este principio de jurisdicción universal en la legislación venezolana, véase el informe sobre Venezuela, como en nota 2, p. 548.

fuerzas armadas para reestablecer el orden público. Contra esa respuesta del gobierno de entonces se ejercieron acciones judiciales para exigir la responsabilidad de las autoridades por los excesos cometidos, violatorios de derechos humanos no suspendibles, como la vida o la integridad física, e incluso algunos suspendibles, como el derecho a la libertad personal. En tal sentido la propia CIDH responsabilizó al Estado venezolano por dichas violaciones a los derechos humanos, sobre todo luego de que aquél admitió su responsabilidad en los hechos.²²

Al respecto, la sentencia 2829 de la Sala Constitucional del TSJ (ponente Delgado Rosales), de 27 de julio de 2006, se refirió a los hechos del *Caracazo*. Así, el ciudadano Pedro Colmenares Gómez, coronel del Ejército venezolano, presunto implicado en la violación de derechos humanos durante los referidos sucesos²³ —concretamente, en la muerte de Crisanto Mederos—, ejerció un recurso de amparo en contra de la decisión de una corte de apelaciones en lo penal que admitió la apelación contra una sentencia que declaraba a su favor la prescripción de la acción penal por los hechos investigados. El Tribunal Supremo de Justicia declaró con lugar dicha acción de amparo en virtud del razonamiento siguiente:

[...] en el caso de autos, la interposición de dicho recurso ante un Tribunal diferente al que dictó la decisión que se pretende impugnar, aun cuando éste se encontraba de guardia cumpliendo funciones de distribución de causas, no lo convierte en órgano competente para recibir dicho escrito recursivo, el cual debe interponerse ante el tribunal que dictó la decisión que se pretende impugnar y, fuera de su horario administrativo, —se insiste— ante la Oficina de Alguacilazgo [...]. En virtud de lo mencionado, la Sala considera que al no haber sido interpuesta la apelación dentro de las horas y días de despacho ante el Tribunal de la causa, o bien, fuera de su horario administrativo en la Oficina de Alguacilazgo de ese Circuito Judicial Penal —pero siempre dentro del lapso, previsto para tal fin en el artículo 448 del Código Orgánico Procesal Penal— ésta resulta inadmisibles pues, queda claro que, a partir de lo dispuesto en el artículo 172 *eiusdem* citado, en la fase intermedia, en la cual se encontraba dicha causa penal, los lapsos se cuentan por días hábiles en los cuales haya despacho, siendo la Oficina de Alguacilazgo la facultada para la recepción de los

²² Véase la sentencia de la CIDH del 11 de noviembre de 1999. Es de resaltar que el gobierno que admitió la responsabilidad del Estado venezolano durante el *caracazo* fue el del actual presidente Hugo Chávez, firme opositor al gobierno del presidente Carlos Andrés Pérez, jefe de Estado en el momento de los referidos hechos. Incluso, posteriormente al *caracazo*, en 1992, el hoy presidente Chávez comandó un golpe de Estado en contra del gobierno de Pérez.

²³ Junto con el coronel Jesús Francisco Blanco Berroterán y el mayor Carlos Miguel Yáñez Figueredo.

documentos y escritos dirigidos a los tribunales penales del Circuito Judicial Penal correspondiente, en horario extendido, de conformidad con el artículo 539 de la norma penal adjetiva.

Como puede apreciarse, la petición de amparo constitucional se declara con lugar en razón de un argumento formal, concretamente por la interposición del referido recurso de apelación ante un órgano equivocado. Ello a su vez acarreó la decisión de anular la admisión de la apelación, con lo que quedó firme la decisión del tribunal de instancia que declaró el sobreseimiento por prescripción de la causa seguida en contra del coronel Pedro Colmenares Gómez. No obstante, la sentencia de la Sala Constitucional tuvo un voto salvado,²⁴ suscrito por la magistrada Carmen Zuleta, el cual, aparte de sostener la validez de la interposición del recurso por el Ministerio Público, afirmó lo siguiente:

Además, era preciso tomar en cuenta, que el caso *sub lite* estaba relacionado con los hechos ocurridos el 27 y el 28 de febrero de 1989, denominados comúnmente como “*el caracazo*”, los cuales fueron conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un proceso incoado contra la República Bolivariana de Venezuela [...] En ese proceso ventilado ante dicho Tribunal internacional, el Estado Venezolano reconoció su responsabilidad por los hechos ocurridos el 27 y el 28 de febrero de 1989, lo que conllevó a que se dictara, el 11 de noviembre de 1999, una decisión en la cual se dejó constancia sobre ese reconocimiento de responsabilidad y, como consecuencia, se iniciara el procedimiento sobre reparaciones y costas que debía pagar Venezuela. Esta decisión dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue consignada por el Ministerio Público en la Secretaría de esta Sala, el 7 de julio de 2006...Ahora bien, el 29 de agosto de 2002, la Corte Interamericana de Derecho [sic] Humanos, estableció, en otro fallo, el monto específico que debía pagar Venezuela a las víctimas de “*el caracazo*” y, además, decidió, entre otros puntos, que “... *el Estado debe emprender, en los términos de los párrafos 118 a 120 de [esa] Sentencia, una investigación efectiva de los hechos de este caso, identificar a los responsables de los mismos, tanto materiales como intelectuales, así como a los eventuales encubridores, y sancionarlos administrativa y penalmente según corresponda; que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la*

²⁴ Voto salvado implica un voto en contra de la mayoría de los magistrados que aprueban una sentencia.

ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados [...]. Se desprende de lo anterior que el Estado venezolano, habiendo reconocido su responsabilidad por los hechos ocurridos el 27 y 28 de febrero de 1989, conocidos como “*el caracazo*”, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debía cumplir con la sentencia emitida por ese Tribunal Internacional, y si bien los hechos de “*el caracazo*” ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece en su artículo 29 la imprescriptibilidad de los delitos de violaciones graves a los derechos humanos, no debía existir ningún obstáculo procesal para que se comprobara la responsabilidad penal de las personas que ejecutaron esos hechos...De manera que, la Sala Constitucional al declarar con lugar el amparo, dejó de valorar una obligación preexistente para la República como era la decisión del 29 de agosto de 2002 y como tal, el Ministerio Público, representando al Estado venezolano y a las víctimas de “*el caracazo*”, cumplía con lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al apelar dentro del término legal contra la decisión que acordó el sobreseimiento [...] Además, como refuerzo a la afirmación referida a que se debía evitar la declaratoria del sobreseimiento por la prescripción de la acción penal, quien suscribe el presente voto salvado observa que el Estado venezolano había depositado, el 19 de enero de 1999, ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, su ratificación de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cual entró en vigor para Venezuela el trigésimo día siguiente de la fecha en que se hizo ese depósito. En esa Convención se establece, en su artículo 7, que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas no está sujeta a prescripción [...] Respecto a esto último, cabe advertir que el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el respeto de los derechos humanos es obligatorio para los órganos del Poder Público de conformidad con lo establecido en ese Texto Fundamental, los tratados sobre los derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen, por lo que, a pesar de que el delito de desaparición forzada de personas fue incluido en la reforma del Código Penal del 20 de octubre de 2000, es decir, posteriormente a la oportunidad en que ocurrió “*el caracazo*”, lo previsto en la Convención era un indicativo serio para evitar, conforme a la ley, respetando el principio de legalidad, que terminara el proceso penal que motivó el amparo con una declaratoria de sobreseimiento por prescripción de la acción penal”.²⁵

El voto salvado va más allá del simple argumento formal de la invalidez de la interposición de la apelación por el Ministerio Público, y hace referencia al efecto de

²⁵ Resaltados de la propia sentencia.

la declaratoria con lugar del recurso de amparo en el sentido de que ésta implicaba admitir la prescripción de los hechos investigados. Sin embargo, el voto salvado no soluciona el problema relativo a la aplicación retroactiva, al caso analizado, del artículo 29 de la CN de 1999, que declara imprescriptibles las acciones penales para castigar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de guerra. Así, expresa dicha sentencia:

[...] si bien los hechos de “*el caracazo*” ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece en su artículo 29 la imprescriptibilidad de los delitos de violaciones graves a los derechos humanos, no debía existir ningún obstáculo procesal para que se comprobara la responsabilidad penal de las personas que ejecutaron esos hechos.

Como puede apreciarse, el voto salvado no argumenta cómo se aplica la norma del artículo 29 constitucional (imprescriptibilidad de la acción penal) a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, sin infringir a su vez el principio de irretroactividad de la ley, aplicable también a las normas constitucionales, establecido en el artículo 24 de la propia Constitución.

Desde mi punto de vista, una primera manera de fundamentar dicha aplicación retroactiva sería sostener que, aun cuando la norma referida sobre imprescriptibilidad entró en vigencia en 1999, los hechos de tal naturaleza (violaciones a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra) son tan graves que deben considerarse imprescriptibles en sí mismos, al margen de que una norma positiva posterior reconozca tal circunstancia. Una segunda forma para aplicar la norma del artículo 29 a hechos anteriores a su entrada en vigencia sería sostener que la disposición de este artículo que declara la imprescriptibilidad tiene naturaleza procesal; por lo tanto, se aplica a los procesos en curso. En efecto, establece el artículo 24 CN:

Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaran en curso.²⁶

²⁶ Cursivas añadidas.

Por lo tanto, si la declaratoria de imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir los delitos señalados, contenida en el artículo 29 constitucional, se aplica de forma inmediata a los procesos en curso sobre la materia, entonces esas acciones penales son imprescriptibles, así como las acciones penales no ejercidas aún. Pues bien, sobre ninguno de estos aspectos se pronunció el voto salvado.

Por otra parte, las referencias que hace el aludido voto a la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigencia en 1999, y a la reforma del CP venezolano del 2000, que incluyó el delito de desaparición forzada de personas, dejan igualmente subsistente el problema de la aplicación retroactiva de dichos textos normativos a hechos ocurridos antes de su vigencia. Sólo se limita la sentencia a expresiones como las siguientes:

[...] a pesar de que el delito de desaparición forzada de personas fue incluido en la reforma del Código Penal del 20 de octubre de 2000, es decir, posteriormente a la oportunidad en que ocurrió “*el caracazo*”, lo previsto en la Convención era un indicativo serio para evitar, conforme a la ley, respetando el principio de legalidad, que terminara el proceso penal que motivó el amparo con una declaratoria de sobreseimiento por prescripción de la acción penal.

Como puede observarse, lo único que refleja esta última parte del voto salvado comentado es que la sentencia de la Sala Constitucional debió haber entrado en el fondo del asunto relativo a la prescripción de la acción penal para castigar la desaparición forzada de personas.

Sí llama la atención que el voto salvado referido contradiga la línea jurisprudencial de la propia Sala Constitucional, la cual subordina las decisiones de organismos internacionales, y los tratados internacionales sobre derechos humanos, a la Constitución, línea por cierto contraria al propio artículo 23 CN, según el cual los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y privan en el orden interno siempre que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables que las establecidas en la propia Constitución y las leyes venezolanas. En efecto, establece la sentencia 1942 de la Sala Constitucional del TSJ (citada *supra*):

Al fin y al cabo, el artículo 19 constitucional garantiza a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos, siendo el respeto de ellos obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución de 1999, con los Tratados

sobre Derechos Humanos suscritos por la República y las leyes venezolanas, siempre que éstos [sic] cuerpos normativos no colidan con principios constitucionales sobre Derechos Humanos, o atenten contra los Principios Fundamentales de la Constitución [...] La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara [...] las medidas de cualquier índole destinadas a hacer cumplir en el país con los deberes y obligaciones en materia de derechos humanos, deben tomarse con arreglo a los procedimientos constitucionales y por ende a la Constitución misma.

La sentencia da a entender que no puede existir norma alguna por encima de la Constitución, ni siquiera en materia de derechos humanos, lo que, reitero, contradice el artículo 23 CN.²⁷

4.2. Privilegios procesales para el procesamiento de altos funcionarios implicados en violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra

En Venezuela la CN reconoce privilegios de carácter procesal a una serie de altos funcionarios, para su enjuiciamiento; concretamente, el antejuicio de mérito que debe ser ejercido ante el TSJ, el que decidirá si procede o no el procesamiento.²⁸ Además se establece, en general, un fuero especial de enjuiciamiento en virtud del cual dichos funcionarios sólo podrán seguir siendo juzgados ante el propio Tribunal Supremo. Entre los funcionarios que gozan de estos privilegios se puede nombrar al presidente de la República,²⁹ el vicepresidente ejecutivo, los ministros, miembros de la Asamblea Nacional,³⁰ gobernadores de estado, etcétera (artículo 266 CN, numera-

²⁷ En relación con los órganos supranacionales véase, la cita textual de esta sentencia en el punto 3.1. de este trabajo. Sobre mis comentarios a esta línea jurisprudencial del TSJ venezolano, véase informe sobre Venezuela, como en nota 1, pp. 557 ss.

²⁸ Se trata de un análisis preliminar que hace el TSJ en Sala Plena (todos los magistrados de dicha institución), mediante cual se determina si existen méritos para proseguir un juicio penal contra determinados altos funcionarios del Estado (numerales 2 y 3 del artículo 266 CN).

²⁹ Quien, además, una vez declarada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la existencia de méritos para enjuiciarlo, tiene un privilegio adicional como es el requerimiento de la autorización de la Asamblea Nacional (órgano legislativo) para su enjuiciamiento (artículo 266 CN, numeral 2).

³⁰ En relación con los diputados de la Asamblea, la CN establece que, una vez determinada la existencia de méritos para el enjuiciamiento de aquéllos por el TSJ, debe la propia Asamblea autorizar dicho enjuiciamiento (artículo 200: allanamiento de la inmunidad parlamentaria).

les 1 y 2). En relación con lo anterior, la Constitución venezolana de 1999 representa un importante retroceso en comparación con la anterior Constitución de 1961, ya que extiende los citados privilegios a altos oficiales de la Fuerza Armada nacional, concretamente generales y almirantes (artículo 266 CN, numeral 3).

En el TSJ se ha planteado la cuestión de si el antejuicio de mérito, requisito previo de enjuiciamiento, implicaría un beneficio que podría acarrear la impunidad en el caso de que los altos funcionarios fueran acusados por delitos de lesa humanidad. Así, ante un recurso de interpretación del citado artículo 29 de la CN, sostuvo la Sala Constitucional:

El antejuicio de mérito es una institución procesal constitucional cuyo objeto fundamental, previo a un procedimiento, es determinar si existe una “*causa probable*” que permita autorizar el enjuiciamiento (juicio de fondo) de los altos funcionarios a que se refiere el artículo 266, numerales 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [...] En el antejuicio no se dicta propiamente una sentencia de condena, sino que tiene como fin último, eliminar un obstáculo procesal para que un ciudadano comparezca en juicio, donde tendrá oportunidad para invocar la garantía de la presunción de inocencia [...] El antejuicio de mérito no implica, en modo alguno, la búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del funcionario en relación con el cual opera dicho procedimiento especial, como si se tratase de un juicio propiamente tal, tiene por objeto el análisis y estudio previo de las actas procesales, para establecer si de los hechos derivan o emergen presunciones graves de la comisión de un hecho punible y de que en su perpetración está comprometida la responsabilidad del funcionario [...] De todo lo dicho, se sigue: a) no se exige prueba fehaciente o plena para autorizar el enjuiciamiento; b) constituye un requisito de procesabilidad que, como una etapa previa, genera una presunción racional de que un alto funcionario “*pudo*” ser el autor de un hecho punible; c) el juez elimina un obstáculo [el privilegio] a los efectos de la instauración de un juicio con todas las garantías propias del debido proceso; d) se trata de una etapa previa, presuntiva, cuya conclusión no constituye una sentencia de condena o declaratoria de inocencia; y e) no produce cosa juzgada [...] En definitiva, el antejuicio de mérito no constituye un beneficio procesal que pueda conllevar la impunidad, se trata de un presupuesto de procesabilidad previa al juicio mismo, en atención a la investidura de los altos funcionarios [...].³¹

³¹ Sentencia 3167, como en nota 3.

Según lo señalado en la anterior sentencia, los requisitos de procedibilidad, en este caso el antejuicio de mérito de altos funcionarios, no implican privilegios que puedan acarrear la impunidad de los delitos de lesa humanidad. Por lo tanto, deben cumplirse dichos requisitos para el juzgamiento de algún alto funcionario involucrado en la realización de un delito de lesa humanidad, violaciones a los derechos humanos o crímenes de guerra. No obstante, desde mi punto de vista, la intención del constituyente expresada en la disposición del artículo 29 constitucional (citado *supra*) no fue la de prohibir exclusivamente el indulto y la amnistía en los delitos mencionados (lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves de derechos humanos), sino toda prerrogativa que pudiera acarrear su impunidad.

Los requisitos de procedibilidad mencionados constituyen *trabas procedimentales* que rompen con el principio de igualdad ante la ley; de allí su carácter absolutamente excepcional. En efecto, la existencia de varios *filtros* para el enjuiciamiento de altos funcionarios los protege de forma absolutamente desigual en relación con un ciudadano común o un funcionario público de baja jerarquía. Sin embargo, el carácter excepcional de estos privilegios implica que sus normas deben interpretarse de forma restrictiva. Por lo tanto, debido a que no es descabellado pensar que la existencia de estos obstáculos procesales pudiera acarrear la impunidad del hecho investigado —concretamente, crímenes de lesa humanidad, violación de derechos humanos y crímenes de guerra— y que estos delitos se cometen usualmente por funcionarios del Estado, su investigación, cuando estén involucrados éstos, debe facilitarse, y no complicarse con requisitos inexigibles en el caso de que el autor de los hechos sea un particular.

En conclusión: el propósito del artículo 29 de la Constitución es facilitar la persecución de los delitos de lesa humanidad, violaciones de los derechos humanos y crímenes de guerra; de allí lo contradictorio de exigir en la investigación de estos delitos condiciones que atentan contra el principio de igualdad ante la ley, como serían los privilegios procesales de altos funcionarios. El antejuicio de mérito y los otros privilegios referidos constituirían prerrogativas sólo aplicables en el caso del procesamiento de los mencionados funcionarios por delitos comunes. En cambio, si se trata de delitos de lesa humanidad, violaciones graves de derechos humanos y crímenes de guerra, estos privilegios deberían reducirse al mínimo, o incluso eliminarse, interpretando que se trata de prerrogativas que podrían acarrear la impunidad de dichos hechos.

Sin embargo, el problema sobre los requisitos para el enjuiciamiento de altos funcionarios no acaba aquí. En efecto, la propia sentencia 3167 estableció el monopolio de la acción penal por el Ministerio Público en el caso de la persecución de violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad. Así, afirma:

En conclusión, la obligación del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad cometidos dentro del Territorio Nacional, bien por los particulares, bien por sus autoridades, no implica ni autoriza la subversión del ordenamiento procesal penal vigente, consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal. En efecto, el monopolio respecto del ejercicio de la acción penal en el sistema acusatorio venezolano le corresponde al Estado por intermedio del Ministerio Público [...] La exclusión, de una acción penal fundamentada en el artículo 29 constitucional, del Ministerio Público, e incluso proceder a investigar y verificar la comisión de delitos de lesa humanidad sin su concurso o participación, implicaría una usurpación de funciones y un desconocimiento expreso de las atribuciones conferidas por el ya comentado artículo 285 constitucional y de los principios del sistema acusatorio [...] En este contexto, el tanta veces aludido artículo 29 constitucional no puede ser interpretado en forma contraria a los principios que rigen el proceso penal venezolano, esto es, en el sentido de pretender que una norma que es el *súmmum* de la ideología ilustrada consagre el proceso inquisitivo, propio, como *supra* se indicó, de los Estados absolutistas. Por lo tanto, la compatibilidad entre dicho precepto fundamental —investigación y juzgamiento—, y el sistema acusatorio, y por ende, entre tal precepto y el proyecto axiológico de la Constitución sobre los derechos fundamentales, sólo es posible con la intervención del Ministerio Público a fin de que dirija la investigación penal y, de ser pertinente, proponga una acusación fundada.

De estas consideraciones se desprende que, en el caso de enjuiciamiento de altos funcionarios por delitos de lesa humanidad, violaciones de derechos humanos o crímenes de guerra, además de las prerrogativas procesales que establece la CN, se requiere la acusación del Ministerio Público. La sentencia citada no escamotea esta consecuencia al afirmar la imposibilidad de que el TSJ, concretamente su Sala Plena, sea competente para investigar dichos delitos:

Aunado al punto anterior (*scil.*, las conclusiones trascritas *supra*), cuando la persona investigada sea el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio

Tribunal Supremo de Justicia, los Ministros o Ministras, el Procurador o Procuradora General, el Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, el Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República, para los cuales se requiere antejuicio de mérito, la Sala Plena no es la competente a efectos de dicha investigación, pues a ella le corresponde el juicio propiamente tal, aparte de que no es posible que su actuación se realice bajo la supervisión del Ministerio Público.

Al respecto cabe señalar que el propio artículo 29 constitucional establece claramente: “Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán *investigados* y juzgados por los tribunales ordinarios” (cursivas mías). Por lo tanto, parecería que la intención de la norma comentada es la de no restringir la investigación de dichos hechos al Ministerio Público, aunque a primera vista pudiera inferirse que alude exclusivamente a la prohibición de tribunales especiales (verbigracia, tribunales militares), o de excepción, para el juzgamiento de esos delitos.

Y más adelante, en relación con el Presidente de la República, expresa esta sentencia:

En el caso concreto del Presidente de la República, el artículo 266.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, prevé expresamente que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena declarar su hay o no mérito para su enjuiciamiento, “*previa querrela del Fiscal General de la República*”. También debe mediar la autorización del enjuiciamiento por parte de la Asamblea Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el referido artículo 266.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal, preceptos que no excluyen ningún delito, sea común o político, de este procedimiento.

El requisito de la previa querrela del fiscal general de la República para el enjuiciamiento del presidente se encuentra ciertamente establecido en el artículo 377 del COPP. Sin embargo, se trata de un requisito adicional a los ya establecidos en la CN. Desde mi punto de vista, este requisito adicional de carácter legal debía haberse restringido a los delitos comunes, y no extenderlo al caso de enjuiciamiento por violaciones a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra. Esta ampliación de requisitos, más allá de los constitucionales, sin duda algu-

na contradice el espíritu del artículo 29 CN, varias veces aludido en este trabajo, en el sentido de que no facilita la persecución de los delitos de lesa humanidad, las violaciones graves de los derechos humanos o los crímenes de guerra, sino que, por el contrario, la hace más engorrosa.³² Por lo tanto, para el enjuiciamiento del presidente de la República, aun por delitos de lesa humanidad, violación de derechos humanos y crímenes de guerra, sería necesaria la presentación de la querrela por el fiscal general de la República ante la sala Plena del Tribunal Supremo. Dicha Sala Plena debe decidir si es procedente el enjuiciamiento de dicho funcionario, es decir, si hay méritos para procesarlo. Por último, la Asamblea Nacional debe autorizar dicho procesamiento. Ella decide políticamente sobre la conveniencia o no del enjuiciamiento, decisión que incluso escaparía al control del Poder Judicial y de cualquier otro poder público. A todas luces se evidencia que la persecución de los delitos aludidos, cuando el autor es el presidente de la República, podría resultar absolutamente inviable.

4.3. Conversión de penas

Como señalé, del artículo 29 de la Constitución venezolana, citado *supra*, se deriva una consecuencia fundamental en relación con la persecución y el castigo de los delitos de lesa humanidad, las violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra, a saber, la exclusión de “los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”. En relación con esta consecuencia, la Sala Constitucional del TSJ se ha pronunciado en otra sentencia sobre cuáles serían los beneficios penales que pudieran conllevar impunidad en el castigo de los delitos de lesa humanidad. Así, la sentencia 1472, del 27 de junio de 2002 (ponente Rondón Haaz), partiendo de que el narcotráfico es un delito de lesa humanidad, estableció lo siguiente:

³² La sentencia 3167 comentada contiene un voto salvado de los magistrados García García y Rondón Haaz, quienes se oponen al voto de la mayoría de los magistrados en dicha sentencia, entre otras razones porque la norma del artículo 29 constitucional “literalmente [...] estableció no sólo la imprescriptibilidad de las acciones tendientes a producir su sanción, sino que, además, se dispuso el sometimiento, en el caso de crímenes de lesa humanidad o violaciones graves a los derechos humanos, de su investigación y juzgamiento a los tribunales ordinarios [...]” (cursivas añadidas). Igualmente afirman: “Es claro que si bien la Constitución optó por esta atribución de la competencia de investigación, en general, para el establecimiento de la responsabilidad penal, al Ministerio Público, no lo hace para los crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de los derechos humanos, donde la vulneración a lo que constituye el principio de preeminencia de los derechos humanos, la ha llevado al establecimiento, para ese supuesto de que la investigación esté a cargo del propio juez ordinario. Es decir, no depende de un organismo técnico, como en efecto es el Ministerio Público, del cual por cierto podría servirse el juez en su labor de conductor de la investigación en dichas hipótesis del artículo 29, sino que tal labor investigativa corresponde al propio Juez, quien es el órgano del Poder responsable de la administración eficaz de la Justicia”.

La Sala considera que la demanda de amparo resulta procedente porque la fundamentación que se preanotó configura una interpretación contraria al artículo 29 de la Constitución [...], sobre las bases de las consideraciones siguientes: [...] La integración en los destacamentos de trabajo de los penados no constituye, al igual que la conversión de la pena de prisión por la de confinamiento, un beneficio que comporta la impunidad del delito; por el contrario, es una fórmula de cumplimiento de penas, como lo establece la ley de la materia, que coadyuva al cumplimiento de la norma que contiene el artículo 272 de la Constitución de la República.

Por lo tanto, las fórmulas de conversión de pena, especies de beneficios penales a los cuales pueden tener derecho los condenados bajo ciertas condiciones, no constituyen en decir de la Sala Constitucional un beneficio que implique la impunidad del delito de lesa humanidad; de allí que una persona condenada por un delito de esta clase pudiera ser beneficiaria de un cambio favorable de pena. No obstante, si Venezuela llegara a dictar una ley de cooperación judicial con la CPI y se comprometiera a la ejecución de penas dictadas por dicho tribunal, surgiría la duda de si la permisión de conversión de penas (beneficios penales) en el sentido indicado en la sentencia anterior, cuando se trate de la ejecución de una pena impuesta por la CPI pero a ejecutarse en Venezuela, sería contraria al artículo 105 del Estatuto, o podría ser sujeto de acuerdo entre el Venezuela y la CPI de conformidad a lo establecido en el artículo 103.1.b del Estatuto.

5 • Derecho internacional humanitario y terrorismo

Sobre la jurisprudencia relevante en materia de derecho internacional humanitario (DIH), considero importante la referida sentencia 869 de la Sala de Casación Penal, concerniente a la solicitud de extradición hecha por las autoridades colombianas del presunto miembro del Ejército de Liberación Nacional (ELN), José María Ballestas Tirado, por su participación en el secuestro efectuado el 12 de abril de 1999 de un avión de la línea aérea Avianca que cubría la ruta Bucaramanga-Bogotá. Según dicha sentencia, el DIH debe ser aplicado a los conflictos armados internos y una de las formas de hacerlo efectivo sería mediante la asistencia judicial entre los Estados:

En el mismo sentido el Derecho Penal humanitario [sic] tiene como uno de sus propósitos fundamentales el de proteger los derechos humanos de las personas que no participan en las hostilidades armadas (artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II) y, a tal fin, limitar los medios de hacer la guerra. Dicho artículo 3, en caso de conflicto armado nacional, establece que como mínimo hay la obligatoriedad de tratar “con humanidad” a los no combatientes, por lo que se prohíben los atentados contra la vida e integridad personal y especialmente el homicidio (en todas sus formas) y los tratos crueles, así como la toma de rehenes. Las normas del artículo 3 tienen un valor de Derecho consuetudinario y constituyen un mínimo —en términos de obligación— que los beligerantes deben siempre respetar. Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron un importante progreso en el desarrollo del Derecho humanitario. Y se mejoró su protección a las víctimas de conflagraciones armadas con la adopción de nuevos considerandos en forma de Protocolos añadidos a los mencionados Convenios. Las Altas Partes Contratantes tienen la obligación jurídica de difundir lo más ampliamente posible esos Convenios y sus Protocolos adicionales. El Derecho Penal humanitario [sic] tiene carácter imperativo y no derogable: “*jus cogens*”. Este Derecho no es susceptible de vacíos jurídicos y, aunque con menor viabilidad, conserva su vigencia en situaciones muy difíciles (conflictos armados no convencionales o informales o “no estructurados”) y cuando la población civil está más expuesta a la violencia [...] Es una realidad inconcusa e indiscutible que la lucha armada de índole política *debe regirse por las leyes de guerra*. Así que atentar contra inocentes o los derechos privados o de personas particulares, aunque se alegue un móvil político, *no está justificado en lo absoluto* [...] Entonces: si semejante atentado contra inocentes o los derechos privados se realiza por medio de una violencia y alevosía tales que provoquen males innecesarios, estragos y *terror*, estaría ante el *TERRORISMO indiscriminator*, esto es, aquel que no es selectivo al escoger sus blancos y ex profeso ataca inocentes.³³

De acuerdo con dicha sentencia, también a los conflictos armados internos deberían aplicársele las leyes de guerra; por lo tanto, concluye que no puede atentarse en dichos enfrentamientos en contra de inocentes, ataques que esta decisión califica de “terrorismo” cuando se hacen de forma violenta y alevosa provocando “males innecesarios, estragos y terror”. De cierta forma esta última afirmación haría que todo ataque a inocentes durante un conflicto armado sea una forma de terrorismo.

³³ Mayúsculas y resaltados de la propia sentencia.

Partiendo de la aplicación de las leyes de guerra a los conflictos armados internos, se deriva la conclusión de la sentencia comentada según la cual el derecho humanitario rige paralelamente dichas confrontaciones. El razonamiento de la sentencia, sin embargo, no concluye aquí. Plantea entonces el juzgador si procede o no la entrega de una persona que haya infringido, en criterio de la Sala, las referidas leyes de guerra. Al respecto se expresa:

El TERRORISMO es un *falso* delito político. No se finca en un legítimo y sano móvil político, sino en uno espurio y corrompido: no es un buen ideal de gobierno el perjudicar inocentes y hasta matarlos deliberadamente. El TERRORISMO no es un delito político de los que merecen un beneficio. Beneficio que repugnaría a la Justicia, al Derecho Penal y al sentido moral de las gentes en el mundo [...] El TERRORISMO es proteiforme porque abarca numerosos medios de comisión. Uno es el *secuestro de aviones* y es una de las acciones que se le imputan en Colombia al ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO. Otro es el *secuestro de personas* y asimismo es un proceder por el cual se acusa penalmente (“secuestro extorsivo”) en Colombia al ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO. Sobre la base de la imputación de tales conductas se decretó en Colombia la detención del ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO [...] A los autores o indiciados o sospechosos de hechos delictivos calificables y calificados como TERRORISMO, no se les debe conceder el derecho al asilo o refugio cuando se les acusa, con sólidos fundamentos, de cometer actos que no sólo perturbaron el orden de un Estado determinado, sino el de todas las naciones civilizadas. La solidaridad debe unir a los Estados en el rechazo a ese tipo de actuaciones. Un problema internacional debe tener una solución internacional y, ante la universalización del TERRORISMO, es un deber cosmopolita el de prestar toda la cooperación al efecto: es indispensable para la aplicación del Derecho humanitario que los Estados se prodiguen una recíproca asistencia mutua judicial en materia penal [...] El TERRORISMO está constituido por una serie de conductas de atroz inhumanidad, que no son delitos políticos y que por esto *siempre* deben dar lugar a la *extradición*: es inadmisibile que baste un móvil político para justificar cualquier clase de crimen. El fin político no debe justificar ciertos medios de lucha. Los delitos políticos, como idealistas que son o debieran ser, son refractarios a los crímenes más graves y aunque tengan una finalidad política o sus autores la pretextaran: predominaría el carácter de delito común por la teoría de la preponderancia y no hay lugar a inmunidad internacional alguna.³⁴

³⁴ Mayúsculas y resaltados de la propia sentencia.

Analizando con detenimiento la parte anterior de la sentencia, se concluye que la Sala Penal cree que la aplicación y efectividad del DIH exige la entrega de los terroristas para su enjuiciamiento en el país que los requiere. Desde mi punto de vista es bastante cuesta arriba, aparte de extravagante, sostener la relación que se plantea aquí entre el DIH y la entrega de terroristas. El DIH se aplica efectivamente a conflictos armados, constituye una regulación jurídica de éstos para proteger a las víctimas inocentes, a grupos ajenos al conflicto e incluso a los propios combatientes. No obstante, el propio DIH acepta, en determinadas condiciones, el ataque a civiles durante conflictos armados.³⁵ Por su parte, la extradición de terroristas de un Estado a otro tiene como propósito evitar la impunidad de los crímenes cometidos, y no la aplicación o ejecución del DIH. La sentencia pudo haber fundamentado la extradición de la persona solicitada por un delito de terrorismo en la simple necesidad de impedir la impunidad de los hechos. Para ello, obviamente, no había necesidad alguna de aludir al DIH. En última instancia, la sentencia refleja que no se tiene claro el concepto de DIH.

³⁵ Al respecto véase Héctor Olásolo: *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, Valencia: Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, 2007, pp. 73 ss.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: *Los crímenes más graves (core crimes) en el derecho penal internacional* (traducción de Marta Donís, revisada por Andorno y Ambos), en Kai Ambos: *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 271-346.
- *Internationales Strafrecht*, Múnich: C. H. Beck, 2006.
- AMBOS, Kai, y Steffen WIRTH: *El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad* (traducción de Marta Donís, revisada por Meini, Cadavit y Ambos), en Kai Ambos: *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 167-269.
- MODELELL GONZÁLEZ, Juan: “Venezuela”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Montevideo, 2003, pp. 535-576.
- MODELELL GONZÁLEZ, Juan: “Venezuela”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August Universität Göttingen, 2007, pp. 557-577.
- OLÁSOLO, Héctor: *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, Valencia: Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, 2007.

Jurisprudencia (en orden cronológico)

- Sentencia de la Sala de Casación Penal del TSJ, n.º 487, del 25.4.2000 (ponente Angulo Fontiveros).
- Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, n.º 1712, del 12.9.2001 (ponente Cabrera Romero).
- Sentencia de la Sala de Casación Penal del TSJ, n.º 869, del 10.12.2001 (ponente Angulo Fontiveros).
- Sentencia de la Sala de Casación Penal del TSJ, n.º 76, del 22.2.2002 (ponente Angulo Fontiveros).
- Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, n.º 1472, del 27.7.2002 (ponente Rondón Haaz).
- Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, n.º 3167, del 9.12.2002 (ponente Delgado Ocando).
- Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, n.º 1942, del 15.7.2003 (ponente Cabrera Romero).
- Sentencia de la Sala Penal del TSJ, n.º 322, del 13.7.2006 (ponente Aponte Aponte).
- Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, n.º 2829, del 27.7.2006 (ponente Delgado Rosales).

Informes regionales

1 • Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un órgano internacional que pueda impartir justicia penal. Dicho órgano judicial ni siquiera puede imputar responsabilidad a los individuos, sino que se limita a declarar la responsabilidad de los Estados latinoamericanos en relación con las violaciones de los derechos humanos.¹ De allí que este informe se restrinja a destacar algunas notas que puedan relacionar la justicia que responsabiliza a los Estados con el parámetro de los derechos humanos y aquella otra que tiene como cometido responsabilizar penalmente a los individuos en nombre de la comunidad internacional.

El objeto del proyecto sugiere la “compilación, sistematización y análisis de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos relacionada con el derecho penal internacional”, de modo que en este informe se realiza una muestra selectiva de distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que, a juicio de quienes escriben, tienen algún punto de contacto con el derecho penal internacional y los bienes jurídicos que éste protege.

¹ Cf. artículo 11 Carta OEA, reformada por el protocolo de Cartagena. Sobre el modo en que los Estados pueden violar la CADH, véase opinión consultiva OC 6/86 de 9.5.1986, serie A n.º 6, § 38 ss.; opinión consultiva OC-13/93 de 16.07.1993.

2. Crímenes internacionales

2.1. Responsabilidad internacional del Estado y paramilitarismo

A pesar de la democracia formal que rige desde 1957, Colombia es uno de los países más violentos del mundo.² El pasado y el presente del Estado colombiano comparten como denominador común la existencia de un conflicto armado que con el paso del tiempo ha venido adquiriendo mayor complejidad ante la presencia de diversos actores y trayendo consigo las más graves violaciones de los derechos humanos por parte de éstos.³ A la lucha de guerrillas de los años cincuenta, sesenta y setenta siguió la formación de los carteles de la droga, a lo cual se ha sumado también la creación de grupos de autodefensas o paramilitares,⁴ todos los cuales convergen en el complicado escenario de hoy.

En cuanto a la jurisprudencia desarrollada sobre Colombia, se observa que los casos sometidos al sistema interamericano de protección de derechos humanos hacen referencia a las violaciones de derechos humanos cometidas por los llamados *grupos de autodefensa* o *paramilitares* en connivencia con los miembros de la fuerza pública.

El paramilitarismo como fenómeno es particularmente analizado en la reciente sentencia *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (conforme a los § 96 ss.), donde se pone de manifiesto un conjunto de graves acciones y omisiones realizadas en forma coordinada y paralela entre fuerzas paramilitares y autoridades estatales, destinadas a permitir la comisión de crímenes contra los derechos humanos y la promesa de encubrir los hechos para procurar la impunidad de los responsables, generalmente mediante la abstención de la realización del deber de investigar efectivamente los hechos.

Esta situación se presentó con en el caso de las masacres del municipio de Ituango, en las cuales se comprobó que agentes estatales tenían pleno conocimiento de las incursiones de terror realizadas por estos grupos paramilitares contra los

² Véanse datos en Kai Ambos: *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*, (1.º ed. colombiana, trad. Marcela Anzola), Medellín, 1997, p. 49 ss.

³ Se habla de 14 000 víctimas en lo corrido de 1988 a 2003 sin contar las cifras de personas caídas durante los períodos de masacre de los años ochenta. En el año 2002 las víctimas de masacres ascendieron a 680, 504 en el 2003, 259 en el 2004, 252 en el 2005 y 193 en el 2006. En el 2005 hubo 48 casos de masacres y en el 2006 el número fue de 37. Cf. *Informe Anual de Derechos Humanos y DIH; Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH*, Vicepresidencia de la República. www.derechoshumanos.gov.co, visitada el 21.02.2007.

⁴ Véase Kai Ambos: *Impunidad y derecho penal internacional*, o. cit., pp. 52 s.

pobladores de los corregimientos de La Granja y el Aro,⁵ y la actitud demostrada por el Ejército nacional, que, contrariamente a tomar acciones para proteger a la población, no sólo prestó su aquiescencia a los actos perpetrados por los paramilitares, sino que también participó —incluso— con actos de colaboración directa.⁶

La sentencia acentúa el hecho de la colaboración, aquiescencia o tolerancia de funcionarios de Estado (militares y/o políticos) y responsabiliza por ello a Colombia, pues los hechos ocurrieron “en zonas que estaban bajo el control del Estado”.⁷ Esta afirmación de la Corte IDH no es banal y, si bien por una parte reconoce la responsabilidad de Colombia, por otra abre la interrogante acerca de la propia condición de Colombia como Estado, pues existen zonas del territorio que no estarían bajo su control estatal.

En el caso de la masacre en el municipio de Mapiripán,⁸ “las autoridades estatales que conocieron las intenciones del grupo paramilitar de realizar una masacre para infundir temor en la población, no sólo colaboraron en la preparación para que dicho grupo pudiera llevar a cabo estos actos delictuosos, sino también hicieron parecer ante la opinión pública que la masacre fue perpetrada por el grupo paramilitar sin su conocimiento, participación y tolerancia, situaciones que están en contradicción con lo ya acreditado en los hechos probados y reconocidos por el Estado”.⁹

Y es que a lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha manifestado sobre la responsabilidad del Estado que:

El origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en “actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana”, y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre

⁵ Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, § 133.

⁶ “La participación de agentes del Estado en la incursión armada no se limitó a facilitar el ingreso de los paramilitares a la región, sino que también omitieron asistir a la población civil durante el desarrollo de aquélla, resultando así en la total indefensión de éstos. Dicha colaboración entre paramilitares y agentes del Estado resultó en la muerte violenta de diecinueve pobladores de La Granja y El Aro”

⁷ Véase *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., § 120.

⁸ Hechos acontecidos entre el 15 y el 20 de julio de 1997, en los que más de un centenar de paramilitares armados y uniformados ocuparon el remoto poblado de Mapiripán, departamento de Meta. Durante ese tiempo, diversos testigos, incluido el alcalde de Mapiripán, confirmaron que los paramilitares habían secuestrado, torturado y matado hasta 30 vecinos. Los paramilitares pintaron en las paredes del poblado lemas en los que se identificaban como Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU) y Autodefensas Campesinas de Colombia (ACC). Las investigaciones criminales han implicado en la masacre a varios paramilitares y altos mandos del Ejército.

⁹ Véase *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., § 96.19.

en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.¹⁰ Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención,¹¹ u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.¹²

En los casos mencionados anteriormente, la Corte IDH da un paso adelante en su jurisprudencia —acercándose al derecho penal internacional—, pues no sólo declara la responsabilidad del Estado colombiano por acciones u omisiones atribuibles a éste, sino también por las imputables a terceros o particulares. De esta forma, la Corte IDH, además de cumplir con su función tradicional de exigir responsabilidad a los Estados, menciona la responsabilidad coadyuvante de los particulares. Este argumento se sustenta en el hecho de que los Estados partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados, en toda circunstancia y respecto de toda persona.¹³

Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales. Esta obligación fue incumplida en el caso *Mapiripán*, donde las violaciones fueron cometidas por miembros de grupos paramilitares; pero, además, la Corte IDH no tiene dudas de que la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado y de altos funcionarios de las zonas controladas por el éste:

En efecto, la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con pleno conocimiento, previsiones

¹⁰ Caso *19 Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, n.º 109, § 141; caso *Maritza Urrutia*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, serie C, n.º 103, § 41, y caso *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C, n.º 63, § 75.

¹¹ Caso *19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, n.º 109, § 141; caso *Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C, n.º 97, § 28.

¹² Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, § 110.

¹³ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

logísticas y la colaboración de las Fuerzas Armadas, quienes facilitaron la salida de los paramilitares desde Apartadó y Necoclí y su traslado hasta Mapiripán en zonas que se encontraban bajo su control y dejaron desprotegida a la población civil durante los días de la masacre mediante el traslado injustificado de las tropas a otras localidades (supra párrs. 96.30 a 96.39, 96.43 y 116).¹⁴

La Corte IDH no sólo ha constatado que estas acciones en las que han estado involucrados los agentes de la fuerza pública en las violaciones de derechos humanos cometidas por los paramilitares continúan impunes,¹⁵ sino que ha comprobado que la falta de compromiso con la legalidad del Estado colombiano aumenta ontológicamente en tanto los procesos penales y las investigaciones disciplinarias iniciadas contra los perpetradores no culminan ni con la imputación de responsabilidades ni con la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes.¹⁶ Además, cuando se han dictado sentencias condenatorias, generalmente no se ha establecido la verdad sobre los hechos sucedidos, como tampoco se ha individualizado la totalidad de los actores materiales e intelectuales. Por otra parte, cuando se consigue individualizar a los autores intelectuales o materiales de los crímenes, no se libran órdenes de captura contra aquellos que forman parte de los grupos paramilitares. Hasta aquí la connivencia del Estado colombiano con la situación de impunidad respecto a los delincuentes y de desconsideración hacia las víctimas de los crímenes de lesa humanidad.

El proceder del Estado colombiano no puede justificarse, pues, si bien Colombia atraviesa circunstancias de conflicto armado que dificultan las investigaciones, ello no significa que quede liberada de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención. Las consecuencias tanto de su inactividad como de las acciones contrarias a la obligación de persecución impiden que la sociedad conozca lo ocurrido¹⁷ y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos se repita.¹⁸

Uno de los ejemplos más claros es el caso de los *19 Comerciantes*,¹⁹ en el cual “los familiares de las víctimas han sentido durante más de dieciséis años la impotencia

¹⁴ Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, § 120.

¹⁵ La impunidad ha sido definida por la Corte IDH como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, § 238.

¹⁶ Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, n.º 140, § 133.

¹⁷ Caso *Comunidad Moiwana*, supra nota 4, § 153; caso *Juan Humberto Sánchez*, supra nota 78, § 134, y caso *Trujillo Oroza. Reparaciones*, sentencia de 27 de febrero de 2002, serie C, n.º 92, § 99-101 y 109.

¹⁸ Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, § 156.

¹⁹ El 18 de octubre de 1987, 19 comerciantes fueron secuestrados y “desaparecidos” a manos de paramilitares en Cimitarra, departamento de Santander. Estas “desapariciones” fueron planeadas en las oficinas de la organización paramilitar Asociación

derivada de que tribunales militares incompetentes llevaron adelante la investigación y procesamiento de los miembros de la Fuerza Pública en relación con las violaciones en perjuicio de los 19 comerciantes, quedando en la impunidad la participación de los agentes estatales en las violaciones cometidas contra los 19 comerciantes”.²⁰

Por otro lado, aunque el Estado colombiano haya aplicado su mejor esfuerzo en adoptar medidas legislativas para prohibir, prevenir y castigar las actividades de los grupos de autodefensa o paramilitares, éstas no han sido efectivas para la desarticulación de las estructuras paramilitares y, por tanto, tampoco han logrado disminuir el riesgo en la comisión de las violaciones a los derechos humanos.²¹ El incumplimiento de las obligaciones de protección y garantías contraídas por el Estado se hace más evidente en las zonas donde ejercen mayor presencia los grupos paramilitares, lo que refuerza la tesis de la mancomunidad de intereses entre aquél y éstos.²²

La impunidad de que gozan los miembros de las fuerzas paramilitares ha agravado la situación de las víctimas, pues estas acciones representan violaciones graves y sistemáticas de los derechos consagrados en la Convención, como sucedió con las desapariciones forzadas cometidas en el caso *19 Comerciantes*, frente a las cuales, de manera general y a lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha dicho que “ésta constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención; se trata de un delito contra la humanidad. Además, la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención”.²³

Por otra parte, las masacres practicadas sistemáticamente por los paramilitares —y aun la percepción de las víctimas de la real e inminente posibilidad de ataque— han violado el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).²⁴ En ese sentido, la Corte IDH ha sostenido que crear una situación amenazante o amenazar a un individuo

Campesina de Ganaderos del Magdalena (ACDEGAM), bajo las órdenes del ex general Farouk Yanine Díaz, entonces director de la Escuela Militar de Cadetes.

²⁰ Caso *19 Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, n.º 109, § 216.

²¹ Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, §134.

²² Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de Julio de 2006, serie C, n.º 140, § 337.

²³ Caso *Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, serie C, n.º 70, § 128 y 129; caso *Blake*, sentencia de 24 de enero de 1998, serie C, n.º 36, § 65.

²⁴ Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de Julio de 2006, serie C, n.º 140, § 255.

con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias al menos, tratamiento inhumano.²⁵ De ello puede inferirse que, según la forma en que fueron llevadas a cabo masacres anteriores, las presuntas víctimas pudieron temer y prever que serían torturadas, lesionadas o privadas de su vida, acciones todas constitutivas de un trato cruel e inhumano:²⁶

Dentro de dichas circunstancias se encuentra el haber presenciado las ejecuciones de sus familiares por hombres fuertemente armados, escuchando los gritos de auxilio mientras eran objeto de tratos crueles e inhumanos, y el miedo causado por la violencia extrema con que fueron ejecutados. El Tribunal considera que todo lo anterior ha causado una afectación al tejido social de los familiares de las personas ejecutadas en La Granja y El Aro. Además, un aspecto que generó en los pobladores un grado mayor de indefensión y angustia fue la acusación que el grupo paramilitar hizo sobre las presuntas víctimas y sobre la población en general de ser colaboradores de la guerrilla.²⁷

Finalmente, en cuanto a la situación de desplazamiento interno que han causado las masacres cometidas por los paramilitares se ha generado una crisis humanitaria que implica una violación masiva, prolongada y sistemática de derechos inherentes a los individuos, como son el derecho a la propiedad privada (artículo 22 CADH), el derecho a la residencia y a la circulación.²⁸ Esto aconteció en la masacre de Ituango, en donde los habitantes de El Aro no sólo perdieron sus viviendas y parte del patrimonio, sino que se vieron forzados a desplazarse, sufriendo un trato degradante e inhumano.²⁹

²⁵ Caso *19 Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, n.º 109, § 149.

²⁶ Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de Julio de 2006, serie C, n.º 140, § 256.

²⁷ Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de Julio de 2006, serie C, n.º 140, § 258.

²⁸ En efecto, el desplazamiento tiene origen en la desprotección sufrida durante las masacres, no sólo a raíz de las violaciones al derecho a la vida (artículo 4 de la Convención) (supra § 126 a 138), a la integridad personal (artículo 5 de la Convención) (infra § 252-279) y a la libertad personal (artículo 7 de la Convención) (supra § 149-153 y 168), sino también por la destrucción del ganado y las viviendas, en violación de los derechos a la propiedad privada (artículo 21 de la Convención) (supra § 173-188) y respeto a la vida privada y al domicilio (artículo 11.2 de la Convención) (supra § 189-200). El Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en el artículo 22 (derecho de circulación y de residencia) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la misma norma, en perjuicio de las 702 personas desplazadas de El Aro y La Granja.

²⁹ Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, n.º 140, § 216.

2.2. Crímenes de lesa humanidad cometidos por las dictaduras militares de América del Sur

Las dictaduras militares de la década de los años setenta en el Cono Sur provocaron un sinnúmero de violaciones de derechos humanos (desapariciones forzadas, detenciones ilegales, ejecuciones extrajudiciales³⁰ y torturas, entre otros), las cuales en su mayoría ocurrieron en un contexto de prácticas masivas y sistemáticas perpetradas por la fuerza pública y los organismos de inteligencia. Estas prácticas no sólo se limitaron al nivel estatal sino que traspasaron las fronteras en respuesta a una política de los gobiernos dictatoriales involucrados en la llamada Operación Cóndor, cuyo “soporte ideológico era la doctrina de seguridad nacional”. Su objetivo “fue la represión de personas consideradas elementos subversivos”³¹ y su fundamento jurídico, la declaración del estado de sitio por el Ejecutivo, que justificó así sus actuaciones.

Los hechos cometidos en ese contexto histórico constituyeron conductas ilícitas impulsadas por los Estados, las cuales han generado para ellos responsabilidad internacional agravada³² y han sido calificadas por el sistema interamericano como delitos de lesa humanidad por constituir “actos inhumanos cometidos en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra la población civil”.³³

Por ejemplo, en Perú, entre 1991 y el 2000, se comprobó que, como parte de un escenario de conflicto interno, ocurrieron detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas³⁴ que se enmarcaron dentro de la una política de ataques sistemáticos y generalizados contra determinados sectores

³⁰ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154. El día 16 de setiembre de 1973 fue detenido el señor Almonacid Arellano, de 42 años de edad, en su domicilio ubicado en la población Manso de Velasco, por carabineros, quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció en el Hospital Regional de Rancagua el 17 de setiembre de 1973.

³¹ Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153.

³² Sobre el tema *responsabilidad agravada de los estados* véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mirna Mack*.

³³ Resolución AG/RES. 666 (XIII-0/83) de 18 de noviembre de 1983 y resolución AG/RES. 742 (XIV-0/84) de 17 de noviembre de 1984 de la AG/OEA. Además, cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual 1983-1984*, capítulo IV, § 8, 9 y 12, y capítulo V, I.3, OEA/Ser.L/V/II.63 doc. 10 de 28 de setiembre de 1984; *Informe Anual de 1986-1987*, capítulo vs.II, OEA/Ser.L/V/II.71 Doc. 9, rev. 1, de 22 de setiembre de 1987; *Informe Anual de 1987-1988*, capítulo IV, OEA/Ser.L/V/II.74 Doc. 10, rev. 1, de 16 de setiembre de 1988; *Informe Anual 1990-1991*, capítulo V, OEA/Ser.L/V/II.79, Doc. 12, rev. 1, de 22 de febrero de 1991, e *Informe Anual de 1991*, capítulo IV, OEA/Ser.L/V/II.81 Doc. 6, rev. 1, de 14 de febrero de 1992.

³⁴ “Las ejecuciones arbitrarias constituyeron una práctica sistemática en el marco de la estrategia contra-subversiva de los agentes del Estado, especialmente en los momentos más intensos del conflicto (1983-1984 y 1989-1992)”. Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 80.1.

de la sociedad.³⁵ En el caso *Miguel Castro Castro vs. Perú*, hechos que ocurrieron en un centro de reclusión, se constató por la Corte IDH que el ataque contra los internos de los pabellones 1A y 4B fue una masacre que tenía por objeto lesionar la integridad física o acabar con la vida de los internos, quienes en su mayoría estaban procesados o sentenciados por delitos de terrorismo y traición a la patria. La imputación de responsabilidad se justifica porque los reclusos se encontraban bajo custodia de las fuerzas públicas peruanas en dicho centro de reclusión.³⁶

Por otro lado, la Corte IDH ha encontrado que la comisión de crímenes de lesa humanidad en el contexto de las dictaduras —en especial desapariciones forzadas y ejecuciones arbitrarias— responde a un determinado *modus operandi* establecido por los perpetradores, generalmente, en los casos sometidos a la jurisdicción de la fuerza pública. De esta forma, la jurisprudencia de la Corte IDH constata no sólo el carácter sistemático de las conductas de los agentes estatales, sino también que los delitos como tales no constituían hechos aislados o esporádicos, pues llegaron a configurar un patrón de conducta durante la época en que ocurrieron, con miras a crear un método de eliminación de miembros de organizaciones subversivas o de sospechosos de pertenecer a ellas, lo que potencia la discrecionalidad de las fuerzas represoras. Como se ha sentenciado:

El *modus operandi* utilizado en las desapariciones forzadas tuvo características similares al método empleado en las ejecuciones arbitrarias. La CVR expuso detalladamente las etapas de esta práctica compleja: “selección de la víctima, detención de la persona, depósito en un lugar de reclusión, eventual traslado a otro centro de reclusión, el interrogatorio, la tortura, el procesamiento de la información obtenida, la decisión de la eliminación, la eliminación física, la desaparición de los restos de la víctima y el uso de los recursos del Estado”. [...] Los agentes del Estado emplearon diversas modalidades en la detención de las víctimas, incluyendo la incursión violenta en los domicilios, cuya modalidad fue descrita por la CVR [...].³⁷

³⁵ La Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (en adelante CVR) concluyó que en el período 1989-1992 dicha práctica de ejecuciones arbitrarias se extendió a gran parte del territorio nacional, éstas fueron más selectivas y se practicaron en combinación con otras formas de eliminación de personas sospechosas de participar, colaborar o simpatizar con las organizaciones subversivas, como la práctica de desaparición forzada de personas. Caso *La Cantuta*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 80.2.

³⁶ Caso penal *Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, § 403; caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 80.2.

³⁷ Caso *La Cantuta*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 80.5 ss.

El hecho de tener el mismo patrón de acción para la realización de los delitos es un factor que la Corte IDH considera que era utilizado para inferir sufrimiento, miedo y angustia en la población. La sistematización de las violaciones y los vejámenes permanentes a los que fueron sometidas las personas justifica la agravada responsabilidad estatal internacional.³⁸

No obstante, debe destacarse que la reiteración de crímenes propia del *modus operandi* no es un factor decisivo de la imputación de responsabilidad al Estado, pues la Corte IDH ha interpretado que también un solo acto ilícito cometido en el contexto recién descrito constituye un crimen de lesa humanidad.³⁹ Las fuerzas militares no se limitaron a “luchar contra la subversión” sino que pretendieron defender o imponer una ideología en particular. Lo anterior adquiere mayor relevancia a propósito del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en el cual se presentó la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Arellano, quien era considerado una “amenaza por su doctrina”, pues era militante del Partido Comunista, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE).⁴⁰

Frente a la comisión de crímenes de lesa humanidad, los Estados partes de la Convención asumen la obligación de perseguir a los perpetradores, lo que significa cumplir con el deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos amparados por la Convención. Esta obligación implica además organizar sus estructuras de poder para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción. Entonces, si una violación de estos derechos ha permanecido sin castigo porque el Estado a través de distintas estrategias de impunidad lo ha permitido, y hasta tanto no se restablezca en cuanto sea posible a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que existe un incumplimiento estatal que merece una sentencia de responsabilidad en su contra.⁴¹

³⁸ Caso *La Cantuta*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 113.

³⁹ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 92.

⁴⁰ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 104.

⁴¹ Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, § 166, y caso *Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, n.º 5, § 175.

2.2.1. *Principio de legalidad y normas de ius cogens en derecho internacional de los derechos humanos*

La jurisprudencia de la Corte IDH parte de la base que “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías [según el Pacto de San José] es [...] inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira”,⁴² de allí que dentro de tales valores y principios “la democracia representativa es determinante de todo el sistema del que la Convención forma parte”.⁴³ Atento a ello, “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables” y “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.⁴⁴

Según la jurisprudencia del sistema, el acaecimiento de crímenes de lesa humanidad trae consigo violaciones de derechos inderogables reconocidos por la Convención, que no pueden quedar impunes. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad —por ejemplo, torturas o tratos crueles e inhumanos— es una norma de *ius cogens*,⁴⁵ y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general. Esto significa que ningún Estado puede desconocer este tipo de normas, pero, además, que ningún Estado puede justificar su incumplimiento en la inexistencia de un tipo penal o en la no ratificación interna de una Convención internacional, justamente porque se trata de una norma imperativa del derecho internacional. Dice la Corte IDH:

Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.⁴⁶

⁴² El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87 de 30.01.1987, serie A n.º 8, § 26.

⁴³ Véase La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-6/86 de 09.05.1986, serie A n.º 6, § 38.

⁴⁴ Véase *El hábeas corpus*, cit., § 24 y 26.

⁴⁵ Caso penal *Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, § 271, 404.

⁴⁶ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 153; también § 99.

Por tanto, de la naturaleza *ius cogens* de las normas que protegen los derechos humanos surge para el Estado el deber de no dejar impunes estos crímenes y delitos y de utilizar los medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar la “cultura de la impunidad”.⁴⁷ Esta prohibición, entonces, es de tal magnitud que subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.⁴⁸

2.2.2. Imprescriptibilidad, retroactividad de la ley penal, efecto de cosa juzgada y principio *ne bis in idem*

Sobre estos temas, cabe insistir con la sentencia de *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, pues allí señala la Corte:

El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del Sr. Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto ley n. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, puesto que el Estado está en la obligación de dejar sin efecto el citado decreto ley (supra, § 144). Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *non bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

Esta sentencia guarda relación con el problema de la retroactividad de la ley, el efecto de cosa juzgada y el principio *ne bis in idem*, puesto que la declaración de crimen de lesa humanidad en el caso en cuestión trae como consecuencia que el delito contra Almonacid Arellano adquiera naturaleza de imprescriptible y requiera

⁴⁷ Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, § 128.

⁴⁸ Caso penal *Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, § 271; caso *Baldeón García*, supra nota 21, § 117; caso *García Asto y Ramírez Rojas*, supra nota 122, § 222; y caso *Caesar*, sentencia de 11 de marzo de 2005, serie C, n.º 123, § 59.

de una nueva consideración, a pesar de la prohibición jurídica de la doble incriminación.

De un modo que no está exento de críticas, se desprende del espíritu de la sentencia que los tribunales chilenos estarían obligados (o facultados) a reconsiderar aquellos casos de violaciones de derechos humanos archivados por motivo del mero transcurso del tiempo (prescripción), así como volver a caratular aquellos otros que con similares características y cometidos en el mismo contexto que el de Almonacid Arellano fueron originariamente tipificados como homicidios comunes. De la misma manera, deberían investigarse casos sobreesidos en aplicación del decreto ley 2191, pues como indica la sentencia:

El Estado debe asegurarse que el Decreto ley 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia.⁴⁹

De la lectura del párrafo 145 surge que:

[...] al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto ley 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos.

El hecho de declarar al decreto ley 2191 un documento que no produce efectos jurídicos⁵⁰ indica que aquellas causas archivadas con base en dicha norma podrían ser reabiertas para someterlas a una nueva consideración.

Por otra parte, las nuevas denuncias que podrían presentarse sobre hechos que ya han sido juzgados, y que implican la reapertura de los correspondientes procesos judiciales, no serían violatorias del principio de *ne bis in idem* siempre que se compruebe

⁴⁹ Véase *Almonacid Arellano*, cit., § 171, p. 65.

⁵⁰ A la luz del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), a los Estados se les impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria de la Convención; puesto que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como es la Convención, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que '[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". *Almonacid Arellano*, § 124-125. Pero además, la Convención Americana en su artículo 68.1 consagra que "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes"; por lo tanto, las sentencias de la Corte son de obligatorio cumplimiento aunque se carezca de mecanismos coactivos para el acatamiento de las decisiones de la Corte.

que la justicia chilena actuó con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente (por ejemplo, mediante la justicia militar), o cuando no existió una real intención de someter al responsable a la justicia (juicio de tapadera). En síntesis, cuando la sentencia ha sido el resultado de un proceso en el cual no se han respetado las garantías judiciales previstas por la Convención (artículo 8) y por tanto configura una violación inminente al debido proceso no hay espacio para una “verdadera sentencia, ni cosa juzgada, ni para la operación del principio *ne bis in idem*”.⁵¹

Así las cosas, siempre que pueda demostrarse que la *cosa juzgada* ha sido *aparente* o *fraudulenta*, no habría impedimento de *ne bis in idem* para el comienzo de una nueva indagatoria,⁵² pues de lo que se trata es de combatir “la ausencia de resolución legítima”.⁵³ Como dice la sentencia:

Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.⁵⁴

Frente a esta posible nueva valoración y reconsideración de las circunstancias relacionadas con casos referidos a la violación de los derechos humanos deben realizarse algunas consideraciones en relación con el efecto de la cosa juzgada y el principio *ne bis in idem*

En primer lugar, la sentencia en cuestión parece acceder a un metaconcepto de justicia para casos que envuelven a los derechos humanos y a responsables de crímenes de lesa humanidad que no se condice con la seguridad jurídica, pues la irrevocabilidad ha sido la característica principal de la certeza que brinda todo proceso penal llevado a cabo contra una persona en concreto por unos hechos determinados,

⁵¹ Caso *La Cantuta*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, § 11.

⁵² Véase caso *Carpio Nicolle y otros*, sentencia de 22.11.2004, serie C, n.º 117, § 131.

⁵³ Caso *La Cantuta*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, § 13.

⁵⁴ Véase caso *Almonacid Arellano*, cit., § 154, p. 61.

independientemente de la naturaleza de éstos. Además, tanto el efecto de cosa juzgada como el principio *ne bis in idem* constituyen una obligación para los jueces, en el sentido de que no están autorizados a juzgar dos veces a la misma persona por los mismos hechos. Y esta obligación plasma el principio constitucional de prohibición de la doble incriminación,⁵⁵ motivo fundamental para impedir que una sentencia judicial lo ponga en tela de juicio o en franca contradicción.

La sentencia que se comenta podría limitarse a plantear la posibilidad de un hipotético recurso de revisión del caso, limitado a las sentencias condenatorias en cuanto a la aparición de nuevos hechos que no hayan sido considerados previamente, pues dicho recurso no tiene plazo alguno de interposición. Es decir, el recurso de revisión no afectaría a las sentencias absolutorias y, por tanto, no podrían abrirse nuevas instancias contra aquellas personas que hayan sido absueltas en un juicio previo; de otra forma, se estaría admitiendo la posibilidad de interponer dicho recurso en perjuicio del reo. Es notorio que la *ratio* de la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* no se condice con las causas que habilitan la interposición del recurso de revisión, pues éste se concentra en una reconsideración de causas penales concluidas con un claro objetivo punitivo respecto a individuos que han sido absueltos, y no de revisión de la inocencia de individuos injustamente condenados.

En todo caso, mellar el alcance de la cosa juzgada significa eliminar una causa general de excepcionamiento frente a los intentos de doble enjuiciamiento y una lesión al principio de *ne bis in idem*. Por todo ello, poner en duda el efecto de la cosa juzgada y el principio que prohíbe la doble incriminación, como pretende la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, significa un duro golpe al principio de seguridad jurídica y a las bases de todo el ordenamiento jurídico penal, que no puede ser compartido desde el punto de vista del derecho procesal penal.

2.2.3. El problema de las leyes de amnistía

La amnistía, el olvido, puede lograrse por leyes de obediencia debida o de punto final (como ocurrió en Argentina), o tras un proceso de negociación entre los criminales de Estado y las nuevas autoridades sin obtener una legitimación democrática

⁵⁵ Así claramente en el artículo 103 de la Grundgesetz alemana que impide toda reconsideración de un mismo caso o ulterior persecución al mismo autor por el mismo hecho, independientemente de una primera sentencia condenatoria o de absolución.

(como ocurrió en Chile), o sometiendo la ley producto de la negociación a la voluntad popular (como ocurrió en Uruguay).

El dilema de todo proceso de transición es decidir a quién se va a juzgar y por qué delitos.⁵⁶ Tras los actos de violencia o el fin de la guerra el Estado no puede pretender abarcar todos los casos, pues fracasaría por distintos motivos en dicho intento.⁵⁷ Ninguna solución posconflicto se ha basado hasta el momento en una “justicia completa” sino en una “justicia discrecional”⁵⁸ o, como se ha denominado la justicia selectiva de los tribunales penales internacional *ad hoc*, una *justice à la carte*.⁵⁹

Lo que no se puede aceptar, en ninguno de estos procesos de elaboración del pasado, es que los perpetradores de los crímenes contra los derechos humanos pretendan que la irresponsabilidad y el olvido ocupen el lugar de la justicia.

En algunos países donde se vivieron dictaduras —como Perú, Chile y Argentina—, los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante éstas fueron amnistiados mediante la aprobación de las llamadas *leyes de autoamnistía*,⁶⁰ expedidas por quienes ejercían la autoridad y a su mismo favor, generando, por lo tanto, impunidad en los casos donde resultasen violaciones de derechos humanos reconocidos por la Convención.

En el entender de la Corte IDH, estas leyes violan con su existencia el derecho de las víctimas a las garantías judiciales y a la protección judicial⁶¹ porque “obstruyen y deniegan el acceso a la justicia por parte de las víctimas o sus familiares, impiden la investigación de los hechos, imposibilitan la realización de la justicia y el otorgamiento de reparaciones adecuadas, dejando a la víctima en estado de indefensión”. Es claro el Tribunal en su jurisprudencia cuando considera que la aplicación de leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna sustrae al Estado de su deber de investigar,

⁵⁶ Véase Ruti Teitel: “Transitional Historical Justice”, en Meyer (ed.): *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 211.

⁵⁷ Para el caso de Ruanda, véase Carla Ferstman: “Domestic Trials for Genocide and Crimes Against Humanity: The Example of Rwanda”, en Nikos Passas (ed.), *International Crimes*, Ashgate: Dartmouth, 2003, p. 515 ss.

⁵⁸ Lamentablemente en algunas ocasiones no se respetan muchos principios sobre los que se asienta cualquier república o Estado de derecho y el Poder Ejecutivo asume algunas funciones inherentes al Poder Judicial. En ese sentido, el caso colombiano, donde al parecer el gobierno se ha irrogado la potestad de definir a los beneficiarios de la Ley de Alternativas a la Prisión.

⁵⁹ Véase Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty: *Crimes Internationaux et Jurisdictions Internationales*, París: Presses Universitaires de France, 2002, p. 255.

⁶⁰ Según voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos* del 14 de marzo de 2001: “[...] difieren de las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados”.

⁶¹ Cf. artículos 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos.

determinar y sancionar a los responsables, principalmente cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, a los que no se puede conceder amnistía ni favorecer con la irresponsabilidad y el olvido.⁶² Así lo declaró en el caso Barrio Altos:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.⁶³

Merece atención el hecho de que la violación a los anteriores derechos por la vigencia de las leyes de autoamnistía implica necesariamente una violación clara de los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia, pues someten a la víctima a una situación de desprotección y de convivencia con la impunidad del Estado.

Si bien estas leyes se sustentan en instrumentos legales, para la Corte IDH su vigencia —en aquel entonces y hoy en día— tiene como consecuencia que el Estado incumpla la obligación de adecuar su ordenamiento interno al ordenamiento internacional a fin de garantizar los derechos establecidos en la CADH⁶⁴ de la cual hacen parte. Luego, se hace necesario que el Estado opte por la abolición de estas leyes o la reforma del sistema legal nacional para que el Estado no vea comprometida su responsabilidad internacional y que cesen las violaciones que éstas generan, pues en caso de continuar vigentes se afectan normas inderogables que hacen parte del *ius cogens*. Es el caso de Chile, que aún mantiene vigente el decreto ley n.º 2191, el cual no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga, y por ello fue declarada su responsabilidad internacional en el caso *Almonacid Arellano*, sometido a la competencia de la Corte.

En cuanto a los *efectos jurídicos* que tienen las leyes de autoamnistía, la jurisprudencia de la Corte IDH se inclina por su carencia desde el momento en que nacen, pues entran en inmediata incompatibilidad con los principios de la Convención Americana. De hecho, para que éstas no produzcan ningún efecto es innecesaria la expedición de un acto que lo disponga.⁶⁵

⁶² Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154.

⁶³ Caso *Barrios Altos*, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 41.

⁶⁴ Convención Americana De Derechos Humanos, artículo 2.

⁶⁵ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La Cantuta*, del 29 de noviembre de 2006.

Pero es que, además, la jurisprudencia interamericana encuentra sustento en el derecho internacional⁶⁶ para afirmar que las conductas como las cometidas durante las dictaduras latinoamericanas no pueden amnistiarse porque constituyen crímenes de lesa humanidad,⁶⁷ conforme a sus reglas básicas. La Corte argumenta que cuando un Estado suscribe y ratifica la CADH adquiere compromisos internacionales que debe respetar, y cualquier acto de derecho interno que sea incompatible con lo allí dispuesto determina su invalidez jurídica.⁶⁸ Según la interpretación del juez Antônio A. Cançado Trindade, estas normas “afectan derechos inderogables que recaen en el ámbito del *jus cogens*”,⁶⁹ y complementa lo anterior al justificar que el hecho de que sean actos jurídicos legales del ordenamiento interno no significa que en el ámbito internacional —en este caso, el derecho internacional de los derechos humanos— sostengan esa característica de legalidad:

Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su *legalidad en el plano del derecho interno*, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del derecho internacional de los derechos humanos, acarreado violaciones *de jure* de los derechos de la persona humana. El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, *no lo son* en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.⁷⁰

El sistema interamericano, frente a la adopción y aplicación de las leyes de autoamnistía, observa que éstas tienen como finalidad sustraer a los individuos de la acción penal, lo que implica que el Estado fomenta la impunidad de conductas delictivas

⁶⁶ En la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, § 105-100, la Corte IDH cita las resoluciones 2583 de 1969 y 3074 de 1973, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616 de 3 agosto de 2004; resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁶⁷ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 114.

⁶⁸ Según voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*, del 14 de marzo de 2001.

⁶⁹ Voto concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade.

⁷⁰ Ídem.

que la comunidad internacional ha tenido el firme propósito de investigar y sancionar. Ello como obligación de los Estados de “intervención penal”⁷¹ y también como protección y garantía de los derechos de las víctimas. Y es que la Corte IDH se inclina por proteger ante todo la infiltración de la impunidad ante las violaciones de bienes jurídicos protegidos por la CADH (verbigracia: desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, etcétera) y, por ende, que los Estados sean los que impulsen este reto, no quienes la propaguen. Por eso, no duda en declarar la responsabilidad cuando ellos incumplen las obligaciones impuestas por la Convención —y por las normas del derecho internacional— sustrayendo a las personas de la actuación de la justicia, más aún cuando se hace a través de la promulgación de esta clase de normas, como aconteció en el Perú en el caso *Barrios Altos*.

2.2.4. Órdenes del superior

En el contexto de violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos que caracterizan algunos casos sometidos a la jurisdicción de la Corte, ésta reconoce que la consumación de los actos perpetrados por los agentes del Estado —en especial la preparación y ejecución de las detenciones, las torturas y desapariciones forzadas de las víctimas, asesinatos colectivos— no hubiesen sido posibles sin las órdenes superiores de autoridades estatales, como las jefaturas de policía y servicios de inteligencia, o inclusive del mismo jefe de Estado,⁷² y sin la colaboración, aquiescencia o tolerancia de éstos entre sí. Esto se comprobó en el caso *La Cantuta vs. Perú*, donde las operaciones del denominado Grupo Colina⁷³ fueron hechas con pleno conocimiento —e incluso con órdenes— de los más altos mandos de las fuerzas armadas, de los servicios de inteligencia y del Poder Ejecutivo de ese entonces, mediante las estructuras de seguridad estatales.⁷⁴ Y es que el Tribunal llega a esta conclusión

⁷¹ En este sentido voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*, del 14 de marzo de 2001.

⁷² Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 66.

⁷³ Fue un grupo organizado directamente dentro de la estructura jerárquica del Ejército peruano y sus actividades y operaciones se desarrollaron, según diferentes fuentes, con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército. Caso *La Cantuta*, § 80 ss.

⁷⁴ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 81 y 96. También caso penal *Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 160, § 203. “Se vivía en Perú un conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policial y militar, que había generado violaciones sistemáticas a los derechos humanos, entre ellas torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados al margen de la ley, realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales”.

puesto que tales prácticas requieren de “una compleja organización y logística, empleo de recursos y medios del Estado, como vehículos motorizados, combustible, instalaciones para recibir al detenido y mantenerlo oculto para impedir o dificultar su ubicación”.⁷⁵

Esto es una muestra de cómo los Estados utilizaron el poder estatal como medio para la comisión de acciones delictivas violatorias de derechos, los cuales estaban obligados a prevenir, respetar y garantizar.⁷⁶ Por eso la Corte IDH considera que en esas situaciones “el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de “terrorismo de Estado”,⁷⁷ porque “sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes” y no, por el contrario, institucionalizar estas prácticas como una política gubernamental. Este hecho es claro en relación con los métodos de intervención estatales o paraestatales utilizados para eliminar a aquellos individuos que se sospechaba pertenecían a grupos insurgentes, sin que fuera relevante para diferenciar el nivel y la forma de intervención una distinción entre guerrilleros o militantes de determinados partidos políticos proscritos.

En Paraguay, aunque se iniciaron procesos penales contra altos mandos del gobierno dictatorial (verbigracia: jefe de Estado, Ministerio del Interior, funcionarios del Servicio de Inteligencia Militar y de la Policía de la capital y su Departamento de Investigaciones), sus resultados han sido calificados por la Corte como “parciales”,⁷⁸ pues algunos no culminaron o no determinaron la responsabilidad penal y en otros, debido a lo prolongado de las diligencias, los imputados han muerto. Es decir, entre la ineficiencia de las instituciones estatales y el inevitable accionar del tiempo se favoreció la situación de impunidad de los violadores de los derechos humanos. Como se ha mencionado, no cabe duda de que, en cualquier caso, en las investigaciones ha sido evidente la negligencia del Estado paraguayo.

⁷⁵ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 80.7; caso *Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 96.

⁷⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1.1.

⁷⁷ Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 66.

⁷⁸ Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 119.

2.2.5. *La lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas*

La sistematicidad en la comisión de los delitos está directamente relacionada con la impunidad.⁷⁹ En ese sentido, si el Estado no es capaz de garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana, y además no cumple con su obligación de investigar y sancionar a los responsables, no repara a las víctimas y no adopta las medidas necesarias, está abriendo el camino a la impunidad y con ello a la repetición de estas conductas.⁸⁰ La actitud negligente del Estado constituye también una práctica sistemática de violación de los derechos humanos de la Convención, así como “la denegación de justicia implica un encubrimiento de violaciones de derechos fundamentales”.⁸¹ La jurisprudencia de la Corte IDH en forma reiterada ha destacado la importancia de combatir la impunidad para evitar la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas.⁸² Así, conductas como la adopción de dispositivos legales para entorpecer las investigaciones, la desviación de crímenes de lesa humanidad al la justicia penal militar, la protección de los responsables con el fuero militar, la destitución de jueces y fiscales por el Poder Ejecutivo y la promulgación de leyes de amnistía son consideradas (conforme al caso *La Cantuta*) factores que propician la impunidad y a su vez revelan la ausencia de garantías judiciales e ineficacia de las instituciones para asumir las situaciones de violaciones sistemáticas de derechos humanos.⁸³ En consecuencia, adopta la posición de que:

Se debe combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, tomando en cuenta la necesidad de hacer justicia en el caso concreto [por cuanto] la naturaleza y gravedad de los hechos en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos genera una mayor necesidad de erradicar la impunidad de los hechos.⁸⁴

⁷⁹ La Corte IDH ha definido impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, n.º 140, § 299; caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, § 23.

⁸⁰ Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, § 238; caso *Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, § 156.

⁸¹ Voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153.

⁸² Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 111.

⁸³ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 165, §92

⁸⁴ Caso penal *Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, § 405. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 131.

Un ejemplo visible de acciones impunes del Estado se dio en las dictaduras militares, en un escenario en que los tribunales de justicia negaban generalmente la recepción y el trámite de los recursos de hábeas corpus, lo que significaba para los familiares de las víctimas una desinformación total sobre el motivo de la detención y sobre la suerte de individuo. La negación de este recurso causaba un estado absoluto de indefensión para los detenidos, y para la víctima la cercenación del único camino posible para “garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”.⁸⁵

En algunos casos los jueces justificaban esa clase de resoluciones en la referencia al estado de emergencia o de seguridad nacional que los militares aducían para no dar la información, respuesta que evidentemente entorpecía el rumbo de las investigaciones y la culminación de los procesos. Entonces, si bien el recurso de hábeas corpus fue tramitado y resuelto, no condujo a una investigación seria e independiente por las autoridades. Todo esto indica que el Estado ocasionó situaciones de falta total de garantías, pues no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.⁸⁶

Al respecto, la Corte se pronunció en el caso *La Cantuta* del siguiente modo:

En caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes.

Asimismo, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. No se trata pues de negar que el Gobierno deba seguir siendo depositario de los secretos de Estado, sino de afirmar que en materia tan trascendente, su actuación debe estar sometida a los controles de los otros poderes del Estado o de un órgano que garantice el respeto al principio de división de los poderes [...].

⁸⁵ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 165.P §111.

⁸⁶ Caso *19 Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, n.º 109, § 192.

De esta manera, lo que resulta incompatible con un Estado de Derecho y una tutela judicial efectiva no es que haya secretos, sino estos secretos escapen de la ley, esto es, que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable porque no están regulados jurídicamente y que por tanto están al margen de todo sistema de control.⁸⁷

No se debe olvidar que, cuando en la comisión de violaciones a los derechos protegidos por la Convención están involucrados agentes estatales, la obligación del Estado de hacer que la investigación conduzca a la verdad, que haya una real persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos adquiere mayor relevancia. Por lo tanto, actos jurídicos del Estado que pretendan dirimir la competencia de juzgamiento de violaciones sistemáticas de derechos humanos a favor del fuero militar⁸⁸ son contrarios al espíritu de la Convención, pues la Corte IDH ha sido constante en determinar que la justicia ordinaria es la competente para realizar las investigaciones en este campo.

Puesto que en el caso *La Cantuta* la situación de impunidad de los responsables fue consecuencia de una serie de factores individualizados, como la incompetencia para investigar, la manipulación de mecanismos legales y constitucionales, la derivación irregular de las investigaciones al fuero militar, la parcialidad de los magistrados en su actuar, los procesos simulados y la sustracción de los individuos para la persecución penal,⁸⁹ se consideró que el Estado peruano violó sistemáticamente el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de los familiares de las víctimas.⁹⁰

En cuanto refiere al derecho de las víctimas a la reparación, sólo diremos que la Corte IDH ha reconocido el derecho de las víctimas a la reparación de los daños materiales y morales, cuantificada según la gravedad del acto y que admite formas pecuniarias de compensación en casos de violaciones de los derechos humanos, incluso con elevadas indemnizaciones.⁹¹ A diferencia de los tribunales del *common law*,

⁸⁷ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 165.P § 111; caso *Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, § 180 y 181.

⁸⁸ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 165, § 93. Al respecto, en su informe final, la CVR estableció que el Poder Judicial no cumplió adecuadamente con su misión para acabar con la impunidad de los agentes del Estado que cometían graves violaciones de los derechos humanos, lo cual coadyuvaba a esa situación; además, los jueces se abstuvieron de juzgar a miembros de las fuerzas armadas acusados de esos hechos fallando sistemáticamente cada contienda de competencia a favor del fuero militar, donde las situaciones quedaban en la impunidad.

⁸⁹ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 165, §144.

⁹⁰ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 165, §145.

⁹¹ Caso *Castillo Páez vs. Perú (Reparación)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C, n.º 43, § 84.

esta Corte no admite el pago de *daños punitivos*,⁹² en el entendido de que el artículo 63.1 de la CADH es de naturaleza compensatoria y no afflictiva.⁹³ Pero además, porque la teoría de los *daños punitivos* riñe con la teoría del enriquecimiento injusto de la víctima, todavía dominante en los países del *continental law*.⁹⁴

No obstante, en algunas sentencias han tenido cabida reparaciones de carácter ejemplarizante o disuasivo, que se asemejan a *obligaciones de hacer*, de carácter tanto resarcitorio o compensatorio como sancionatorio.⁹⁵

De todas formas, la indemnización de las víctimas no es el objetivo principal de la Corte IDH, que se centra en brindar garantías fundamentales para la no repetición de los ilícitos,⁹⁶ de modo que la específica *reprobación del acto* es considerada en sí misma una forma de reparación. Esta especie de compensación del daño sufrido por las víctimas guarda estrecho vínculo con el *derecho a conocer la verdad*, también en su dimensión social,⁹⁷ auténtico icono de toda la jurisdicción relacionada con los derechos del hombre, con particular manifestación en la jurisprudencia de la Corte IDH.⁹⁸

⁹² Se ha dicho que “La Cour interaméricaine des droits de l’homme n’a pas admis les punitive damages, considérant que l’article 63(1) de la convention est de nature compensatoire, et non de nature afflictive (Affaire Bámaca Velásquez, 1989, para. 38)”. Véase Elisabeth Lambert Abdelgawad: “La spécificité des réparations pour crimes internationaux”, en Christian Tomuschat y Jean-Marc Thouvenin: (eds.): *The Fundamental rules of the International Legal Order*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2006, p. 194, nota 88.

⁹³ De opinión contraria Cançado Trindade, votos razonados en los casos *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, sentencia 28 de noviembre de 2005, serie C, n.º 138; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101; *Masacre de Plan de Sánchez*, sentencia de reparaciones del 19 de noviembre de 2004, serie C, n.º 105. En su opinión, “los términos del artículo 63(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectivamente abren a la Corte Interamericana un horizonte bastante amplio en materia de reparaciones [...] reparaciones con propósitos ejemplarizantes o disuasivos (correspondientes a una responsabilidad agravada) pueden coadyuvar tanto en la lucha contra la impunidad como en la garantía de no-repetición de los hechos lesivos”. Cf. *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, § 7 (voto razonado).

⁹⁴ Véase Laura García Matamoros y María Herrera Lozano: “El concepto de los daños punitivos o punitive damages”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 5(1): pp. 211-229, enero-junio de 2003, pp. 222 ss.

⁹⁵ Caso *Aloboetoe vs. Suriname*, sentencia del 10 de setiembre de 1993, serie C, n.º 15, donde la Corte ordenó la reapertura de una escuela y la creación de una fundación para asistir a los beneficiarios. Caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, sentencia del 26 de mayo de 2001, serie C, n.º 77, donde la Corte ordenó la designación de un centro educativo con nombre alusivo a las víctimas del caso. Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia del 27 de febrero de 2002, serie C, n.º 92, donde la Corte ordenó la designación de un centro educativo con el nombre de la víctima.

⁹⁶ Caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, cit., § 93.

⁹⁷ Véase caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia del 22 de febrero de 2002. A partir de este caso la Corte pasó a considerar no sólo la dimensión individual del derecho a conocer la verdad, sino también la dimensión social de este derecho: “La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro” (§ 77). Véanse también casos *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia del 27 de febrero de 2002, § 114; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, § 274; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia del 22 de noviembre de 2004, § 128; *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia del 01 de marzo de 2005, § 62 y 169; *Huilca Tecse vs. Perú*, sentencia del 03 de marzo de 2005, § 107; *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005, § 204; *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia del 12 de setiembre de 2005, § 96; *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., § 259.

⁹⁸ Caso *Quinteros Almeida vs. Uruguay*, comunicación n.º 107/1981, 2003, relacionado con la desaparición forzada de personas y la negativa a brindar información subsiguiente acerca del paradero de los desaparecidos.

2.2.6. Alegato de defensa estatal

Los Estados pretendían justificar la impunidad con el argumento de la lentitud de sus procesos penales, caracterizadas por un exceso de tramitación, que tenía como consecuencia la dilatación temporal de los procesos, lo que representaba para las víctimas o sus familiares una ausencia de protección judicial y de acceso a la justicia. La Corte llegó a esta conclusión porque a lo largo de su jurisprudencia había establecido unos parámetros que determinaban el *tiempo razonable* de una investigación, como lo recuerda en el caso *La Cantuta*:

En relación con la duración de las investigaciones y procesos, este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite formal de procesos internos, sino que éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables.⁹⁹ Ciertamente la Corte ha establecido, respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.¹⁰⁰ No obstante, la pertinencia de aplicar esos tres criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias de cada caso.¹⁰¹ Además, en este tipo de casos, el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable.¹⁰²

Ante esta excesiva duración de los procesos penales, los Estados partes podrían definir políticas públicas y planes de acción para lograr que su aparato jurídico encuentre una dinámica tal que permita que las causas judiciales no queden estancadas. Sin embargo, la Corte constata que, incluso después de superadas las situaciones fuentes de impunidad, los Estados no son diligentes con las acciones oficiales de investigación de las violaciones de derechos humanos; por ejemplo, frente a los casos

⁹⁹ Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, § 216; caso *19 Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, n.º 109, § 188.

¹⁰⁰ Caso *Ximenes Lopes*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, n.º 149, § 196.

¹⁰¹ Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 13, § 214.

¹⁰² Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 165, §149.

de desapariciones forzadas del Paraguay, que aun después del fin de la dictadura no se esforzó por determinar el paradero de las víctimas o siquiera por encontrar sus restos.¹⁰³

Lo anterior no eximió al Estado paraguayo de su responsabilidad ante el sistema interamericano, pues es su obligación asumir las investigaciones como un deber jurídico propio “y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, al ser las acciones iniciadas únicamente por querellas de las víctimas”.¹⁰⁴ Por eso, la Corte IDH frente a los casos de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, entre otros, considera que: “la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida”.¹⁰⁵

Significa entonces que los Estados partes, en virtud de los compromisos adquiridos con la Convención, están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25 de la Convención),¹⁰⁶ que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1),¹⁰⁷ todo ello dentro de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).¹⁰⁸

¹⁰³ Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 118.

¹⁰⁴ Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, n.º 140, § 287-289; caso *Masacre de Pueblo Bello*, sentencia de 131 de enero de 2006, serie C, n.º 140, §143 a 146.

¹⁰⁵ Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 88.

¹⁰⁶ Artículo 25 CADH: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

¹⁰⁷ Artículo 8.1 CADH: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹⁰⁸ Caso *Ximenes Lopes*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, n.º 149, § 175. Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de Julio de 2006, serie C, n.º 140, § 287. Artículo 1.1 CADH : “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Según la jurisprudencia de la Corte IDH, el Estado debe disponer de todas las herramientas legales para adelantar las investigaciones, de tal forma que se logre la persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos. Durante la etapa de investigación, el trámite judicial de las víctimas o sus familiares debe permitir su participación, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables como en la búsqueda de una reparación.

3. Conclusiones

3.1. Del espectro de sentencias someramente analizadas puede concluirse que muchos de los criterios y valoraciones de la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos se acercan paulatinamente a aquellos que se reconocen en la jurisprudencia del derecho penal internacional.¹⁰⁹ Tratándose de crímenes de lesa humanidad, la jurisprudencia de la Corte IDH ha seguido los lineamientos de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad,¹¹⁰ según la cual tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. En el caso del señor Almonacid Arellano vs. Chile, la Corte IDH señaló que los crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con el *corpus iuris* del derecho internacional, van más allá de lo tolerable por la comunidad nacional e internacional y ofenden a la humanidad toda.¹¹¹ El daño causado con estos “permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables”.¹¹²

¹⁰⁹ Véase por todas, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22.09.2006, § 40-43.

¹¹⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

¹¹¹ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 105 y 105.

¹¹² Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 105 y 106.

En dicha sentencia, la Corte IDH reconoce y adopta postulados del derecho penal internacional¹¹³ para justificar la consideración de los delitos cometidos por la dictadura chilena como crímenes de lesa humanidad,¹¹⁴ con todas las consecuencias que ello trae aparejadas (verbigracia: prohibición de amnistía, imprescriptibilidad, excepción de *ne bis in idem*, obligación de reparar, etcétera).¹¹⁵

3.2. En cuanto a la impunidad derivada de la aplicación de la figura de la cosa juzgada y del principio *ne bis in idem* por los Estados —como eximente de responsabilidad frente a los procesos que se someten a la Corte y como pretexto para no sancionar a los responsables—,¹¹⁶ la postura de la Corte IDH se inclina por interpretar que éste no resulta aplicable: a) cuando el proceso penal culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de la violación de derechos humanos para sustraerlo de la responsabilidad penal que a él se le imputa, o b) cuando el procedimiento no fue instruido independientemente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales.¹¹⁷ Por ello, afirma que “Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’”.¹¹⁸ No deja de ser evidente la similitud entre los conceptos manejados por la Corte IDH para negar validez al efecto de cosa juzgada cuando éste es producto de un juicio aparente o *de tapadera* y los motivos contenidos en el artículo 17.1.a, 17.1.b, 17.2.a, 17.2.b y 17.2.c del Estatuto de Roma (cuestiones de admisibilidad) que permiten el ejercicio de la jurisdicción complementaria de la CPI.

3.3. Cuando el motivo de la impunidad ha sido la prescripción, el sistema interamericano rechaza de plano cualquier tipo de disposición de prescripción o cualquier

¹¹³ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 94-100. En esta sentencia, la Corte IDH cita a la Convención de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, al Estatuto Internacional de Núremberg, a los Convenios de Ginebra, a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*), a los Estatutos de los Tribunales Penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

¹¹⁴ Para la Corte IDH, “los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 96.

¹¹⁵ Cf. *Almonacid Arellano*, cit., § 94 a 104.

¹¹⁶ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 165.P § 151.

¹¹⁷ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 154. Véase también, ONU: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, artículo 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, S/Res/827, 1993, artículo 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, artículo 9.

¹¹⁸ Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 165. § 151 ss. CASO *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 154.

mecanismo que obstaculice o pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos,¹¹⁹ debido al respeto de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, que exigen a los Estados partes la adopción de medidas —legislativas— para que ningún individuo sujeto a su jurisdicción quede sustraído del derecho a la protección judicial.¹²⁰

3.4. Con relación a los hechos delictivos cometidos por las dictaduras del Cono Sur, al constituirse crímenes de lesa humanidad, la Corte IDH, por adopción de criterios del derecho internacional,¹²¹ sostiene que la consideración del concepto de víctima de esta criminalidad de Estado escapa a los individuos directamente lesionados y alcanza a toda la humanidad.¹²²

3.5. En cuanto al derecho de las víctimas, si bien este trabajo no profundiza sobre ello, puede indicarse de todos modos que éste se concentra en tres aspectos: un derecho a conocer no sólo la verdad histórica sino “la verdad a través de los procesos judiciales”,¹²³ un derecho a la justicia, con todas las garantías judiciales, y el debido proceso y el derecho a la reparación material y simbólica.

3.6. Otro vértice entre el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos es la concepción de crímenes de lesa humanidad adoptada por cada uno de ellos. Ambos reconocen que: a) las conductas tienen carácter sistemático y generalizado; por ello un acto gravemente violatorio de los derechos humanos cometido por un perpetrador puede constituir un crimen contra la humanidad si es realizado en el contexto de una *práctica sistemática*; b) son organizadas y planificadas como política criminal estatal;¹²⁴ c) estos crímenes afectan no sólo al individuo como tal sino a la humanidad en su conjunto, y d) constituyen normas del *ius cogens* y por tanto, de forzoso cumplimiento.

¹¹⁹ Caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de setiembre de 2003, § 116.

¹²⁰ Caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 43.

¹²¹ En la sentencia *Almonacid Arellano*, la Corte IDH cita el caso de Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Prosecutor vs. Erdemovic*, Case n.º IT-96-22-T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at para. 28.

¹²² Cf. *Almonacid Arellano*, cit., § 105 y 106.

¹²³ Véase *Almonacid Arellano*, cit., § 150.

¹²⁴ Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 22 de setiembre de 2006, serie C, n.º 153. Voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, § 42 y 43.

3.7. Por último, corresponde destacar este fenómeno de acercamiento o influencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, que puede considerarse consecuencia de la mancomunidad de principios entre las distintas ramas del derecho público internacional o, también, producto de una nueva etapa jurisdiccional internacional que adopta como uno de sus postulados la lucha contra la impunidad. Por esto se observa que la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional de los individuos son *complementarias*,¹²⁵ pues el Estado no puede eximirse de su propia responsabilidad por los crímenes practicados por sus agentes en su nombre y en ejecución de una *política de Estado*. En la práctica, las atrocidades han contado con la aquiescencia, tolerancia o colaboración del aparato del poder público del Estado, en cuyo nombre muchas veces operan dichos perpetradores.¹²⁶ En este sentido, como lo anota el juez Antônio A. Cançado Trindade, “tanto el Estado como sus agentes son destinatarios directos de normas del Derecho internacional contemporáneo; la conducta de ambos es prevista y reglada por este último, debiendo, pues, tanto el Estado como sus agentes responder por las consecuencias de sus actos y omisiones”.¹²⁷

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional no pueden dejar de tomarse uno al otro en cuenta, recíproca y conjuntamente, pues el primero se concentra en la responsabilidad internacional del Estado y el segundo en la responsabilidad penal internacional del individuo, y ambas deben ser abordadas concomitantemente, por cuanto las atrocidades no se reducen a actos (u omisiones) perpetrados por individuos aisladamente y por su propia cuenta, y en todo caso no se puede permitir el triunfo de la impunidad.

¹²⁵ Los autores comparten la opinión del juez Cançado Trindade al respecto, como lo ha manifestado en distintos votos razonados, entre ellos en la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*.

¹²⁶ Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de setiembre de 2005, serie C, n.º 134, voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, § 32.

¹²⁷ Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2004, serie C, n.º 105. Voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, § 39.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*, 1.º ed. colombiana, trad. Marcela Anzola, Medellín, 1997.
- ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de derecho procesal penal*, 2.º ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- CASSESE, Antonio, y Mireille DELMAS-MARTY: *Crimes Internationaux et Jurisdictions Internationales*, París: Presses Universitaires de France, 2002.
- DE LA OLIVA, ARAGONESES, HINOJOSA, MUERZA y TOMÉ: *Derecho procesal penal*, 7.º ed., Madrid: Ramón Aceres, 2004.
- FERSTMAN, Carla: "Domestic Trials for Genocide and Crimes Against Humanity: The Example of Rwanda", en Nikos Passas (ed.), *International Crimes*, Ashgate-Dartmouth, 2003, pp. 515-535.
- GARCÍA MATAMOROS, Laura, y María HERRERA LOZANO: "El concepto de los daños punitivos o punitive damages", en *Estudios Socio-Jurídicos* 5(1): 211-229, Bogotá, enero-junio de 2003, pp. 211-229.
- SENDRA GIMENO, CATENA MORENO y CORTÉS: *Derecho procesal penal*, 3.º ed., Madrid: Colex, 1999.
- MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 13.º ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- LAMBERT ABDELGAWARD, Elisabeth: "La spécificité des réparations pour crimes internationaux", en Christian Tomuschat y Jean-Marc Thouvenin (eds.): *The Fundamental rules of the International Legal Order*, Leiden-Boston: Martines Nijhoff, 2006, pp. 167-201.
- TEITEL, Ruti: "Transitional Historical Justice", en Meyer (ed.): *Justice in Time. Responding to Historical Injustice*, Baden-Baden: Nomos, 2004, pp. 209-221.

Jurisprudencia

- Corte IDH. Caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C, n.º 20.
- Corte IDH. Caso *Neira Alegría y otros vs. Perú. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 19 de setiembre de 1996. Serie C, n.º 29.
- Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de setiembre de 1997. Serie C, n.º 33.
- Corte IDH. Caso *Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C, n.º 34.
- Corte IDH. Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, n.º 35.
- Corte IDH. Caso *Benavides Cevallos vs. Ecuador*. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C, n.º 38.
- Corte IDH. Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, n.º 39.

- Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, n.º 42.
- Corte IDH. Caso *Cesti Hurtado vs. Perú*. Sentencia de 29 de setiembre de 1999. Serie C, n.º 56.
- Corte IDH. Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C, n.º 64.
- Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, n.º 75.
- Corte IDH. Caso *Cantos vs. Argentina*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, n.º 97.
- Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de setiembre de 2003. Serie C, n.º 100.
- Corte IDH. Caso *19 Comerciantes vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, n.º 109.
- Corte IDH. Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de setiembre de 2005. Serie C, n.º 134.
- Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C, n.º 137.
- Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil. Excepción preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C, n.º 139.
- Corte IDH. Caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, n.º 140.
- Corte IDH. Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, n.º 144.
- Corte IDH. Caso *Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, n.º 147.
- Corte IDH. Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, n.º 148.
- Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, n.º 149.
- Corte IDH. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 22 de setiembre de 2006. Serie C, n.º 153.
- Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C, n.º 154.
- Corte IDH. Caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 160.
- Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 162.
- Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serie C, n.º 1.
- Corte IDH. Caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Sentencia del 22 de noviembre de 2004. Serie C, n.º 117.
- Corte IDH. Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentencia del 1 de marzo de 2005. Serie C, n.º 20.
- Corte IDH. Caso *Huilca Tecse vs. Perú*. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Serie C, n.º 121.

Corte IDH. Caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, n.º 124.

Corte IDH. Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia del 12 de setiembre de 2005. Serie C, n.º 132.

Corte IDH. Caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Sentencia 28 de noviembre de 2005. Serie C, n.º 138.

Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C, n.º 101.

Corte IDH. Caso *Masacre de Plan de Sánchez. Sentencia de reparaciones*. Sentencia del 19 de noviembre de 2004. Serie C, n.º 105.

Corte IDH. Caso *Aloeboetoe vs. Suriname*. Sentencia del 10 de setiembre de 1993. Serie C, n.º 5.

Corte IDH. Caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*. Sentencia del 26 de mayo de 2001. Serie C, n.º 7.

Corte IDH. Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Sentencia del 27 de febrero de 2002. Serie C, n.º 92.

Opiniones consultivas

Opinión consultiva OC- 6/86 de 9.5.1986.

Opinión consultiva OC-8/87 de 30.1.1987.

Opinión consultiva OC-13/93 de 16.7.1993.

Opinión consultiva OC-18/03 de 17.9.2003.

Instrumentos internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

MÉXICO Y CENTROAMÉRICA

Jaime Martínez Ventura

1. Información

Este informe es una recopilación, sistematización y análisis de la jurisprudencia referida a México y Centroamérica del sistema interamericano de derechos humanos, relacionada con algunos de los temas clásicos del derecho penal internacional, como la retroactividad y el alcance del principio de legalidad, la prescripción, la amnistía, la jurisdicción universal y el derecho a la verdad.

2. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.1. Retroactividad y alcance del principio de legalidad

El 3 de agosto de 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CADH) un caso contra la República de Guatemala originado en una denuncia recibida en la Secretaría de la Comisión el 18 de noviembre de 1993, referida al supuesto secuestro

y asesinato del señor Nicholas Chapman Blake (en adelante Nicholas Blake) por agentes del Estado guatemalteco el 28 de marzo de 1985 y la desaparición que se prolongó durante un período mayor de siete años, hasta el 14 de junio de 1992.

En ese caso, el Estado guatemalteco opuso una excepción de incompetencia de la Corte Interamericana, fundada en que la privación de la libertad (28 de marzo de 1985) y la muerte del señor Nicholas Chapman Blake (29 de marzo de 1985, de acuerdo con su acta de defunción) tuvieron lugar en fecha anterior al sometimiento de Guatemala a la jurisdicción de esa Corte (9 de marzo de 1987), con la aclaración expresa de que ese reconocimiento se hacía respecto de los casos acaecidos después de la fecha en que esa declaración fuera presentada al secretario de la Organización de los Estados Americanos.

La Corte, en su sentencia de excepciones preliminares de 2 de julio de 1996, le dio la razón parcialmente al Estado guatemalteco al estimar que la privación de la libertad y la muerte del señor Blake se consumaron en fechas anteriores al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por dicho Estado, y que tales hechos *per se* no son de carácter continuado, por lo que se declaró incompetente para decidir sobre la responsabilidad del gobierno respecto de esos hechos, pero aclaró que sólo en ese aspecto debía estimarse fundada la excepción preliminar indicada.¹

En sus mismas consideraciones agregó que, por tratarse de una presunta desaparición forzada, las consecuencias de los mismos hechos se prolongaron hasta el 14 de junio de 1992, pues, según lo expresado por la Comisión Interamericana en su demanda, existieron por parte de autoridades o agentes del gobierno conductas posteriores que en su concepto implican complicidad y ocultamiento de la detención y la muerte del señor Blake. Si bien dichas autoridades o agentes sabían del fallecimiento de la víctima, no lo dieron a conocer a sus familiares a pesar de sus gestiones constantes para descubrir su paradero e inclusive hicieron intentos para hacer desaparecer los restos.²

En concordancia con dichos razonamientos, en esa sentencia de excepciones preliminares la Corte resolvió admitir como parcialmente fundada la primera excepción preliminar y declararse incompetente para decidir sobre la presunta responsabilidad de Guatemala respecto a la detención y la muerte del señor Nicholas Chapman Blake; continuar con el conocimiento del caso en relación con los efectos y los hechos

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake*, *Excepciones preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996, p. 8

² *Ibidem*.

ocurridos con posterioridad a la fecha en que Guatemala reconoció la competencia de la Corte y desechar por improcedentes la segunda y tercera excepciones.³

Luego, en sentencia de 24 de enero de 1998, la Corte confirmó lo decidido anteriormente al advertir que la muerte del señor Nicholas Blake, que ocurrió durante su desaparición forzada, fue un acto que se consumó, de acuerdo con algunas declaraciones testimoniales y el certificado de defunción, el día 28 ó 29 de marzo de 1985, es decir, antes de la fecha del reconocimiento por Guatemala de la competencia de la Corte. Como en la sentencia de excepciones preliminares de 2 de julio de 1996 decidió que sólo tiene competencia para pronunciarse sobre los efectos y los hechos posteriores a la fecha de reconocimiento de su competencia (9 de marzo de 1987), la Corte consideró que no podía pronunciarse sobre la muerte del señor Nicholas Blake de conformidad con el artículo 4 de la Convención Americana.⁴

En esa sentencia, el juez Antônio A. Cançado Trindade emitió un voto razonado en el que destaca la naturaleza continuada del crimen de desaparición forzada de personas y hace referencia a que antes de su tipificación en el derecho internacional de los derechos humanos esa naturaleza estaba respaldada en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. Cita el caso *De Becker vs. Bélgica* (1960), en el que la Comisión Europea de Derechos Humanos reconoció la existencia de una “situación continuada” (*situation continuelcontinuing situation*); agrega que a partir de ese caso la noción de *situación continuada* ha marcado presencia en la jurisprudencia de la Comisión Europea en numerosas ocasiones.⁵

Más adelante, Cançado Trindade expresa su preocupación por el hecho de que la limitación *ratione temporis* de la competencia de la Corte Interamericana, al restringir el alcance de la vía judicial, lleva a la casi desfiguración del delito de desaparición forzada en el caso *Blake*, ya que dicha limitación descompone aquel delito complejo y retiene únicamente los elementos referentes a las garantías judiciales (artículo 8[1] de la Convención Americana) y al derecho a la integridad psíquica y moral (artículo 5 de la Convención), ambos en relación con los familiares de la persona desaparecida.⁶

El tema de la incompetencia de la Corte por razón del tiempo también estuvo presente en el caso de la desaparición forzada de las hermanas Ernestina y Erlinda

³ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake*, *Excepciones preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996, p. 10 y 11.

⁴ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake*, sentencia de 24 de enero de 1998, p. 30.

⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁶ *Ibidem*, p. 5.

Serrano Cruz, quienes tenían 7 y 3 años de edad, respectivamente, cuando fueron capturadas por militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño durante un operativo militar conocido como Operación Limpieza o La Guinda de Mayo, el cual se llevó a cabo, entre otros, en el municipio de San Antonio de La Cruz, departamento de Chalatenango, desde el 27 de mayo hasta el 9 de junio de 1982.

En la sentencia de excepciones preliminares del 23 de noviembre de 2004, la Corte, por unanimidad, admitió la primera excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por el Estado, denominada “Incompetencia en virtud de los términos en que el Estado de El Salvador se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de conformidad con los párrafos 73, 78 y 96 de la presente sentencia, en cuanto a los hechos o actos sucedidos antes del 6 de junio de 1995, fecha en que el Estado depositó en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte.⁷

En votación dividida de seis contra uno, admitió la primera excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por el Estado, denominada “Incompetencia en virtud de los términos en que el Estado de El Salvador se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de conformidad con los párrafos 73, 79, 95 y 96 de la presente Sentencia, en cuanto a los hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior al 6 de junio de 1995 y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento de competencia de la Corte, decisión sobre la cual el juez Cançado Trindade emitió voto disidente.⁸

En otra votación dividida de seis votos contra uno, desestimó la primera excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por el Estado, denominada “Incompetencia en virtud de los términos en que el Estado de El Salvador se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en cuanto a las alegadas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y sobre cualquier otra violación cuyos hechos o principio de ejecución sean posteriores al 6 de junio de 1995, fecha en que el Estado depositó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de excepciones preliminares, 1 de marzo de 2005, p. 51.

⁸ *Ibidem*.

de la Corte,⁹ decisión sobre la cual el juez *ad hoc* Montiel Argüello emitió voto disidente.

En su voto disidente, entre otros razonamientos, el juez Cançado Trindade, expuso:

15.[...] La aceptación de la competencia de la Corte por el Estado de El Salvador, a mi juicio excedió claramente las limitaciones previstas en el artículo 62 de la Convención Americana, al excluir indebidamente de la posible consideración por la Corte de hechos o actos posteriores a dicha aceptación, cuyo principio de ejecución hubiese sido anterior a ésta.¹⁰

Más adelante, en la sentencia de fondo y reparaciones de fecha 1 de marzo de 2005, en sus consideraciones la Corte Interamericana se declaró incompetente de conocer hechos anteriores a la fecha en que el Estado de El Salvador reconoció la competencia contenciosa de dicho Tribunal internacional, al exponer lo siguiente:

125. La Corte no se pronunciará sobre las alegadas violaciones a los artículos 17, 18 y 19 de la Convención, debido a que carece de competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones que tienen su origen en hechos o actos sucedidos antes del 6 de junio de 1995 o cuyo principio de ejecución fue anterior a dicha fecha, en la cual El Salvador depositó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal en la Sentencia sobre excepciones preliminares.¹¹

En el mismo sentido, en un párrafo posterior expuso:

130. La Corte considera que del análisis del acervo probatorio del presente caso no surgen elementos ciertos que conduzcan a la conclusión de que las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz hubieran sido privadas arbitrariamente del derecho a la vida. En este sentido, la Corte estima que, al carecer de competencia para pronunciarse sobre la alegada desaparición forzada de Ernestina y Erlinda, no puede

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de excepciones preliminares, 1 de marzo de 2005, Voto Disidente del juez Antônio A. Cançado Trindade, p. 5

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, p. 77.

presumir, como en otros casos en que los hechos alegados se basan en el delito de desaparición forzada, que el derecho a la vida se encuentra afectado.¹²

En esa sentencia, el juez Cançado Trindade también emitió voto disidente, en el que, entre otras razones, expuso:

1. Lamento no poder compartir la decisión tomada por la mayoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los puntos resolutivos ns. 3 y 4, y el criterio por ésta adoptado sobre estos puntos en los párrafos considerativos ns. 125 y 130-132, respectivamente, de la presente Sentencia sobre fondo y reparaciones en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, en el sentido de haber la Corte construido su Sentencia con base en su anterior decisión (Sentencia sobre excepciones preliminares del 23.11.2004) sobre la primera excepción preliminar *ratione temporis* (y en realidad también *ratione materiae*) interpuesta por el Estado demandado.

2. Dicha excepción, admitida por la Corte con mi Voto Disidente, excluyó, a mi juicio indebidamente, de la consideración del Tribunal, los hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior a la fecha de reconocimiento por el Estado de la competencia contenciosa de la Corte (06.06.1995) y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento hasta el presente —decisión ésta a la cual me opeuse por las razones expuestas en mi anterior Voto Disidente (Sentencia sobre excepciones preliminares del 23.11.2004).¹³

Siempre con respecto a la incompetencia *ratione temporis*, cuando se trata de violaciones o de delitos continuados, la Corte Interamericana más recientemente se ha pronunciado en términos similares a los anteriores, como ocurre en la sentencia de fondo en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en la que expresó:

16. *En el caso de la Comunidad Moiwana*, la Corte no examinó la masacre ocurrida el 29 de noviembre de 1986, porque se trata de hechos anteriores a la fecha en que es posible ejercer la competencia, *ratione temporis*, del Tribunal interamericano. Analiza, en cambio, violaciones que se mantuvieron desde entonces —esto es, violaciones continuas o permanentes, concepto que la jurisprudencia ha puntualizado en

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, p. 79.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, voto disidente del juez Antônio A. Cançado Trindade, p. 1.

otros casos, particularmente a propósito de hipótesis de desaparición forzada— o infracciones más recientes a la Convención Americana, sobre las que ciertamente tiene competencia. No es excesivo observar —porque se trata de un hecho histórico— que si debiéramos buscar un punto de inicio para las tribulaciones de los miembros de la comunidad Moiwana, esa referencia tampoco se hallaría en la fecha de la masacre, sino en el tiempo en que sus antecesores se vieron forzados a salir de sus territorios africanos y fueron trasladados a América en condición de esclavos, episodio que integra una de las páginas más oscuras en la historia de la humanidad.¹⁴

2.2. Prescripción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido abundante jurisprudencia que rechaza la amnistía, la prescripción y las excluyentes de responsabilidad penal que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.¹⁵

Respecto a casos relacionados con países de Centroamérica, la Corte también ha sentado jurisprudencia en el mismo sentido.

En la sentencia de fondo en el caso *Myrna Mack contra Guatemala*,¹⁶ en sus consideraciones, la Corte dijo:

276. La Corte advierte que el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos y, en particular, debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. En ese sentido, el Tribunal ya ha señalado que:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, p. 120.

¹⁵ Al respecto véase caso *Barrios Altos*, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 41; caso *Caracazo. Reparaciones* (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 29 de agosto de 2002, serie C, n.º 95, nota 277, § 119; caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia del 27 de febrero de 2002, nota 277, § 106; y caso *Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (artículo 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de setiembre de 2001, serie C, n.º 83, § 15.

¹⁶ *Myrna Mack Chang*, antropóloga que trabajaba con comunidades indígenas de Guatemala, fue asesinada el día 11 de setiembre de 1990, como consecuencia de una operación de inteligencia militar supuestamente elaborada por el alto mando del Estado Mayor Presidencial de Guatemala.

humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos⁽¹⁷⁾.¹⁸

De manera similar, realizando una cita idéntica de su propia jurisprudencia, se pronunció la Corte en la sentencia de fondo del 22 de noviembre de 2004, en el caso *Carpio Nicolle y otros contra Guatemala*.¹⁹

2.3. Amnistía

Tal como puede verificarse en el apartado anterior, la amnistía ha tenido un tratamiento jurisprudencial similar al de la prescripción en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es decir, se ha rechazado continuamente por considerarla contraria al deber de los Estados de proteger los derechos, de investigar y sancionar todo acto violatorio de éstos.

Consecuentemente, en cuanto a las leyes de amnistía, en el sistema interamericano ha establecido la incompatibilidad de ese tipo de leyes con los Arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que regulan, respectivamente, la obligación de los Estados partes de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en dicha convención, el derecho a garantías judiciales y el derecho a protección judicial.

En el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, la Corte Interamericana sentó un precedente contra la impunidad de delitos que constituyen violaciones a derechos humanos, al interpretar el artículo 1.1 de la CADH en el sentido de que los Estados tienen la obligación de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”²⁰ La obligación de los Estados de investigar las

¹⁷ Caso *Barrios Altos*, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 41; caso *Caracazo*. *Reparaciones*, supra nota 277, § 119; caso *Trujillo Oroza*. *Reparaciones*, supra nota 277, § 106; y caso *Barrios Altos*. *Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (artículo 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de setiembre de 2001, serie C, n.º 83, § 15.

¹⁸ Corte Interamericana de Justicia, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, p. 129.

¹⁹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, p. 84.

²⁰ Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n. 4, § 174, citado por Renzo Pomi: “El combate contra la impunidad: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Fundación para el Debido Proceso Legal

violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad, fue ratificada posteriormente por la Corte en la sentencia del caso *Castillo Páez* contra Perú.²¹

En armonía con la sentencia del caso antes citado, en el caso *Barrios Altos*, la Corte Interamericana afirmó su posición sobre las leyes de amnistía, al establecer:

Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.²²

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también ha sentado precedentes sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con los artículos 1, 8 y 25 de la CADH. Para el caso, el informe n.º 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, contra el estado de Argentina, de fecha 2 de octubre de 1992, conocidos como los “Casos contra las leyes de obediencia debida y punto final”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluye: 1) que dichas leyes son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Arts. 1, 8 y 25 de la CADH; 2) Recomendar al Gobierno de Argentina otorgue a los peticionarios una justa compensación por las violaciones indicadas y 3) Recomendar al Gobierno de Argentina la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar.²³

Igualmente, en el informe n.º 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, contra el estado de Uruguay, de fecha 2 de octubre de 1992, es decir, los casos contra la “Ley de caducidad de la pretensión punitiva

- Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, *Justicia para las víctimas en el siglo XXI*, San Salvador, 2002, p. 56.

²¹ Caso *Castillo Páez*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, serie C, n 34, pág 90, citado por Pomi, o. cit., p. 59.

²² Caso *Barrios Altos* (*Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*), sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n. 75, § 2, citado por Pomi, o. cit., p. 60.

²³ Cf. OEA/Ser.L/V/II.83; Doc. 14, 12 marzo 1993 (original: español), *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, informe n.º 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, 2 de octubre de 1992.

del Estado”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, arribó a conclusiones similares.²⁴

En casos que sobre El Salvador, en las recomendaciones del informe n.º 136/99, caso 10.488, de fecha 22 de setiembre de 1999, acerca de las ejecuciones extrajudiciales de seis sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana de El Salvador y dos empleadas de la misma,²⁵ perpetrado en noviembre de 1989, la Comisión Interamericana, recomendó al Estado salvadoreño:

- Realizar una investigación completa, imparcial y efectiva, de manera expedita, conforme a estándares internacionales, a fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones encontradas, sin perjuicio de la amnistía decretada.
- Reparar integralmente las consecuencias de las violaciones enunciadas, incluido el pago de una justa indemnización.
- Adecuar su legislación interna a los preceptos de la Convención Americana, a fin de dejar sin efecto la ley conocida como de Amnistía General.²⁶

De igual manera, en el informe n.º 37/00, caso 11.481, ejecución extrajudicial del arzobispo de San Salvador Monseñor Oscar Arnulfo Romero, la Comisión Interamericana formuló al Estado de El Salvador, las recomendaciones siguientes:

- Realizar una investigación judicial completa, imparcial y efectiva, de manera expedita, a fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones establecidas en el presente informe, sin perjuicio de la amnistía decretada.
- Reparar todas las consecuencias de las violaciones enunciadas, incluido el pago de una justa indemnización.

²⁴ Cf. OEA/Ser.L/V/II.83; Doc. 14, 12 marzo 1993 (original: español), *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, informe n.º 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992.

²⁵ Las víctimas fueron los sacerdotes Ignacio Ellacuría, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes, Armando López, Joaquín López y López, Juan Ramón Moreno; la señora Julia Elba Ramos y la hija de ésta, la menor Celina Mariceth Ramos.

²⁶ OEA - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 136/99, caso 10.488 *Ignacio Ellacuría, SJ; Segundo Montes, SJ; Armando López, SJ; Ignacio Martín Baró, SJ; Joaquín López y López, SJ; Juan Ramón Moreno, SJ; Julia Elba Ramos, y Celina Mariceth Ramos*, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, p. 44.

- Adecuar su legislación interna a la Convención Americana, a fin de dejar sin efecto la Ley de Amnistía General”.²⁷

2.4. Jurisdicción universal

En un voto razonado, en la sentencia del caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, del año 2000, el juez Antônio A. Cançado Trindade, expuso que en la actualidad se han realizado diversos avances en la criminalización de las violaciones graves de los derechos humanos, en el derecho penal internacional, en el combate universal de los crímenes contra la humanidad y en la consagración de la jurisdicción universal en tratados de derechos humanos; avances que no han sido impedidos por la situaciones que anteriormente se aceptaban como impedimentos como la diversidad cultural.²⁸

Posteriormente, en otro voto razonado, en la Sentencia de fondo del caso *Myrna Mack*, la Corte Interamericana del juez, el juez Cançado Trindade, expuso una argumentación según la cual el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, expresada a través de la Corte Penal Internacional, fortalece al Derecho Internacional y a la protección de las más graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, como una afirmación del principio de jurisdicción universal. En dicho voto, el citado juez, entre otras cosas, expuso:

9. El proceso de *criminalización* de las violaciones *graves* de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario ha efectivamente acompañado *pari passu* la evolución del propio Derecho Internacional contemporáneo: el establecimiento de una jurisdicción penal internacional es visto en nuestros días como un elemento que fortalece el propio Derecho Internacional [...] En efecto, los *travaux préparatoires* del Estatuto de Roma de 1998 sobre el Tribunal Penal Internacional (TPI) conllevaron al pronto reconocimiento, en el ámbito de su aplicación, de la responsabilidad penal internacional individual, que representa un gran avance doctrinal en la lucha contra la impunidad por los más graves crímenes internacionales.

10. Tal iniciativa ha dado un nuevo ímpetu a la lucha de la comunidad internacional contra la impunidad, como violación *per se* de los derechos humanos; mediante la afirmación y cristalización de la responsabilidad penal internacional del individuo

²⁷ OEA - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 37/00, caso 11.481, *Monseñor Óscar Arnulfo Romero y Galdámez*, El Salvador, 13 de abril de 2000, p. 39.

²⁸ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, p. 7.

por tales violaciones, ha buscado así prevenir crímenes futuros. La criminalización de las violaciones *graves* de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario ha encontrado expresión en la consagración, en nuestro tiempo, del principio de la jurisdicción universal.²⁹

2.5. Derecho a la verdad

Este es uno de los derechos de reciente reconocimiento pero de rápida evolución en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió por primera vez de forma explícita al Derecho a la Verdad en la sentencia del 25 de noviembre de 2000, del caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, caso en el cual la Comisión Internacional de Juristas presentó un *amicus curiae* sobre el derecho a la verdad que le asiste a los familiares de las víctimas de una desaparición forzada.³⁰

En los alegatos finales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que, como consecuencia de la desaparición de *Bámaca Velásquez*, el Estado violó el derecho a la verdad de los familiares de la víctima y de la sociedad en su conjunto. Para dicha Comisión, el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a “tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos”, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido.³¹

Sin embargo, en la parte resolutive, la Corte declaró que el Estado de Guatemala violó el derecho a la libertad personal, el derecho a la integridad personal, el derecho a la vida, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, a la obligación de prevenir la tortura, y a otros derechos en perjuicio de *Efraín Bámaca Velásquez* y otros, pero no declaró la violación al derecho a la verdad.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mirna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 20003, voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, pp. 3-5.

³⁰ En casos anteriores, reiteradamente la Corte Interamericana se había referido al derecho que asiste a los familiares de las víctimas a conocer lo que sucedió y conocer quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los hechos respectivos. Véanse entre otros, caso *Velásquez Rodríguez vs. Guatemala*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, párrafo 181; caso *Godínez Cruz vs. Guatemala*, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, n.º 5, párrafo 191, caso *Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 10 de setiembre de 1993, serie C., n.º 15, § 109.

³¹ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, p. 8.

En su voto razonado sobre esa sentencia, el juez Cançado Trindade, respecto del derecho a la verdad, entre otras cuestiones expuso:

[...] la prevalencia del derecho a la verdad configúrase como una *conditio sine qua non* para hacer efectivos el derecho a las garantías judiciales (artículo 8 de la Convención Americana) y el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención), reforzándose todos mutuamente, en beneficio de los familiares inmediatos de la persona desaparecida. El derecho a la verdad se reviste, así, de dimensiones tanto individual como colectiva.³²

El citado juez agregó:

En cuanto a la construcción jurisprudencial del derecho a la verdad, se puede verificar un avance entre lo señalado al respecto por la Corte en el caso *Castillo Páez* (Sentencia de fondo, del 03.11.1997)⁽³³⁾, y lo ponderado en la presente Sentencia sobre el fondo en el caso *Bámaca Velásquez* (párrs. 198-199). El derecho a la verdad requiere, sí, la investigación por el Estado de los hechos lesivos, y su prevalencia constituye, además, como ya observado, el presupuesto para el propio *acceso* efectivo a la justicia —a niveles nacional e internacional— por parte de los familiares de la persona desaparecida (las garantías y protección judiciales bajo los artículos 8 y 25 de la Convención Americana).³⁴

En su voto razonado sobre la misma sentencia, el juez Hernán Salgado Pesantes sostuvo:

El *derecho a la verdad* se ha ido configurando en un contexto histórico donde el abuso del poder estatal ha dejado graves conflictos, sobre todo cuando la desaparición forzada de personas fue utilizada por agentes del Estado. En estas circunstancias la comunidad exige este *derecho a la verdad* como uno de los medios que permitirían reconciliar al Estado con la sociedad y superar la discordia. De lo dicho se desprende que el *derecho a la verdad* presenta —al menos hasta hoy— un carácter colectivo y general, una especie de derecho difuso cuya efectividad debe beneficiar

³² Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, p. 8.

³³ En el cual la Corte caracterizó el derecho a la verdad como “un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial”, ligado al deber estatal de investigar los hechos que produjeron las violaciones de la Convención Americana (§ 86 y 90).

³⁴ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, p. 9.

a la sociedad toda. Sin embargo, este carácter difuso no impediría —en determinadas circunstancias, como la de la desaparición forzada— que la pretensión a obtener la verdad sea reclamado por una persona o una familia.³⁵

Por su parte, el juez Sergio García Ramírez, también emitió un voto razonado concurrente en el que, entre otros razonamientos, expresó:

[...] El derecho a la verdad se ha examinado en un doble plano, que implica una misma —o muy semejante— consideración: saber la realidad de ciertos hechos. A partir de ese conocimiento se construirá una consecuencia jurídica, política o moral de diversa naturaleza. Por una parte, se asigna aquel derecho a la sociedad en su conjunto; por la otra, el derecho se atribuye a la víctima, directa o indirecta, de la conducta violatoria del derecho humano. Bajo el primer significado, el llamado derecho a la verdad acoge una exigencia legítima de la sociedad a saber lo sucedido, genérica o específicamente, en cierto período de la historia colectiva, regularmente una etapa dominada por el autoritarismo, en la que no funcionaron adecuada o suficientemente los canales de conocimiento, información y reacción característicos de la democracia. En el segundo sentido, el derecho a conocer la realidad de lo acontecido constituye un derecho humano que se proyecta inmediatamente sobre la Sentencia de fondo y las reparaciones que de aquí provienen.³⁶

Sin embargo, en las consideraciones de la sentencia de reparaciones sobre el mencionado caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, de fecha 22 de febrero de 2002, la Corte Interamericana reconoce los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la verdad, pero no reconoce explícitamente por sí misma dicho derecho, si no que alude a la fórmula tradicional de su jurisprudencia en la que se refiere a que la posibilidad de que los familiares de la víctima conozcan lo sucedido, constituye una forma de reparación. En esa sentencia, la Corte expuso:

76. El derecho que toda persona tiene a la verdad, ha sido desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos⁽³⁷⁾, y, como sostuvo esta Corte en ante-

³⁵ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del Juez Hernán Salgado Pesantes, p. 9.

³⁶ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado concurrente del Sergio García Reamíres.

³⁷ Véase, por ejemplo, United Nations Human Rights Committee, *Quinteros vs. Uruguay*, Communication n.º 107/1981, decision of 21 July 1983; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49.º período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)* preparado por L. Joinet, UN General Assembly

riosas oportunidades, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido a ésta⁽³⁸⁾, y, en su caso, dónde se encuentran sus restos⁽³⁹⁾, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo⁽⁴⁰⁾.⁴¹

Consecuente con la consideración anterior, en esta sentencia de reparaciones la Corte Interamericana condenó al Estado guatemalteco, entre otras cosas a localizar los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez, exhumarlos en presencia de su viuda y familiares, así como entregarlos a éstos; a investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura e identificar y sancionar a los responsables, así como divulgar públicamente los resultados de la respectiva investigación; a publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo que se refiere a hechos probados y la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo dictada el 25 de noviembre de 2000, y realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos de este caso y de desagravio a las víctimas.

En el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, quien fue detenido de forma ilegal y arbitraria por integrantes del ejército de Honduras el 11 de julio de 1992, por su presunta pertenencia al Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional de El Salvador, encontrado el 22 de julio de ese mismo año, asesinado y con evidentes muestras de tortura, los representantes de la víctima como parte de sus alegatos sobre la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos

Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45.º período de sesiones, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe definitivo presentado por Theo van Boven, Relator especial, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

³⁸ Cf. caso *Cantoral Benavides, Reparaciones*, supra nota 5, § 69; caso *Villagrán Morales y otros, Reparaciones*, supra nota 5, § 100; y caso *Paniagua Morales y otros, Reparaciones*, supra nota 5, § 200.

³⁹ Cf. caso *Castillo Páez*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, serie C, n.º 34, § 90; caso *Caballero Delgado y Santana, Reparaciones* (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 29 de enero de 1997, serie C, n.º 31, § 58; y caso *Neira Alegría y otros, Reparaciones*, supra nota 38, § 69.

⁴⁰ Cf. caso *Castillo Páez*, supra nota 6, § 90. En igual sentido cf. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49.º período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)* preparado por L. Joinet, UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; y Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45.º período de sesiones, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe definitivo presentado por Theo van Boven, Relator especial, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana de Derechos Humanos)*, 22 de febrero de 2002, p. 35.

Humanos que establecen, respectivamente el derecho a las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial, expusieron que “más de 9 años después de los hechos, todavía no se han tomado las declaraciones a testigos cruciales para el pleno esclarecimiento de los hechos, no se ha vinculado judicialmente a persona alguna y no han sido sancionados los autores de los hechos; violándose de esta manera el derecho a la verdad en perjuicio de los familiares de la presunta víctima”.⁴²

Sin embargo, en este caso no se hizo una denuncia de violación específica del derecho a la verdad, por lo que la Corte Interamericana, condenó al Estado de Honduras por la violación al derecho a la vida, a la integridad física, a las garantías judiciales, a la protección judicial, e incumplió el deber de respetar los derechos consagrados en la Convención Americana, pero no se pronunció sobre el derecho a la verdad.

En sentencias posteriores, la Corte Interamericana ha ido sentando y consolidando jurisprudencia sobre el derecho a la verdad. En la sentencia de fondo del caso Myrna Mack Chang contra Guatemala,

274. La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos⁽⁴³⁾; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad guatemalteca.⁴⁴

275. A la luz de lo anterior, para reparar totalmente este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales, y demás responsables de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang, y del

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *José Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, p. 74.

⁴³ Cf. caso *Trujillo Oroza. Reparaciones*, supra nota 277, § 114; caso *Bámaca Velásquez. Reparaciones*, supra nota 277, § 76. Véase, por ejemplo, *United Nations Human Rights Committee, Quinteros vs. Uruguay, Communication n.º 107/1981, decision of 21 July 1983*; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49.º período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet*, UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45.º período de sesiones, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe definitivo presentado por Theo van Boven, Relator especial, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

⁴⁴ Cf. caso *Trujillo Oroza. Reparaciones*, supra nota 277, § 114; caso *Bámaca Velásquez. Reparaciones*, supra nota 277, § 76; y caso *Castillo Páez, sentencia* de 3 de noviembre de 1997, serie C, n.º 34, § 90.

encubrimiento de la ejecución extrajudicial y de los otros hechos del presente caso, independientemente de la persona que ya se encuentra sancionada por estos hechos. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad.⁴⁵

En la sentencia de reparaciones del caso Molina Theissen contra Guatemala, de 3 de julio de 2004, reconoce explícitamente que ese derecho corresponde a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, a sus familiares y a la sociedad en general. Expresa también el derecho a la verdad implica realizar una efectiva investigación judicial sobre lo ocurrido y que al ser garantizado puede constituir una de las formas más importantes de reparación, para lo cual se requiere que el resultado del proceso sea difundido públicamente. En dicha sentencia, la Corte expuso:

81. La Corte considera que la víctima de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho a conocer la verdad⁽⁴⁶⁾. En consecuencia, los familiares de Marco Antonio Molina Theissen tienen derecho de conocer lo sucedido a éste y saber dónde se encuentran sus restos. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁷ y su reconocimiento puede constituir un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima⁽⁴⁸⁾.

82. A la luz de lo anterior, para reparar este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad.⁴⁹

En las consideraciones de la Sentencia de Reparaciones del caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, de 19 de noviembre de 2004, la Corte reiteró ese

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mirna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, p. 128.

⁴⁶ Cf. caso *Myrna Mack Chang*, supra nota 2, § 274.

⁴⁷ Cf. caso *Myrna Mack Chang*, supra nota 2, § 274; caso *Trujillo Oroza. Reparaciones*, supra nota 51, § 114; caso *Bámaca Velásquez. Reparaciones*, supra nota 51, § 76.

⁴⁸ Cf. caso *Myrna Mack Chang*, supra nota 2, § 274; caso *Trujillo Oroza. Reparaciones*, supra nota 51, § 114; y caso *Bámaca Velásquez. Reparaciones*, supra nota 51, § 76.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Molina Theissen vs. Guatemala, Reparaciones* (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 3 de julio de 2004, p. 42.

derecho de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad, así como la obligación del Estado de realizar una investigación exhaustiva y publicar los resultados de la misma; en este fallo, agregó que como parte del derecho a la verdad, las víctimas deben tener garantizado el acceso y la participación en todas las etapas de la investigación y en el juicio respectivo. Al respecto, la Corte afirmó:

98. A la luz de lo anterior, para reparar este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos de la Masacre Plan de Sánchez con el fin de identificar, juzgar y sancionar a sus autores materiales e intelectuales. Las víctimas deben tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de la investigación y en el juicio correspondiente, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana⁽⁵⁰⁾. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad.⁵¹

En las consideraciones de la sentencia del caso Carpio Nicolle y otros contra Guatemala, de 22 de noviembre de 2004, la Corte reitera su reconocimiento explícito del derecho a la verdad que corresponde los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y a la sociedad. En esa resolución, la Corte expuso:

128. La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad se ha venido desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos⁽⁵²⁾; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación. Por tanto, en este caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas⁽⁵³⁾.⁵⁴

⁵⁰ Cf. caso *Tibi*, supra nota 3, § 258; caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 251, § 231, y caso *19 Comerciantes*, supra nota 254, § 263.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de reparaciones de 19 de noviembre de 2004, p. 98.

⁵² Cf. caso *Tibi*, supra nota 11, § 257; caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 116, § 230; y caso *19 Comerciantes*, supra nota 125, § 261.

⁵³ Cf. caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 116, § 230; caso *19 Comerciantes*, supra nota 125, § 261; y caso *Molina Theissen. Reparaciones* (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de julio de 2004, serie C, n.º 108, § 81.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derecho Humanos, caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, p. 83.

Uno de los casos más recientes en los que la Corte Interamericana ha ratificado su expreso reconocimiento del derecho a la verdad de los familiares de las víctimas de violaciones a derechos humanos y de la sociedad en general, así como conocer quiénes fueron los responsables de lo ocurrido y darlo a conocer como una forma de reparación, es el caso de las hermanas Serrano Cruz contra El Salvador. En las consideraciones de la sentencia de fondo, la Corte, en lo pertinente, expuso:

62. Por otra parte, este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los respectivos hechos. La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad como un todo, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho [...] al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación [...].⁵⁵

En las consideraciones sobre las reparaciones, la Corte Interamericana se refirió de manera más concreta al derecho a la verdad en este caso, al decir:

168. Los familiares de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz tienen el derecho de conocer lo que sucedió con aquellas y, si se hubiere cometido un delito, de que se sancione a los responsables⁽⁵⁶⁾. Tal como ha señalado la Corte, “la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad⁽⁵⁷⁾.”

169. Estas medidas no solo benefician a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a los hechos alegados tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro⁽⁵⁸⁾.⁵⁹

Congruente con las consideraciones citadas, la Corte condenó al Estado de El Salvador por violación a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, p. 55 y 56.

⁵⁶ Cf. caso *Carpio Nicolle y otros*, supra nota 3, § 127; caso *Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones*, supra nota 3, § 96; y caso *Tibi*, supra nota 20, § 256.

⁵⁷ Cf. caso *Carpio Nicolle y otros*, supra nota 3, § 127; caso *Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones*, supra nota 3, § 96; y caso *Tibi*, supra nota 20, § 256.

⁵⁸ Cf. caso *19 Comerciantes*, supra nota 15, § 259; y caso *Bámaca Velásquez. Reparaciones* (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 22 de febrero de 2002, serie C, n.º 91, § 77.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, p. 94.

en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y de sus familiares; por violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz.⁶⁰

Asimismo mantuvo su posición de no pronunciarse sobre las alegadas violaciones al derecho a la protección a la familia, derecho al nombre y derechos del niño, consagrados, respectivamente, en los artículos 17, 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni sobre la alegada violación al derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, sobre lo cual emitió voto disidente el juez Cançado Trindade.⁶¹

⁶⁰ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, p. 106.

⁶¹ *Ibidem*.

Informe de síntesis de la jurisprudencia latinoamericana

JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Ezequiel Malarino

1 • Introducción

En la primera investigación de este grupo de estudios habíamos concluido, junto con Kai Ambos, que la jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional era, más bien, escasa y que los tribunales locales en el juzgamiento de hechos que podrían ser calificados, según el derecho internacional, como crímenes internacionales aplicaban básicamente normas del derecho penal común.¹ En esa ocasión habíamos constatado, sin embargo, una tendencia creciente en los tribunales de algunos países a recurrir directamente al derecho internacional para vencer frenos o inhibiciones a la persecución penal impuestos por el derecho local. Notábamos esa tendencia principalmente en la jurisprudencia argentina, pero también en la chilena, peruana y colombiana. En los pocos años que distan desde aquella primera investigación hasta la presente, esa advertida tendencia se ha consolidado de tal modo que la conclusión a la que antes habíamos llegado ya no es más válida. Hoy en día de ningún modo puede considerarse escasa la jurisprudencia latinoamericana sobre el punto. En lo siguiente expondré resumidamente y de manera descriptiva las principales decisio-

¹ Kai Ambos y Ezequiel Malarino: "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en Ambos y Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, p. 584. Esa investigación había investigado la jurisprudencia hasta el año 2002.

nes de tribunales de países latinoamericanos al respecto. Sólo al final realizaré unas conclusiones globales sobre los aspectos más salientes de la jurisprudencia. Salvo excepciones, me concentraré en la jurisprudencia de tribunales superiores.²

2. Argentina

El caso argentino es probablemente el testimonio más elocuente de la apertura de los tribunales nacionales hacia el derecho internacional en el juzgamiento de graves violaciones de los derechos humanos. La aplicación jurisprudencial de normas de derecho internacional en estos casos ha ido aumentando vertiginosamente en los últimos años y se ha consolidado hoy con una serie de decisiones de la Corte Suprema (CS). En lo que sigue esbozaré a grandes rasgos las principales decisiones relacionadas con el derecho penal internacional.

Las primeras decisiones con relevancia para el derecho penal internacional ocurrieron en procesos de extradición. Las tres más relevantes son las siguientes.

Por un lado, la decisión de la CS del 24 de agosto de 1966 en el proceso de extradición del médico alemán Bohne, acusado de pertenecer a una organización encargada de eliminar enfermos mentales en forma masiva y metódica mediante el uso de cámaras de gas. Aquí, la CS consideró a tales conductas contrarias “al común sentir de los pueblos civilizados” y “lesivas del sentimiento de humanidad” y expresó, a fin de negar la calificación como delito político, que “el derecho de gentes ha ido progresivamente negando un trato favorable [...] a aquellas acciones que [...] revisten el carácter de crímenes graves”.

Por el otro, la decisión de la Cámara Federal de La Plata del 30 de agosto de 1989 en el proceso de extradición de *Schwammberger*. Aquí el Tribunal calificó a los hechos como crímenes contra la humanidad y los consideró imprescriptibles recurriendo —ante la ausencia de tales normas en la legislación interna— al derecho internacional. Señaló, además, que aunque una norma que agrava las condiciones de prescripción *ex post facto*

² Sólo me referiré a jurisprudencia de los siguientes países: Argentina, Colombia, Perú, Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil, Uruguay, Paraguay, Venezuela, Ecuador, Costa Rica y México. El único país de los que han integrado esta investigación al cual no me voy a referir es El Salvador, pues en ese país no existe jurisprudencia relevante sobre el punto.

—problema que se planteaba en el caso— lesionaría en el derecho interno el principio de legalidad, esto no ocurría respecto de crímenes internacionales. Justificó ello con base en las finalidades de este principio, el cual no estaría destinado a garantizar la previsibilidad de los crímenes, sino a proteger la división de poderes, y por ello en un orden donde tal división de poderes no existe el principio no rige.

Por último, la decisión de la CS del 2 de noviembre de 1995 en el proceso de extradición de *Priebke*. En este caso, la CS calificó los hechos, a los efectos del requisito de la doble incriminación, como genocidio y crimen de guerra y afirmó su imprescriptibilidad recurriendo directamente a los principios de *ius cogens* del derecho internacional. La calificación de los hechos según el derecho internacional fue justificada por la CS en que las descripciones típicas del derecho penal común comprenderían la “sustancia de la infracción” que se le atribuía a *Priebke*. La Corte aclaró, además, que el hecho de que los instrumentos internacionales a los que la decisión hacía referencia —los Convenios de Ginebra (CG) y la Convención contra el Genocidio (CGen)— no establecieran sanciones penales para tales delitos no obstaba a la calificación efectuada, pues, en todo caso, se trataba de un proceso de extradición y no de uno para establecer la responsabilidad o inocencia de una persona.

Pero el gran cambio de la jurisprudencia se produjo principalmente luego del cambio de siglo, cuando la aplicación de normas del derecho internacional comenzó a tener por objeto procesos de atribución de responsabilidad.³ Existen tres decisiones de la CS que son fundamentales.

Primero, la decisión del 24 de agosto de 2004 en el proceso contra *Arancibia Clavel*, acusado de integrar una asociación criminal (la DINA chilena). A pesar de que los hechos fueron subsumidos en las normas del Código Penal sobre asociación ilícita, la CS sostuvo que, cuando una asociación está finalizada a cometer crímenes de lesa humanidad, comparte el carácter de éstos y el delito se convierte en un crimen de lesa humanidad y como tal imprescriptible. Sostuvo, asimismo, que la calificación del delito como crimen de lesa humanidad y la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad no lesionaban el principio de legalidad, porque tal crimen y esa regla ya formaban parte de la costumbre internacional en el momento de los hechos y mucho

³ Por supuesto, ya con anterioridad existían muchas decisiones en procesos vinculados a graves violaciones de los derechos humanos y especialmente a hechos cometidos por el gobierno dictatorial que gobernó el país en el período 1976-1983. La más conocida seguramente es la de la Cámara Federal de Buenos Aires del 9 de diciembre de 1985 en el *Juicio a las juntas militares*. Quizás el aspecto más interesante de esta decisión para el derecho penal internacional sea la discusión sobre la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

antes de que algunas convenciones internacionales —ratificadas por Argentina con posterioridad a los hechos— los reconocieran. La CS también expresó que adoptar una posición contraria podría comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano.

Segundo, la sentencia del 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*, en la que la CS declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida⁴ basándose en el derecho internacional, en el derecho internacional de los derechos humanos y principalmente en la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 14 de marzo de 2001 en el caso *Barrios Altos*, que había declarado incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y carentes de efectos jurídicos dos leyes peruanas que amnistiaban graves violaciones de los derechos humanos. Además de la invalidez de las llamadas leyes de amnistía, la CS declaró la imprescriptibilidad de los hechos y quitó efectos a la cosa juzgada posibilitando, de esa manera, la reapertura del proceso. Para fundamentar esas conclusiones, la CS calificó los hechos, además de privación ilegítima de la libertad y tormentos según las normas de la legislación interna, como crímenes de lesa humanidad. También en esa oportunidad la CS advirtió que decidir de otra manera podría originar responsabilidad internacional al Estado. Por otra parte, el agravio del imputado por la intervención como parte querellante de una ONG —aceptada por el tribunal inferior— no fue analizado por la CS por razones formales. Esta decisión de la CS —sin duda la más trascendente de los últimos años— ha otorgado una sólida base a la decisión que ya habían tomado algunos tribunales inferiores de declarar inconstitucionales y nulas a las llamadas leyes de amnistía y reabrir los procesos por hechos cometidos por la dictadura militar y ha incentivado a muchos otros que todavía no lo habían hecho a seguir este camino.⁵

⁴ Algunos miembros de la CS se habían manifestado anteriormente sobre la inconstitucionalidad de estas leyes. Véase el voto del juez Petracchi en la decisión del 21 de agosto de 2003 en el incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción en el caso *Videla* y el voto conjunto de los jueces Petracchi y Zaffaroni en la decisión del 11 de diciembre de 2003 en el proceso de extradición de *Astiz*. En esta última se dijo: “la supuesta falta de certeza en cuanto a las posibilidades reales de juzgamiento de *Astiz* en el país que alegan los recurrentes, sobre la base de que hasta el momento el Tribunal no se ha expedido con relación a la constitucionalidad de la ley 25 779, que declara insanablemente nulas las leyes 23.492 (‘de punto final’) y 23.521 (‘de obediencia debida’), pierde de vista que, a partir del caso ‘Barrios Altos’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 14 de marzo de 2001), resultan contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos todas aquellas normas con las características de las mencionadas leyes 23 492 y 23 521, en cuanto ellas impiden la investigación y la condena de hechos como los que motivan el actual pedido de la República Francesa”.

⁵ El recurso a argumentos del derecho internacional sirvió a la CS para apartarse de su decisión de del 22 de junio de 1987 en el caso *Camps*, en donde, utilizando argumentos exclusivamente del derecho constitucional, había declarado la constitucionalidad de esas leyes.

Tercero, la decisión del 13 de julio de 2007 en el caso *Mazzeo*, que declaró la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 que había indultado a personas aún sometidas a proceso por delitos cometidos durante la dictadura militar. También aquí la CS calificó los hechos como crímenes de lesa humanidad y derivó la prohibición de indultar del derecho internacional, el derecho interamericano de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de la CIDH. La CS sostuvo, por otra parte, que a la reapertura de los procesos no podría oponerse el *ne bis in idem*, pues éste no es un derecho absoluto y que cedía en los casos bajo análisis. Para fundamentar esta posición la CS invocó la jurisprudencia de la CIDH en *Barrios Altos* —ya mencionada— y *Almonacid Arellano* del 26 de setiembre de 2006, y también al artículo 20 (3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).⁶

A pesar de que los fallos antes mencionados califican a los hechos *también* —esto es, además del encuadre típico según las leyes locales— como crímenes de lesa humanidad, muy pocas referencias se encuentran acerca de los requisitos de contexto, esto es, de aquellas condiciones que precisamente transforman un crimen común en un crimen internacional.

Existen muchas otras decisiones de interés para el derecho penal internacional, de las cuales aquí puedo ocuparme sólo de algunas y, además, de manera muy esquemática.

En cuanto al crimen de lesa humanidad, interesa ante todo la sentencia de la CS del 11 de julio de 2007 en el caso *Derecho*, en donde se realizan algunas consideraciones interesantes sobre el bien jurídico y el elemento de contexto —en particular sobre el *policy element*— del crimen de lesa humanidad tomando como punto de partida la descripción del artículo 7 del ECPI. La Corte sostuvo que el crimen de lesa humanidad protege primordialmente a la humanidad en su conjunto y secundariamente también los bienes jurídicos de las personas afectadas por las conductas individuales. Afirmó, asimismo, que lo que distingue a un crimen de lesa humanidad de un crimen común no es la depravación o crueldad de la conducta, sino el hecho de que ésta sea ejecutada por un Estado o una organización cuasigubernamental en contra de las personas que están bajo su control y que deben proteger. Para la CS, este crimen brinda protección frente un Estado o una agrupación similar a un Estado que

⁶ En una reciente decisión del 25 de abril de 2007 la Cámara Federal de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad del decreto de indulto n.º 2741/90 que beneficiaba a los ex comandantes Videla y Massera condenados en el *juicio a las juntas militares* de 1985.

se ha pervertido. A conclusiones similares en cuanto a las características de esta “organización” llegó la CS a partir de una interpretación del requisito de la “conformidad con la política de un Estado u organización” previsto en el artículo 7 (2) (a) ECPI. La CS consideró que una *organización*, en el sentido de esa disposición, debe ser una con “dominio cuasiestatal”, esto es, que cumpla los “roles del Estado” o que sea semejante a un Estado. Aunque el fallo negó finalmente en el caso concreto la existencia de un crimen de lesa humanidad, sienta una importante doctrina para analizar en particular las conductas de la guerrilla y el paramilitarismo.⁷

También en cuanto al crimen de lesa humanidad interesa remarcar una tendencia de la jurisprudencia a extender este concepto mucho más allá de la definición internacional. Ya son numerosas las decisiones que consideran como crimen de lesa humanidad y atribuyen sus consecuencias especiales (imprescriptibilidad, entre otras) a hechos que típicamente pertenecen al derecho penal común por la sola circunstancia de estar relacionados de alguna manera con la comisión de crímenes de esa naturaleza. No sólo el delito de asociación ilícita fue considerado un crimen de lesa humanidad (así la CS en *Arancibia Clavel* ya citado), sino también los delitos de sustracción y ocultación de un menor (Cámara Federal de Buenos Aires, decisión del 9 de setiembre de 1999 en el caso *Videla*), falsificación ideológica de documento público, apropiación extorsiva de bienes, asociación ilícita y robo (Cámara Nacional de Casación Penal, decisión del 14 de marzo de 2006 en el caso *Pazo*), robo de bienes muebles y de un automotor del domicilio de una persona que había sido secuestrada el día anterior (Cámara Federal de Buenos Aires, decisión del 18 de julio de 2006 en el caso *García Velasco*) y encubrimiento y sustracción de documentos destinados a servir de prueba —en el caso, se trató de la destrucción de pruebas sobre la suerte de personas desaparecidas ocurrida en 1986, esto es, varios años después de reestablecida la democracia— (Cámara Federal de La Plata, decisión del 30 de abril de 2003 en el caso *Navarro*).

Con todo, a veces esta tendencia expansiva fue contenida. En la decisión del 10 de mayo de 2005 en el proceso de extradición de *Lariz Iriondo*, integrante de la organización vasca ETA, la CS negó que los actos de terrorismo puedan considerarse crímenes de lesa humanidad y también que respecto a ellos exista una regla consuetudinaria que ordene la imprescriptibilidad.

⁷ Esta cuestión ya ha comenzado a suscitar atención de los tribunales. Así, el juez a cargo del Juzgado Federal n.º 5 de Buenos Aires, en la decisión del 26 de diciembre de 2006, calificó los hechos cometidos por la agrupación paramilitar *Triple A* (homicidios, asociación ilícita, privación ilegítima de la libertad) como crímenes de lesa humanidad y los consideró imprescriptibles.

En cuanto al crimen de genocidio, debe mencionarse una curiosa decisión del 19 de noviembre de 2006 del Tribunal Oral Federal n.º 1 de La Plata en el caso *Etchecolaz*, que demuestra la utilización poco técnica de los conceptos del derecho penal internacional. Aquí, el Tribunal calificó a los hechos de homicidios, privación ilegítima de la libertad y secuestro cometidos durante la dictadura militar como “crímenes de lesa humanidad en el marco de un genocidio”.

Por otra parte, es preciso destacar que la jurisprudencia a veces justifica la restricción de la libertad del imputado durante el proceso también con base en el especial interés estatal en la persecución de los crímenes internacionales. Así lo ha hecho, por ejemplo, la Cámara Federal de Buenos Aires en la decisión sobre procesamiento y prisión preventiva del 19 de julio de 2007 en el caso *Acosta*.

Finalmente, varias son las decisiones que reconocen el derecho a la verdad y la posibilidad de ejercerlo en los tribunales. En un primer momento la CS había identificado en el recurso de hábeas data el mecanismo indicado para obtener información sobre la suerte de los desaparecidos. Así, lo hizo en la decisión del 15 de octubre de 1998 en el caso *Urteaga*. Pero posteriormente, a raíz del acuerdo de solución amistosa entre la Comisión Interamericana de derechos Humanos y el Estado argentino —plasmado en el Informe de esa Comisión 21/00 de 29 de febrero de 2000—, fue ampliamente reconocida la posibilidad de hacer valer el derecho a la verdad en los tribunales penales. La CS lo reconoció, por ejemplo, en la decisión del 8 de setiembre de 2003 en el caso *Hagelin*. Como es conocido, tal acuerdo dio lugar a los famosos *juicios de la verdad*, esto es, procedimientos ante tribunales penales con la única finalidad de investigar los hechos y sin aplicación de sanciones penales.

3. Colombia

En Colombia son ya numerosas las decisiones relacionadas con el derecho penal internacional. También aquí la jurisprudencia conecta consecuencias especiales a la calificación de un hecho como crimen internacional y también es frecuente que esa calificación no se efectúe sobre el tipo, sino exclusivamente para permitir la aplicación de dichas consecuencias especiales. Mientras que tradicionalmente tal efecto se lograba con la calificación de un hecho como acto de ferocidad o barbarie o como

delito atroz, hoy es cada vez más frecuente el uso del concepto de *crimen de lesa humanidad*. En lo siguiente me referiré a las decisiones más relevantes de la Corte Constitucional (CC) y de la CS.

Comenzaré con las decisiones de la CC en materia de amnistías e indultos. Un primera decisión importante es la sentencia C-069/94 del 23 de febrero de 1994. En esta decisión, la CC consideró el delito de secuestro como un crimen de lesa humanidad y afirmó que sería un contrasentido que el Estado social de derecho relativizara la dignidad humana beneficiando con la amnistía o el indulto al autor de ese delito. Algunos años más tarde, en la importantísima sentencia C-578/02 de 30 de julio de 2002 sobre la compatibilidad constitucional del ECPI, también se sentaron doctrinas fundamentales sobre el punto. En dicha ocasión, la CC sostuvo que el derecho internacional no impide a los Estados la utilización de amnistías o indultos para lograr la reconciliación, siempre que estos instrumentos garanticen a las víctimas la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad y obtener una protección judicial efectiva. La CC también consideró inadmisibles el otorgamiento de autoamnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo.⁸ Estas decisiones han sido confirmadas por la CC en las sentencias C-695/02 del 28 de agosto de 2002 y 370/06 del 18 de mayo de 2006; en esta última decisión, sobre la constitucionalidad de la ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, la CC rechazó, sin embargo, la calificación de esa ley como de amnistía o indulto.⁹

Una importante decisión de la CC en cuanto a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y el derecho a la verdad y a la justicia es la C-580/02 de 31 de julio de 2002. Aquí la CC tuvo que decidir si la regla de la imprescriptibilidad consagrada en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre

⁸ La Corte también consideró “la paz” como un bien constitucional y a las amnistías e indultos como instrumentos para consolidarla y refirió expresamente al artículo 6 (5) del PACG II. Esta decisión contiene muchas otras consideraciones importantes para el derecho penal internacional, dado que la Corte al examinar la constitucionalidad del ECPI ha debido analizar todas sus disposiciones. La Corte constató en diferentes materias un régimen diferente de garantías entre la Constitución y el ECPI (por ejemplo, respecto del principio de legalidad y la imprescriptibilidad). Pero de todas formas el ECPI sería inobjetable, dado que el artículo 93 de la Constitución (introducido por acto legislativo 2 de 2001) reconoció la jurisdicción de la CPI y el régimen diverso de garantías del del ECPI en su exclusivo ámbito de aplicación.

⁹ Esta sentencia es, por otra parte, fundamental en cuanto declaró la compatibilidad constitucional de la mayoría de las disposiciones de la ley 975 de 2005 que establece un sistema de justicia de transición que intenta satisfacer el interés de justicia sin poner en riesgo la paz. Muy resumidamente la ley prevé la aplicación de una pena reducida (de 5 a 8 años) a autores de delitos que son miembros de grupos armados al margen de la ley a cambio del reconocimiento de los hechos, la reparación a las víctimas y la desmovilización.

la Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) era compatible con el artículo 28 de la Constitución que establece que en ningún caso podrá haber *penas* imprescriptibles. La Corte estableció que, si bien la prohibición de imprescriptibilidad de las penas debía extenderse, con base en la garantía del debido proceso, a las acciones penales, esa garantía no era absoluta y que en el caso del delito de desaparición forzada la imprescriptibilidad se justificaba en la gravedad del delito, el interés en erradicar su impunidad, el derecho a la verdad y el derecho de las víctimas a la justicia. También indicó que en casos de desaparición forzada la “sociedad entera” tiene un interés en conocer la verdad y establecer las responsabilidades individuales.

Posteriormente, en la sentencia T-249/03 del 21 de marzo de 2003, la CC confirmó y desarrolló esta jurisprudencia sobre el derecho a la verdad y a la justicia. La CC sostuvo aquí que en los casos en que existe un interés social cualquier individuo puede constituirse en parte civil como actor popular y que tal interés social existe en casos de graves atentados contra los derechos humanos, violaciones del derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad y hechos que implican una grave puesta en peligro de la paz colectiva. Afirmó que tal solución es posible de acuerdo con el artículo 45 del CPP (ley 600, del 2000) que autoriza la constitución en parte civil como actor popular “cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos”.

En cuanto al derecho de víctimas —y el *ne bis in idem*—, también se ocupó la sentencia 004/03 del 20 de enero de 2003. Aquí se cuestionó la constitucionalidad del artículo 220 (3) CPP en cuanto preveía, en caso de descubrimiento de nuevos hechos o nuevas pruebas, la posibilidad de revisión de la sentencia sólo en caso de que fuera condenatoria. La Corte sostuvo que, si bien en los casos normales era correcto dejar de lado la cosa juzgada sólo a favor del condenado, en los casos de violaciones graves al derecho internacional humanitario esto ya no se justificaba. En estos casos, la imposibilidad de revisar una sentencia absolutoria crearía una situación de impunidad que, además de desconocer el derecho de la víctima a la justicia, pondría en riesgo la realización de un “orden justo”. Esta afectación, señaló la CC, es aun más grave cuando la impunidad deriva del incumplimiento por el Estado del deber de investigar y sancionar adecuadamente estos crímenes y especialmente cuando ello se traduce en una vulneración de los compromisos internacionales asumidos por el Estado. La Corte apoyó su deci-

sión también en el artículo 20 (3) ECPI el cual admite en ciertos casos dejar de lado la cosa juzgada en perjuicio del imputado absuelto.¹⁰

Por otra parte, merece destacarse la reciente sentencia T-355/07 del 10 de mayo de 2007, en donde la CC recurrió al ECPI no ya para apoyar una interpretación, sino para llenar el contenido de una norma interna. Así, sostuvo que para concretar el concepto de delito de lesa humanidad —previsto en el artículo 70 de la ley 975 de 2005—¹¹ los operadores jurídicos deberán remitirse a la definición del artículo 7 ECPI.

En cuanto a la CS sólo mencionaré dos decisiones, ambas de la Sala de Casación Penal. Por un lado, la sentencia del 6 de marzo de 2003 en el caso de la *Masacre de Riofrío*, en la que la CS recurrió a la categoría de crímenes de lesa humanidad a pesar de la subsunción típica de los hechos en normas del derecho penal común. Allí se expresó que los hechos —asesinatos, torturas, etcétera— “pueden ser inscritos dentro de aquellos que, por su inusitada gravedad, la comunidad internacional estima imprescriptibles y perseguibles en cualquier lugar por constituir [...] crímenes de lesa humanidad”.

Por otro lado, la decisión del 11 de julio de 2007 sobre el artículo 71 de la ley 975 de 2005. Aquí la CS sostuvo que dicha disposición —que consideraba como sedición el hecho de integrar grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal— era contraria a la Constitución porque trataba como político a un delito común. La CS negó el carácter de delito político a “hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares” porque “no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente”. Y enseguida explicitó las importantes consecuencias de esta afirmación: “De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida [...]”.¹²

¹⁰ Esta doctrina se plasmó luego en el artículo 194 (4) de la ley 906 de 2004.

¹¹ El delito de lesa humanidad está excluido del beneficio de rebaja de pena previsto en esa disposición.

¹² Si bien el artículo 71 de la ley 975 de 2005 había sido declarado inexecutable por motivos de procedimiento por la CC en la sentencia de 18 de mayo de 2006 (C-370/06) arriba mencionada, aquí se planteaba si podía regir como ley intermedia más benigna. Por ello, la CSJ se ocupó aquí de las razones de orden sustancial para equiparar el concierto para delinquir con la sedición.

En Perú, la cuestión que ha causado mayor interés y resonancia internacional ha sido la reapertura, a consecuencia de la decisión de la CIDH del 14 de marzo de 2001 en el caso *Barrios Altos*, de numerosos procesos por graves violaciones a los derechos humanos cometidas con motivo de la represión del terrorismo y que habían fenecido en la década del noventa en los tribunales militares, tanto por aplicación de las leyes de amnistía 26 479 y 26 492 como por otras razones. La sentencia *Barrios Altos* de la CIDH, como es conocido, consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos. En su parte resolutoria declaró que las leyes de amnistía antes citadas “carecen de efectos jurídicos” y ordenó al Estado peruano la investigación de los hechos. Posteriormente, con la decisión “interpretativa” del 3 de setiembre de 2001 la CIDH concedió a esta decisión “efectos generales”. En aplicación de esta jurisprudencia, numerosos tribunales declararon “nulas” las decisiones de sobreseimiento o cierre del proceso que estaban firmes y remitieron las actuaciones a los tribunales ordinarios para la continuación de las investigaciones. La reapertura de estos procesos generó rápidamente cuestionamientos judiciales motivados en la lesión del principio de cosa juzgada. En época reciente, uno de ellos llegó al Tribunal Constitucional (TC) en el mismo proceso *Barrios Altos*.

En esta decisión del 29 de noviembre de 2005, el TC tuvo que resolver: a) si la decisión de la CIDH en *Barrios Altos* también surtía efectos respecto a aquellas resoluciones de sobreseimiento dictadas por la justicia militar que no se fundaban en las leyes de amnistía y, en todo caso, b) si existía o no una vulneración del *ne bis in idem* por reabrir un proceso concluido con sentencia definitiva. La primera cuestión fue respondida afirmativamente. El TC sostuvo que la obligación de investigar y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarada en el punto 5 de la parte resolutoria de la sentencia de la CIDH conlleva no sólo la nulidad de aquellos procesos en que se hubiesen aplicado las leyes de amnistía, sino también la de aquellos en que se hubiera arribado a un sobreseimiento definitivo en virtud de una práctica destinada a impedir la investigación y sanción de tales hechos. En cuanto al *ne bis in idem*, el TC concluyó que no operaba. Dado que este derecho busca impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más

de una vez, tal arbitrariedad no existiría en aquellos casos en los que la realización de un nuevo proceso penal tiene lugar a raíz de la nulidad del primer proceso. A fin de negar la validez del primer proceso en el caso concreto, el TC afirmó la existencia de un “plan sistemático para promover la impunidad”, del cual formó parte la investigación por tribunales militares de hechos que correspondían a la jurisdicción ordinaria. Por otra parte, esta decisión también califica a los hechos como crímenes de lesa humanidad.

Además de esta cuestión principal, la jurisprudencia peruana ha tratado muchos otros temas de interés para el derecho penal internacional. Aquí sólo me referiré a dos decisiones.

La primera es la sentencia del TC del 18 de marzo de 2004 en el caso *Villegas Namuche*. En esta decisión el TC concibió el derecho a la verdad como un derecho de rango constitucional de carácter imprescriptible que tiene una dimensión colectiva y otra individual. En su dimensión colectiva, afirmó el TC, el derecho a la verdad es una concreción de los principios del Estado democrático y social y de la forma republicana de gobierno, pues el conocimiento de los hechos por toda la Nación es un requisito para la construcción de una sociedad auténticamente democrática. En su dimensión individual, esto es, como derecho de las víctimas, sus familiares y allegados, este derecho encontraría su asidero en el principio de la dignidad humana. Para el TC, este derecho no se satisface con facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino que también es necesaria una investigación tendiente a lograr el pleno conocimiento de los hechos. Debido a que la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales impedía efectuar esa investigación ante sus estrados, ordenó a las autoridades judiciales competentes que la lleven a cabo. El TC también sostuvo que el conocimiento así logrado serviría también como parte de la reparación moral de la víctima. En esta decisión, el TC también afirmó que es un deber del Estado tanto el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad, cuanto la adopción de normas que eviten la prescripción y que ello se justifica en los “intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad”.

La segunda decisión que merece ser mencionada es la del TC del 9 de diciembre de 2004 en el caso *Vera Navarrete*. En este caso, el TC rechazó un pedido de excarcelación de una persona en prisión preventiva, pues, a pesar del largo tiempo de detención, aún no había transcurrido el límite máximo que el ordenamiento procesal permitía. Con todo, el TC no dejó de considerar la naturaleza de los hechos atribui-

dos: homicidios y desapariciones forzadas cometidas como integrante del Grupo Colina en numerosos episodios, entre otros, en los sucesos conocidos como *La Cantuta* y *Barrios Altos*. El TC se refirió en particular al delito de desaparición forzada, que calificó como permanente y pluriofensivo; especificó, además, que cuando este delito es cometido de manera sistemática o generalizada se convierte en un crimen de lesa humanidad y que su gravedad fundamenta una especial necesidad social de esclarecimiento. El TC hizo también copiosas consideraciones sobre el deber de investigar y sancionar tales crímenes y sobre el derecho a la protección judicial, indicando que este derecho exige la sanción de tales crímenes y, por otra parte, que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones indebidas que provoquen situaciones de impunidad. Finalmente, mencionó algunas de las consecuencias que estos crímenes conllevan, como la inoperancia de obstáculos procesales que tengan por propósito eximir de responsabilidad o bien la necesidad de ponderar el deber estatal especial de investigar y sancionar estos delitos al determinar el plazo razonable de la detención provisional.

5 • Chile

En Chile, luego de una primera etapa en que la jurisprudencia se mostró más bien reacia a aplicar normas de derecho internacional, en los últimos años son cada vez más las decisiones que recurren a ellas especialmente para declarar inaplicable el decreto ley 2191 de autoamnistía e imprescriptibles los hechos de la represión estatal. Aquí sólo referiré brevemente las decisiones principales.

La primera decisión importante es la de la Corte de Apelaciones de Santiago del 30 de setiembre de 1994 en el caso *Uribe Tambley y van Jurick Altamirano* (imputado *Romo Mena*). Ante todo, la Corte estableció que en el momento de comisión de los hechos —1974— existía en Chile una guerra interna y, por lo tanto, eran aplicables los Convenios de Ginebra (CG) de 1949 ratificados por ese país en 1951. En consecuencia, consideró que los delitos de secuestro y tortura eran crímenes de guerra y, como tales, imprescriptibles y no sujetos a amnistías según el derecho internacional. La Corte reforzó esta conclusión recurriendo también a otras convenciones inter-

nacionales. Dado que muchas de ellas habían sido incorporadas al derecho chileno con posterioridad a los hechos y al decreto de autoamnistía, la Corte también estableció que “frente a violaciones criminales de derechos humanos” no rige el principio de irretroactividad de la ley penal.

En la jurisprudencia de los tribunales inferiores este modelo de solución y especialmente el recurso a normas del derecho internacional es cada vez más frecuente. La CS, en cambio, ha mantenido un rumbo zigzagueante, debido a la diferente composición del tribunal. En la sentencia del 26 de octubre de 1995 en el caso *Uribe Tambley y van Jurick Altamirano* la CS sostuvo que “ninguno de los Convenios de Ginebra señala que los delitos allí indicados no serán amnistiabiles y, por ende, que a los Estados obligados por ellos les esté expresamente prohibido dictar leyes de amnistía” y a continuación recordó el artículo 6.5 del protocolo adicional II de los CG. La CS rechazó la aplicabilidad de otros instrumentos internacionales mencionados en la decisión recurrida —que habían sido incorporados al derecho interno con posterioridad a los hechos— en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal.

Tres años más tarde, sin embargo, en la sentencia del 9 de setiembre de 1998 en el caso *Poblete Córdova*, la CS desaplicó el decreto de autoamnistía con base en el derecho internacional humanitario y afirmó que los CG vedaban “el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos [...] o lograr la impunidad de sus autores”.

Esta decisión fue mantenida en algunas oportunidades posteriores por la propia CS. Una decisión importante en este sentido es la del 17 de noviembre de 2004 en el caso *Sandoval Rodríguez* (imputados *Krassnoff y otros*). Aquí se repiten textualmente los argumentos de la sentencia de 1998 recién comentada en cuanto a la prohibición de disponer medidas que conduzcan a la impunidad con base en los CG. La Corte argumentó, además, que “la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente”. En este caso, por otra parte, los hechos fueron calificados, además de como delito de secuestro según el CP, también como crimen de desaparición forzada según el artículo II CIDFP. La Corte negó que con esta calificación se lesionara el principio de legalidad —la objeción residía en que la CIDFP no fue ratificada por Chile—, porque para “condenar” se recurrió al derecho penal común.

Sin embargo, en la sentencia del 4 de agosto de 2005 en el caso de *Rioseco Montoya y Cotal Álvarez* (imputado *Rivera González*), la CS negó la calificación de los delitos de la dictadura como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad y, por ello, consideró inaplicables las consecuencias que el derecho internacional reserva a estos crímenes. En particular, la CS sostuvo que no puede recurrirse a la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad (CICGyLH), ni tampoco al ECPI —que tipifican y declaran imprescriptibles a estos crímenes—, pues estos instrumentos no forman parte del derecho vigente en Chile. La CS sostuvo, además, que tampoco la situación vivida en Chile podría ser considerada como un conflicto no internacional en el sentido de los CG y, en todo caso, que la regla de la prohibición de exoneración del artículo 148 CG IV no debería entenderse como prohibición de amnistiar, sino en el sentido de que un Estado no puede dejar de “compensar económicamente los daños producidos”.

Finalmente, en la decisión de 13 de diciembre de 2006 en el caso *Vázquez Martínez y Superby Jeldres* la CS calificó al asesinato por fuerzas estatales de opositores políticos como un crimen de lesa humanidad y declaró su imprescriptibilidad. La CS descartó una vulneración del principio de legalidad dado que, por un lado, los hechos ya eran punibles según el derecho interno con base en el tipo de homicidio y, por el otro, la regla de la imprescriptibilidad de tales crímenes ya formaba parte del derecho consuetudinario con anterioridad a su incorporación en la CICGyLH.

6. Bolivia

En Bolivia ya comienza a haber algunas decisiones de la CS y del TC vinculadas al derecho penal internacional. Ante todo, varias son las decisiones de la CS que califican al narcotráfico como delito de lesa humanidad y derivan de allí su imprescriptibilidad.¹³ Para llegar a esa conclusión, combinan el artículo 145 de la ley 1008, que efectivamente califica al narcotráfico como un delito “transnacional de lesa huma-

¹³ Cf., por último, el auto supremo n.º 464, de 27 de setiembre de 2007.

nidad”, con la regla de la imprescriptibilidad de estos crímenes de la CIGyLH —incorporada al derecho interno en el año 2000—. Por otra parte, debe mencionarse la sentencia del TC del 10 de mayo de 2006 sobre la constitucionalidad del tipo de “masacre sangrienta”, donde hay algunas consideraciones importantes sobre el principio de legalidad. El TC estableció que este principio prohíbe el recurso “a la costumbre o a los principios generales como fuente para la creación de *delitos y penas*; toda vez que sólo es válida la ley escrita, ley en sentido formal, que emana del Órgano Legislativo”. El TC no distinguió entre derecho penal común y derecho penal internacional, pero el contexto en que se enmarca la sentencia —a saber: el análisis del tipo de “masacre sangrienta” incluido en la disposición sobre el genocidio— sugiere que esa doctrina alcanza también a los delitos de derecho internacional.

7. Paraguay

En Paraguay no son muchas las decisiones sobre crímenes internacionales. Las principales son las siguientes, ambas de la CS. En la sentencia del 31 de diciembre de 1996 en el caso *Napoleón Ortigoza*, la CS declaró la imprescriptibilidad del delito de tortura basándose directamente en normas del derecho internacional. Aunque en el caso concreto esta decisión no tuvo consecuencias sobre la acción penal, dado que el proceso a Ortigoza no tenía por objeto la investigación del delito de tortura,¹⁴ la doctrina aquí sentada sirvió luego en procesos de esa naturaleza. Así, el 18 de febrero de 1998 la CS reeditó estos mismos argumentos en el proceso seguido a *Pastor Coronel* para evitar la prescripción de la acción que hubiere correspondido según el derecho interno común. Con todo, en ninguna de las decisiones comentadas la CS analizó con profundidad cuáles eran las circunstancias que convertían al delito de tortura en un crimen internacional.

¹⁴ La CS utilizó esos argumentos para declarar nula la sentencia que había condenado a Ortigoza por homicidio en razón de que ella se había basado en una confesión obtenida bajo tortura.

En Uruguay son aún escasísimas las decisiones judiciales sobre aspectos vinculados al derecho penal internacional. Con todo, algunas decisiones recientes parecen anunciar un cambio en la actitud de los tribunales, tradicionalmente reacios a recurrir al derecho internacional. Se trata por el momento de decisiones de tribunales inferiores. Sólo me referiré a la decisión del Juzgado Letrado en lo Penal n.º 1, del 1 de diciembre de 2006, en el proceso de extradición a Argentina de *Gavazzo* y otros militares uruguayos por su participación en operativos del Plan Cóndor. Dos aspectos son especialmente interesantes de esta decisión. Por un lado, el rechazo de la posibilidad de recurrir a un tipo penal consuetudinario o basado en los principios generales del derecho. Según el juez, este tipo no es suficientemente descriptivo y por ello también en el juzgamiento de crímenes internacionales debe regir el *nullum crimen sine lege scripta*, al cual consideró como un principio de todas las naciones. A pesar del recurso a los tipos comunes del CP, el juez entendió que en sustancia los hechos eran crímenes de lesa humanidad. Por el otro lado, son interesantes las consideraciones sobre el inicio del plazo de prescripción de tales delitos. En primer lugar, el juez afirmó que dicho plazo sólo comienza a correr a partir del momento en que ha dejado el poder el régimen que los cometía. Pero luego fue más allá —y esto es lo novedoso— y sostuvo que dicho plazo tampoco comienza mientras están en vigencia, aun en democracia, leyes de amnistía e impunidad (también hay referencias al indulto). La decisión se refiere directamente a las leyes argentinas de Obediencia Debida y Punto Final, por cuanto se trataba de un proceso de extradición, pero también sugiere que ello sería aplicable en otros casos como el uruguayo. El juez sostuvo: “[...] a los damnificados por los delitos de lesa humanidad no les corre el plazo para presentarse ante los estrados y pedir justicia mientras leyes que muestran una incapacidad de castigar, se impongan con su funcionalidad”. Como se advierte, también aquí se recurre a la doble subsunción antes indicada.

9. Venezuela

En Venezuela, la jurisprudencia sobre derecho penal internacional se ha centrado principalmente en la cuestión de la calificación de ciertos delitos como crimen de lesa humanidad. Dicha calificación tiene consecuencias importantísimas en el derecho constitucional de ese Estado, pues el artículo 29 de la Constitución considera a esa clase de delitos imprescriptibles y los excluye de beneficios que puedan conllevar la impunidad, como el indulto o la amnistía. Las decisiones que se expondrán corresponden al Tribunal Superior de Justicia (TSJ). Existe una amplísima corriente en la jurisprudencia que considera al narcotráfico como un crimen de lesa humanidad. Así lo hizo primeramente la Sala de Casación Penal del TSJ en la decisión del 28 de marzo de 2000 en el caso *Zambrano Carrillo* y luego la Sala Constitucional de ese Tribunal en la decisión del 12 de setiembre de 2001 en el caso *Alcira Coy y otros*. En esta última decisión, el TSJ fundamentó su conclusión, entre otras razones, recurriendo al ECPI. A su juicio, el delito de tráfico ilícito de estupefacientes estaría comprendido en la cláusula analógica del artículo 7.1.k ECPI, que se refiere a “otros actos inhumanos de carácter similar”. Estas decisiones fueron ampliamente seguidas en la jurisprudencia inferior. El TSJ calificó también al delito de terrorismo como crimen de lesa humanidad en la decisión del 10 de diciembre de 2001 en el proceso de extradición de *Ballestas Tirado*.¹⁵ Sin embargo, ninguna de las decisiones mencionadas analiza con profundidad los elementos de crimen de lesa humanidad.

El TSJ también se ocupó de la cuestión de si determinadas institutos, como el procedimiento de antejuicio previsto para altos funcionarios (Sala Constitucional, 9 de diciembre de 2002) o la conversión de una pena de prisión en confinamiento (Sala Constitucional, 27 de junio de 2002), implicaban “beneficios” que pudieran implicar la “impunidad” de crímenes de lesa humanidad, los cuales están prohibidos por el artículo 29 de la Constitución. En ambos casos, el TSJ negó que esos institutos constituyeran un beneficio prohibido por dicha norma. Por otra parte, en una reciente decisión del 13 de julio de 2006 la Sala de Casación Penal del TSJ estableció que el

¹⁵ En esta decisión, además de considerar al secuestro de una aeronave por un grupo armado como un acto de terrorismo y un delito de lesa humanidad, el TSJ sostuvo que el terrorismo es un falso delito político y que quienes incurrir en él no pueden beneficiarse de asilo y deben ser siempre extraditados. El TSJ apoyó esta conclusión en el derecho internacional humanitario.

crimen de lesa humanidad —en el caso un delito de narcotráfico— está sujeto al principio de jurisdicción universal.

Finalmente, es preciso mencionar la importante decisión del 15 de abril de 2005 de la Sala Constitucional del TSJ que se ocupó de la relación entre las graves de violaciones a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad. El TSJ concluyó que estos conceptos están vinculados por una relación de género a especie, pero, para el propósito de la imprescriptibilidad de la acción, son equivalentes. Especialmente importante es la afirmación del TSJ de que la calificación de un hecho como delito contra los derechos humanos o delito de lesa humanidad —debido a los efectos jurídicos que acarrea— es materia que compete *exclusivamente* al legislador y no al intérprete.

10. Brasil

En Brasil, no han sido demasiadas las decisiones que se han ocupado de materias relacionadas con el derecho penal internacional. Aquí me referiré únicamente a tres decisiones del Supremo Tribunal Federal (STF).

La primera es la decisión del 7 de junio de 1967 en el proceso de extradición del criminal nazi *Stangl*. El STF concedió la extradición por genocidio a pesar de que a la época de los hechos ese delito aún no formaba parte del derecho brasilero. Para ello aplicó la ley vigente al momento de la extradición y sostuvo que esa calificación no lesionaba el principio de irretroactividad de la ley penal, porque, de todas formas, el genocidio estaba comprendido en el tipo de homicidio vigente en el momento del hecho. Por otra parte, el STF negó la naturaleza de delito político del genocidio con base en la perversidad y crueldad de los crímenes.

La segunda decisión también se refiere al delito de genocidio, pero no ya en un proceso de extradición, sino en uno de atribución de responsabilidad con base en el artículo 1 de la ley 2889 de 1956, cuya redacción es idéntica al artículo II de la Convención sobre el Genocidio. Se trata de la decisión del 3 de agosto de 2006 en el caso de la *masacre de Haximu*. La cuestión a decidir era si la condena de los imputados por el Tribunal de Roraima, un tribunal monocrático,

violaba el artículo 5 inciso XXXVIII de la Constitución, que otorga a la persona imputada de un crimen doloso contra la vida la garantía de ser juzgada por un tribunal de jurados. Esta cuestión sobre la competencia dio pie al STF para efectuar algunas consideraciones sustanciales sobre el delito de genocidio. Ante todo, el STF negó que el genocidio fuera un crimen doloso contra la vida, dado que esta disposición protege al grupo como tal y no al individuo, y en consecuencia negó una supuesta lesión de la disposición constitucional citada. El STF sostuvo, además, que las distintas conductas individuales a través de las cuales puede cometerse un genocidio no configuran tipos independientes de genocidio, sino sólo distintas modalidades de él. Por lo tanto, si un autor realiza diferentes homicidios o diferentes conductas de aquellas previstas como actos individuales del genocidio (homicidio, lesiones graves, etcétera) con la intención de destruir el grupo en cuestión, comete un sólo genocidio (unidad delictiva). El STF también sostuvo que el desvalor de los ataques a bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, etcétera) no queda absorbido con la sanción del genocidio y descartó, por ello, que entre el genocidio y los distintos actos individuales exista un concurso aparente. Entre estos delitos habría un concurso ideal o formal, específicamente un concurso formal imperfecto por el diferente designio criminal (70 *caput* CP).

La última decisión aquí comentada es la del STF del 17 de setiembre de 2003 en el caso *Ellwanger*, sobre el delito de práctica e incitación a la discriminación racial (artículo 20 *caput* de la ley 7716/89). En este caso, el tribunal tenía que decidir si el pueblo judío podía ser considerado una “raza” y, por ende, si las manifestaciones discriminatorias en contra de los judíos eran discriminaciones raciales; la decisión de esta cuestión era importante para el régimen de la prescripción, pues de acuerdo con el artículo 5 inciso XLII de la Constitución Federal la “práctica de racismo” es un crimen imprescriptible. La cuestión se centró, entonces, en determinar los criterios de identificación de una raza. La minoría del tribunal sostuvo un “concepto biológico de raza”. Según este concepto, existe una raza cuando un grupo de personas comparten determinadas características físicas, tales como el color de la piel, la estatura, la forma de la cabeza o del rostro, el tipo de cabello, el color y la forma de los ojos, la forma de la nariz y también la contextura corporal. La mayoría, en cambio, rechazó el concepto biológico; en su opinión, no es posible distinguir al género humano en razas desde un punto de vista científico. La raza sería un concepto social, político e

histórico originado por la intolerancia de los propios hombres (el “antisemitismo dogmatizado por los nazistas”). Lo que cuenta, afirmó el STF, es que quien promueva la discriminación considere al discriminado como una raza.

11 • México

En México, más allá de las numerosas decisiones de la CS sobre el carácter permanente del delito de desaparición forzada, son escasas las decisiones vinculadas a temas de derecho penal internacional. Tan sólo vale la pena mencionar la decisión de amparo del 10 de junio de 2003 de la CS en el proceso de extradición del militar argentino *Cavallo*. La CS rechazó la extradición respecto al delito de tortura por considerarlo prescrito, pero la acordó respecto a los delitos de terrorismo y genocidio. Específicamente en cuanto concierne al genocidio, la Corte negó la calificación de delito político con base en el bien jurídico protegido: dado que el genocidio no atenta contra las estructuras del Estado, sino contra “la existencia de determinados grupos humanos considerados como estables”, no puede considerarse un delito político. La decisión se refirió también a otros aspectos del crimen de genocidio; por ejemplo, se preocupó por distinguir entre la intención especial de destrucción, que consideró como “elemento subjetivo del injusto”, y el “móvil” que lleva al autor a cometer el delito, el cual es “irrelevante”.

12 • Costa Rica

En cuanto a Costa Rica sólo interesan dos decisiones de la Sala Constitucional de la CS. La primera es la consulta sobre la constitucionalidad de la CIDFP del 12 de enero de 1996, en la que se estableció que la práctica sistemática de desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad y se confirmó la legitimidad constitucional de la imprescriptibilidad de ese delito. Al respecto, la CS afirmó que, si bien existe un principio constitucional implícito a la prescripción de todo delito que integraría el principio del debido proceso (artículo 39 Constitución), los crímenes de lesa huma-

nidad ameritan un tratamiento especial que justifica la imprescriptibilidad de la acción y también de la pena. La segunda es la decisión del 1 de noviembre de 2000, en la cual se confirmó la constitucionalidad del ECPI, a pesar de que algunas disposiciones de este tratado parecían contradecir ciertas normas constitucionales.¹⁶

13. Ecuador

En Ecuador, en cuanto aquí interesa, sólo es relevante el dictamen favorable sobre la constitucionalidad del ECPI emitido por el TC el 22 de febrero de 2001, donde se exponen algunos aspectos esenciales del ese estatuto y se analizan —y rechazan— algunos problemas de compatibilidad entre la Constitución y el tratado.

14. Consideraciones críticas sobre la tendencia represiva de la jurisprudencia de países de América Latina sobre graves violaciones a los derechos humanos

La exposición efectuada en los puntos anteriores muestra claramente que la jurisprudencia de tribunales latinoamericanos sobre temas vinculados al derecho penal internacional ha aumentado en los últimos años de manera notable. Existen ya algunas decisiones que han aplicado normas que materialmente pertenecen al derecho penal internacional pero que ya formaban parte del derecho interno. Sin embargo, la mayoría de las decisiones, especialmente aquellas que han producido los cambios más drásticos, han aplicado directamente normas del derecho internacional —muchas veces consuetudinario— precisamente para arribar a soluciones que el derecho interno no habría consentido. En la mayoría de los países, por otra parte, estas cuestiones ya han ocupado a los tribunales supremos.

¹⁶ Los problemas se planteaban dado que la Constitución de Costa Rica prohíbe la entrega de nacionales (artículo 32), la prisión perpetua (artículo 40) y concede inmunidad a altos funcionarios (artículos 110 y 121)

Son innumerables las cuestiones y puntos discutibles que la jurisprudencia reseñada plantea. Ocuparme pormenorizadamente de ellos excede con creces este modesto resumen. Sólo quiero hacer unas breves consideraciones sobre algunos rasgos fuertemente represivos que advierto en esta jurisprudencia.

La jurisprudencia de varios tribunales de países latinoamericanos, siguiendo en gran medida criterios elaborados por la CIDH, está creando cada vez con mayor amplitud un *derecho penal diferenciado para las violaciones de los derechos humanos*, esto es, un derecho penal que corre por carriles diferentes a los del derecho penal normal y que se caracteriza por la restricción de derechos del autor o imputado y, paralelamente, el aumento de los derechos de la víctima. En este derecho penal diferenciado:

- no existe la prescripción;
- no son admisibles las disposiciones de amnistías, indultos y otras exenciones similares de la responsabilidad penal;
- no opera la cosa juzgada (*ne bis in idem*), sea para posibilitar el renacimiento de una acción fenecida por una ley de amnistía, indulto, etcétera, sea para reabrir un proceso finalizado con sentencia absolutoria por el descubrimiento de nuevos hechos o nuevas pruebas luego de la sentencia;
- no rige el principio de legalidad o, cuando sí lo hace, este principio es concebido de una manera tan débil que para su satisfacción basta una norma consuetudinaria previa al hecho (*nullum crimen sine iure*) —esta es la posición mayoritaria—, o bien un delito en el ordenamiento interno que abarque la *sustancia* —y sólo eso— de la infracción del crimen internacional que dicho ordenamiento no contiene (por ejemplo, el tipo de homicidio serviría para satisfacer la legalidad del crimen de lesa humanidad), o bien, finalmente, quienes optan por el camino de la sinceridad —que son los menos— defienden una aplicación retroactiva de la ley penal justificada en la gravedad de los hechos.

Estas consecuencias principales con frecuencia están acompañadas, por un lado, con un aumento de las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso y, por el otro, con una expansión del concepto de víctima. También estas consecuencias

ulteriores influyen ampliamente sobre los derechos del imputado. Veamos dos ejemplos. Primero, el derecho de la víctima a la verdad y justicia ha sido uno de los argumentos utilizados por la jurisprudencia para permitir el recurso de la víctima de la sentencia absolutoria definitiva en caso de nuevas pruebas o nuevos hechos, dejando de lado la garantía de la cosa juzgada. Segundo, la expansión jurisprudencial del concepto de víctima ha conducido a que cualquier individuo particular u ONG pueda constituirse en parte civil o querellante en calidad de actor popular o semejante, lo que indudablemente es problemático al menos para el principio de la igualdad de armas. Más allá de ello, a veces la jurisprudencia ha identificado en la gravedad de estos hechos un criterio para restringir la libertad del imputado durante el proceso.

La justificación de tales consecuencias especiales reside en la extrema gravedad de los hechos. Específicamente, es la calificación de un hecho como crimen internacional, y especialmente como crimen de lesa humanidad, la que, según gran parte de la jurisprudencia, autoriza este régimen especial.¹⁷ En muchas ocasiones, a fin de sortear el obstáculo de la inexistencia de derecho positivo —ley o tratado— en la época de los hechos, la jurisprudencia recurre a un tipo consuetudinario de crimen de lesa humanidad. Hasta donde conozco, sin embargo, ningún tribunal ha utilizado las disposiciones *del* derecho internacional para el *encuadre típico* de los hechos, ni para el establecimiento de las *sanciones*. Más bien, ellos efectúan una articulación normativa entre las disposiciones del derecho penal común y aquellas del derecho internacional. Las normas del derecho interno son utilizadas en el nivel de la tipicidad (por ejemplo, para encuadrar un hecho como homicidio) y para la selección de las sanciones, y las del derecho internacional para convertir a esos hechos en crímenes internacionales (por ejemplo, en un crimen de lesa humanidad) y atribuirles las consecuencias que el derecho internacional establece para esta categoría de crímenes (por ejemplo, imprescriptibilidad). Es decir, los tribunales efectúan una *doble subsunción*: una *subsunción primaria de tipificación y sanción* por las leyes locales y una *subsunción secundaria de cualificación* por las leyes internacionales.

La calificación de los hechos con base en el derecho consuetudinario plantea ciertos problemas. No quiero entrar aquí en la cuestión de si el *nullum crimen sine iure* que sustenta la aplicación de la norma consuetudinaria internacional satisface las

¹⁷ Quien quiera ver en esto una garantía frente a conceptos mucho más amplios e indeterminados como el de “graves violaciones a los derechos humanos” se engaña, porque, como veremos luego, este concepto es utilizado en general en un sentido no técnico como sinónimo de *hecho gravísimo*.

exigencias la ley previa. Ello requeriría al menos comenzar a concebir al principio de legalidad de una manera muy diversa a la que estamos habituados. La objeción mayor en contra de la norma penal consuetudinaria no es la *lex praevia*, sino la *lex certa*. Esto es especialmente válido respecto al crimen de lesa humanidad al que tan frecuentemente recurre la jurisprudencia latinoamericana para justificar el régimen diferente de garantías. Basta echar una mirada a las diferentes formulaciones de este crimen en el derecho internacional para darse cuenta de que lo único cierto es que no hay certeza sobre cuáles son sus elementos constitutivos. Más allá de las variaciones de las conductas individuales, especialmente el llamado elemento de contexto —cuyo acacimamiento precisamente convierte un crimen del derecho penal común en un crimen de lesa humanidad y justifica, según el derecho internacional, el tratamiento diferencial— ha cambiado en casi todas las oportunidades en que la comunidad internacional lo ha definido. Con razón se ha afirmado que, de todas las formulaciones sobre el elemento de contexto del crimen de lesa humanidad existentes en el ámbito internacional, “el único denominador común es el hecho de que alguna clase de contexto ha sido requerido”.¹⁸ A lo sumo, se podría conceder que *algo* de certeza comienza a haber a partir del ECPI,¹⁹ pero, de todos modos, en cuanto a los hechos juzgados en la mayoría de las decisiones aquí comentadas esta formulación no puede ser utilizada sin hacerse una aplicación retroactiva de la ley. En resumidas cuentas, se sabe que se requiere algo que vincule a las conductas individuales, pero no se sabe bien qué es lo que se requiere.

Si esto es así, difícilmente pueda hablarse de costumbre internacional. En estas condiciones, sólo quien quiera asignarle al juez tareas propias de legislador —o quizás de adivino— y acepte un rol preponderante de este funcionario en la *creación* del derecho puede estar de acuerdo con que en el caso concreto el juez debería ocuparse de construir un tipo penal a partir de un cuadro normativo compuesto por variadas disposiciones en parte contradictorias y no siempre claras. A mi modo de ver, es un precio muy caro para la seguridad jurídica. El recurso a la costumbre internacional debería estar reservado a casos excepcionalísimos en donde ninguna duda exista acerca de la norma —con todos sus elementos— que se pretenda aplicar. La norma con-

¹⁸ Kai Ambos y Steffen Wirth, *The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, CLF 13, 2002, p. 12.

¹⁹ A nivel internacional, aun después del ECPI siguen existiendo algunos puntos no claros, como lo demuestra la definición de este crimen en la sección 5 de la Regulación 15/2000 de la UNTAET que difiere en algunos aspectos del ECPI

suetudinaria debe ser algo evidente, algo, por decirlo de modo coloquial, que salta a la vista. Si un juez debe hacer trabajosas elucubraciones para saber cuál es la costumbre, entonces eso más bien indica que tal pretendida costumbre no existe. En otras palabras: una norma no escrita sólo puede ser ley cuando es absolutamente cierta. No hay lugar para tipos vagos o abiertos de derecho consuetudinario, pues esa afirmación niega los presupuestos de existencia de la norma consuetudinaria.

Pero lo cierto es que, salvo excepciones, los jueces tampoco han intentado ocuparse de tan tamaña tarea. Son poquísimas las alusiones que se encuentran en la jurisprudencia a los diferentes componentes del llamado *elemento de contexto*. En general, se tiene por probada la existencia de un crimen de lesa humanidad con alusión a la gravedad de los hechos o a alguno de los elementos requeridos por alguna de las diferentes tipificaciones internacionales del crimen. Muchas decisiones se limitan a efectuar un largo *racconto* de la evolución del derecho penal internacional que sólo sirve para mostrar la erudición de los jueces, pero que no ayuda a la subsunción de los hechos en la norma penal internacional. Muchas, también, mencionan al pasar varios de los diferentes conceptos que han existido de crímenes de lesa humanidad, sin concretar cuál de todos ellos es el que ha de aplicarse al caso concreto, o bien recurren a textos de derecho penal internacional posteriores al hecho sin analizar si el concepto de crimen de lesa humanidad consagrado en dicho texto es el mismo que existía en la costumbre —suponiendo que exista uno— en la época de los hechos. En fin, también es difícil encontrar en la jurisprudencia una precisa verificación de la existencia de la norma consuetudinaria; antes bien, en la mayoría de los casos la *afirmación* de que existe costumbre reemplaza a su *prueba*. En resumidas cuentas, la jurisprudencia en general no analiza con detalle cuál era el tipo de crimen de lesa humanidad avalado por la costumbre internacional en el momento del hecho, ni mucho menos si los elementos exigidos por *ese* tipo se verifican efectivamente en el caso concreto. Esto es así, porque en general este concepto no es utilizado en un sentido técnico, sino como una *muletilla* que, por el solo hecho de ser invocada, produce el efecto mágico de derogar varios derechos fundamentales.

El uso de este concepto de crimen de lesa humanidad no técnico —que finaliza por ser un sinónimo de *hecho extremadamente grave*— explica, por otra parte, su desmedida expansión a delitos que nada tienen que ver con ninguna de las definiciones que han existido en derecho internacional. La expansión no abarcó solamente delitos como el terrorismo o el narcotráfico, cuya incorporación como crímenes inter-

nacionales al menos había sido discutida en algunos proyectos de codificación del derecho penal internacional y también en la Conferencia de Roma, sino también otros delitos completamente ajenos al derecho penal internacional —y mucho menos graves por cierto— como el robo, la apropiación extorsiva de bienes, el encubrimiento, la falsificación de documentos, la sustracción y ocultación de un menor, etcétera, en caso de que estuvieran relacionados con un crimen de lesa humanidad. También la asociación ilícita fue considerada un crimen de lesa humanidad en caso de que persiga la comisión de ese crimen. Los criterios para asignar a estos delitos comunes las consecuencias de los crímenes de lesa humanidad son tan disímiles y amplios que parece que es suficiente cualquier tipo de conexión. No puedo aquí demostrar en cada uno de estos casos por qué esta extensión es completamente incorrecta. Es suficiente señalar, por un lado, que la mayoría de esos delitos nunca formaron parte de ningún texto de derecho penal internacional, y que los pocos que alguna vez lo han sido (el terrorismo, la pertenencia a una asociación ilícita) no están incluidos en las codificaciones más recientes y la doctrina coincide en que al menos hoy no tienen vigencia como norma consuetudinaria. Pero, además de ello, es indiscutible que estos delitos protegen bienes jurídicos diversos al del crimen de lesa humanidad y considerarlos como tal a fin de aplicarles sus consecuencias no es otra cosa que hacer una analogía *in malam partem*, sin estar dados siquiera los requisitos de la analogía. Quien no quiera compartir esta opinión debería estar dispuesto a aceptar que una asociación ilícita para cometer hurtos es un delito contra la propiedad y que quien da refugio a un homicida es un homicida.

A esta tendencia punitiva y expansiva de la jurisprudencia de tribunales de países latinoamericanos ha contribuido notablemente la CIDH, que con su pretensión de acercar el derecho internacional de los derechos humanos al derecho penal internacional ha pasado a convertirse casi en un tribunal penal —y, por cierto, muy amante de las soluciones penales—. *Barrios Altos*, *Bulacio*, *Almonacid Arellano* y muchos otros ayudaron fuertemente a construir esta tendencia punitiva y expansiva de la jurisprudencia de los Estados nacionales. Por otra parte, el concepto de *graves violaciones a los derechos humanos* —a veces el *graves* se pierde en el camino—, un concepto mucho más amplio e indefinido que el de crimen de lesa humanidad, ha contribuido enormemente a la expansión de este derecho diferenciado. Un solo ejemplo es suficiente. La CIDH en *Bulacio* consideró que un hecho que no era un crimen internacional —¡ni mucho menos!— no debía prescribir y ordenó a las autoridades naciona-

les reabrir el proceso que había concluido con sentencia definitiva. El Tribunal nacional obedeció incondicionalmente la orden —en este caso seguro *indebida*— y reabrió el proceso. El único motivo para hacerlo era no exponer al Estado al riesgo de responsabilidad internacional, un argumento que, como hemos visto, es frecuente en los tribunales —por ejemplo, en la CS argentina—. Pienso que los tribunales deberían prestar más atención a respetar la Constitución que a evitar el riesgo de responsabilidad internacional del Estado. Si el poder judicial es uno de los poderes del Estado, lo es precisamente para respetar las leyes y ante todo las supremas.

Obviamente, este derecho penal diferenciado del que he estado hablando no alcanza en todos los países latinoamericanos el mismo grado de realización. Argentina, Colombia, Perú y cada vez más Chile son seguramente los casos emblemáticos. Pero también otros países comienzan poco a poco a transitar este camino.

En fin, esta evolución de la jurisprudencia latinoamericana debería preocupar a quien pretenda construir un verdadero Estado de derecho. Especialmente debería preocupar la erosión de la legalidad penal, el sobredimensionamiento de los derechos de la víctima a costa de la posición del imputado, el debilitamiento de la cosa juzgada, la inflación de ciertos conceptos con gran fuerza expresiva o simbólica, utilizados como mulettas para justificar derogaciones de derechos y, en fin, por sobre todas las cosas, el retorno, enmascarado bajo el lema de la protección de los derechos humanos, del viejo principio *in atrocissima licet iudici iura transgredi*. La historia del derecho nos puede advertir sobre las nefastas consecuencias a las que condujo este principio y el debilitamiento de garantías básicas fundadas en la gravedad del delito. Pero parece que otra vez más la memoria es corta. Ninguna razón de Estado —ni siquiera si simpatizamos con ella— debería poder derribar ciertas barreras de contención ideadas para la protección del *individuo* frente al avance del poder punitivo estatal. Un derecho penal con diferentes carriles, uno para el derecho penal normal y otro para el derecho penal internacional o de los derechos humanos, se acerca peligrosamente a un derecho penal para enemigos. Para muchos tribunales nacionales y para la CIDH *la protección penal de los derechos humanos pesa más que la protección de los derechos humanos frente al derecho penal*. Y esta es una conclusión que cualquiera que realmente crea en las virtudes de un Estado de derecho no puede más que lamentar.

Informes europeos

1 • Introducción

En Italia, la mayoría de los hechos que pueden considerarse como crímenes internacionales se concentran en el período de la ocupación nazi en Italia y de la Repubblica Sociale Italiana. A grandes rasgos, es posible diferenciar tres grandes etapas en cuanto a la persecución penal, en Italia, de la criminalidad nazi-fascista.

La primera etapa comienza a partir del armisticio Badoglio, en 1943, y puede considerarse finalizada con la amnistía de 1946. Esta etapa se caracteriza por una política de persecución penal *diferenciada* según la nacionalidad de los autores de los crímenes, es decir, alemana o italiana. Los ciudadanos alemanes, en cuanto miembros de una potencia ocupante, fueron juzgados por los tribunales militares por crímenes de guerra en aplicación del Código Penal Militar de Guerra de 1941 (CPMG); los ciudadanos italianos, en cambio, fueron juzgados primero por tribunales especiales y posteriormente por la justicia ordinaria, por el delito de *colaboracionismo* establecido en el artículo 5 del decreto 159/44.¹

* Traducción de Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires).

¹ Para el texto del decreto presidencial véase el suplemento de la *Gazzetta Ufficiale* (Boletín oficial), serie especial del 29 de julio 1944 (n.º 41). Esta norma introdujo el tipo de "colaboracionismo" que sancionaba, según las disposiciones del Código Penal Militar de Guerra, a quien, luego del 8 de septiembre de 1943, cometía delitos contra la fidelidad y la defensa militar del Estado (se refiere, evidentemente, al —legítimo— Estado del Sur y no a la República de Salò) a través de cualquier forma de entendimiento o *colaboración* con el invasor alemán. Sobre las normas del CPMG aplicables cf. Giuliano Vassalli: "La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza di Cassazione", en Giuliano Vassalli y Gabriele Sabatini; *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma: La Giustizia Penale, 1947, pp. 75-98.

La segunda etapa comienza con el decreto de amnistía del 22 de junio de 1946, conocida como *amnistía Togliatti*.² También este decreto trata de modo diferente la criminalidad nazi de la criminalidad fascista. En efecto, la amnistía sólo operaba respecto de crímenes cometidos por ciudadanos italianos. Se trataba, por lo demás, de una amnistía condicionada, esto es, que sólo operaba si se cumplían determinados requisitos, especialmente, que el autor no hubiera cometido “sevicias particularmente crueles”. Este decreto de amnistía y la interpretación que de él hizo la Corte de Casación, de composición netamente fascista, que en los hechos prácticamente anuló las condiciones que obstaban a la operatividad de la amnistía, llevaron a un freno casi total de los procesos contra ciudadanos italianos por el delito de colaboracionismo. La posición de la Corte de Casación, contraria a perseguir a los *colaboracionistas* italianos, ya se había mostrado antes del decreto de amnistía a través de la anulación de muchos procesos que habían comenzado por el delito de colaboracionismo. A raíz de la amnistía, por lo tanto, sólo unos pocos procesos por el delito de colaboracionismo, que no cumplían las “condiciones” previstas en el decreto, pudieron seguir adelante. También continuaron los procesos contra los ciudadanos alemanes en virtud del CPMG. Sin embargo, en 1960 el procurador militar decidió el archivo provisorio de estos procesos, recurriendo a un instituto *ad hoc* que no estaba previsto en la legislación procesal. A partir de allí, también la persecución penal de los crímenes cometidos por alemanes quedó truncada.

Esta situación perduró hasta 1994, cuando, a raíz de las investigaciones llevadas a cabo en el proceso *Priebke*, el procurador intelisano descubrió centenares de los expedientes que habían sido previamente “archivados” dentro de un armario en el Palazzo Cesi, sede de la Procuración Militar de Roma. El descubrimiento del *armario de la vergüenza*³ tuvo el efecto de reactivar varios procesos por crímenes de guerra cometidos por alemanes durante la época de ocupación.⁴ Con esto comienza la tercera etapa mencionada.

² Palmiro Togliatti fue secretario del Partido Comunista y en ese momento era ministro de Gracia y Justicia en el gobierno de Parri.

³ Esta expresión ha sido acuñada por los periodistas y también dio el título al libro de Franco Giustolisi: *L'armadio della vergogna*, Roma: Nutrimenti, 2004.

⁴ Sobre el punto y sobre los trabajos de la *comisión mixta* (7 de noviembre de 1994 - 26 de mayo de 1995) instituida para efectuar un análisis del material encontrado e identificar las medidas a adoptar, cf. *Relazione di minoranza*, o. cit., pp. 343-362.

Las breves consideraciones efectuadas acerca de la persecución, en Italia, de la criminalidad nazi-fascista explica el relativamente escaso número de decisiones jurisprudenciales sobre hechos que pueden caracterizarse como crímenes internacionales. De la jurisprudencia existente respecto de ese período me concentraré en algunas decisiones dadas en los procesos *Kappler* y *Priebke*, en donde se abordan, principalmente, las problemáticas de la orden del superior, de la imprescriptibilidad y también —aunque en menor medida— de la legalidad penal.

Fuera de la criminalidad nazi-fascista, me referiré a algunas otras pocas decisiones de interés para la presente investigación. Muy brevemente me ocuparé de los casos *Suárez Mason* y *Acosta*, en los que se califica como genocidio a los crímenes cometidos por la dictadura militar argentina. Con mayor detalle me ocuparé, en cambio, de los casos de los *Hinchas del Varese* y *Cuccullo*, sobre apología de genocidio, del proceso *Daki*, sobre la configurabilidad de actos de terrorismo en tiempos de guerra, y del caso *Jelusic*, sobre la ejecución, en Italia, de la pena privativa de libertad pronunciada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

2. Genocidio y apología de genocidio

El genocidio es el único crimen internacional previsto en el derecho interno y ha sido introducido por la ley 962 de 1967,⁵ luego de la ratificación, por Italia, de la Convención internacional para la Prevención y Sanción del Genocidio, de 1948.

En cuanto a la jurisprudencia, existen cuatro decisiones relacionadas, en algún sentido, con este tema. Por un lado, las decisiones de la Corte de Casación en el caso de los *Hinchas del Varese*, de 1985, y especialmente de la Corte de Apelaciones de Milán en el caso *Cuccullo*, del 2001 sobre apología de genocidio. Por otro lado, las decisiones de la Corte *di Assise* de Roma en los casos *Suárez Mason* y *otros*, de 1998, y

⁵ Con esta ley, Italia ha cumplido con la obligación de implementación prevista en el artículo 5 de la Convención sobre el Genocidio. Sobre el delito de genocidio en el derecho italiano cf. Stefano Canestrari: "Genocidio", en *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, vol. XV; Giovanni Grasso: "Genocidio", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. V, Turín: Utet, 1991, pp. 399 s.; Natalino Ronzitti: "Genocidio", en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1968, vol. XVIII, p. 586; Mario Pisani: "La penetrazione del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano", en *Indice Penale*, 1984, pp. 433 ss.

Acosta y otros, del 2007, relacionadas con delitos cometidos por miembros de la dictadura militar argentina en perjuicio de ciudadanos italianos. En los dos casos recién mencionados se afirma que los crímenes cometidos por la dictadura militar argentina entre 1976 y 1983 constituyen un *genocidio*.⁶ Pero esta referencia no asume valor más que desde un punto de vista histórico y, quizás, simbólico, pues ninguna de estas decisiones aplica las disposiciones sobre genocidio de la ley 962, sino las normas comunes sobre homicidio previstas en el Código Penal. Dado que en estas decisiones no se encuentra ninguna consideración de relieve sobre la interpretación del crimen de genocidio, basta la mención recién efectuada.

En lo siguiente me ocuparé con mayor detenimiento de las decisiones indicadas sobre apología de genocidio. Aunque la atención estará centrada principalmente en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Milán en el caso *Cuccullo*,⁷ a través de su examen también me referiré a la decisión de la Corte de Casación del año 1985.⁸ Estas decisiones contienen algunas indicaciones interesantes sobre la anticipación de la tutela penal del bien jurídico del genocidio, que actualmente pueden revestir interés en vista de la inclusión, en el Estatuto de Roma, de la figura de incitación al genocidio.

El caso examinado por la Corte de Apelaciones de Milán era el siguiente: Cuccullo, un alcalde del partido político Movimento Sociale Italiano, había pronunciado durante una reunión las siguientes palabras: “Hitler ha sido la persona más inteligente del mundo [...] Pero los alemanes, a pesar de ser seres superiores, se han equivocado. A los judíos debían freírlos a todos”. Estas declaraciones fueron luego publicadas por el semanario *Sette* del *Corriere della Sera* por un periodista que estaba presente en dicha reunión. Tanto el alcalde como el periodista fueron procesados por apología de genocidio (artículo 8 de la ley 962/67) y apología de fascismo (artículo 4, apartados II y III, de la ley 645/52).⁹

⁶ Cf. la decisión del 6 de abril 2000 de la Corte de Assise de Roma en el caso *Suárez Mason*: “[...] entre el 1976 y el 1983 se consumó, por obra de una dictadura militar, la tragedia más brutal de la historia argentina, que se concretó en un verdadero y propio genocidio”. La sentencia puede consultarse en la página web: www.studiperlapace.it. Una afirmación casi idéntica se encuentra en la sentencia del 14 de marzo de 2007 de la Corte de Assise de Roma en el caso *Acosta*, que en la página 61 dice: “[...] se puede, por lo tanto, afirmar con certeza que en los años de la dictadura se ha realizado el más trágico genocidio de la historia argentina”. Esta sentencia puede consultarse en la página web www.24marzo.it.

⁷ El resumen de la sentencia con un comentario de Emanuela Fronza se encuentra en *Cassazione Penale*, marzo 2003, pp. 277- 285.

⁸ El texto de la decisión puede consultarse en *Foro Italiano*, 1986, II, p. 19, con un comentario de Giovanni Fiandaca.

⁹ Normas de actuación de la duodécima disposición transitoria y final (apartado primero) de la Constitución. Al respecto, cf. Carlo Fiore: *I reati di opinione*, Padua: Cedam, 1972, pp. 80-82.

La Corte de Apelaciones de Milán absolvió a los imputados por inexistencia del hecho.¹⁰ Para la solución del caso recurrió a la teoría de la *instigación indirecta* sostenida primeramente por parte de la doctrina¹¹ y luego también por la Corte Constitucional en la sentencia interpretativa número 65, del 4 de mayo de 1970, sobre apología de delitos (en general).¹² Al adoptar esta posición, la Corte de Apelaciones se apartó de la sentencia ya señalada de la Corte de Casación, del 29 de marzo de 1985, referida específicamente a la apología de genocidio.

Antes de referirme a los argumentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones de Milán, es necesario exponer la posición sostenida por la Corte de Casación en su decisión de 1985. La propia Corte de Apelaciones comienza su argumentación con el análisis crítico de la sentencia de la Corte de Casación. La referencia era necesaria, por un lado, porque ése era el único caso de apología de genocidio que hasta el momento había sido resuelto por un tribunal italiano. Por el otro, porque la Corte de Apelaciones pretendía apartarse de la solución de la Corte de Casación esbozada específicamente respecto del delito de apología de genocidio, para plegarse a la opinión consolidada en materia de apología en general.

Para la Corte de Casación, las “características especiales” del delito de genocidio, al cual hacen referencia las conductas apologéticas, justificarían apartarse de la tesis de la *instigación indirecta* sostenida, ampliamente, por doctrina y jurisprudencia

¹⁰ La absolución se refirió a ambos delitos (apología de genocidio y apología de fascismo) basándose en las mismas argumentaciones teóricas. En este trabajo, para simplificar, hablaré únicamente de apología de genocidio.

¹¹ Cf. Vincenzo Manzini: *Trattato di diritto penale*, IV, Turín: Utet, 1950, p. 305; Francesco Antolisei: *Manuale di diritto penale*, vol. II, Milán: Giuffrè, 1991, p. 233; Pietro Nuvolone: *I reati della stampa*, Milán: Giuffrè, p. 1951. En contra de la reconstrucción de la apología como instigación indirecta cf. Vito Mormando: *L'istigazione: i problema generali Della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padua: Cedam, 1995, pp. 38 ss.

¹² La sentencia puede consultarse en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970, p. 933; en la misma dirección cf. la sentencia de la Corte Constitucional n.º 108, del 23 de abril de 1974, en *Foro Italiano*, 1970, I, p. 1545. Para un comentario sobre la definición de la apología de delito como instigación indirecta cf. Carlo Fiore: “Libera manifestazione del pensiero”, en *Archivio Penale*, 1971, II, pp. 15 ss.; Giovanni Boggetti: “Apologia di delitto punibile a’ sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell’articolo 414, comma ult. c.p.”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1971, pp. 18 ss.; Arturo Carlo Jemolo: “Lo Stato può difendersi”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970, p. 957; Paolo Cerase: “Sull’apologia e i reati di pericolo la Cassazione fa un salto indietro”, en *Cassazione Penale*, 1993, p. 1715; Valerio Onida: “Intorno all’apologia di reato”, en *Foro Italiano*, 1965, II, p. 5; Pietro Nuvolone: “Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell’ordinamento”, en *Legge Penale e libertà di pensiero. Atti del Convegno di Bressanone*, 1965, pp. 363 ss.; Alessandro Gamberini: “I ‘pensieri leciti’ della Corte Costituzionale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1973, p. 161. Sobre la jurisprudencia que, a consecuencia de la sentencia de la Corte Constitucional n.º 65, de 1970, interpreta la apología de delito como un delito de peligro concreto cf., entre otras, Corte de Casación (sala I) del 15 de junio de 2001, n.º 26 907, en *Rivista Penale*, 2001, p. 820; Corte de Casación (sala I) del 1 de noviembre de 1997, n.º 11 578, en *Cassazione Penale*, 1998, p. 2932. Para un análisis acerca de la interpretación de la citada sentencia de la Corte Constitucional por la Corte de Casación cf. Gustavo Zagrebelsky: *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale*, Franco Bricola y Gustavo Zagrebelsky (dirs.), Turín: Utet, 1984, pp. 449 ss.

respecto de la apología en general. Tal línea interpretativa, excepcional, se fundaría, según la Corte de Casación, en la “intolerable deshumanidad” y en el “odioso culto de la intolerancia racial” inherentes a la apología de un delito tan grave como el genocidio. Desde esta perspectiva, la apología de genocidio constituiría un delito de mera actividad, y el recurso a la sanción penal estaría justificado también en ausencia del peligro de “generar un contagio improbable” de propósitos genocidas. Con esto, la Corte de Casación dejaba de lado el requisito del peligro concreto como presupuesto necesario para que una conducta apologética pueda considerarse admisible conforme el artículo 21 de la Constitución (libertad de expresión), exigido por la Corte Constitucional en la decisión ya mencionada. La Corte de Casación arribaba a tal conclusión tras considerar los “resultados prácticos” a los que conduciría la exigencia de verificación de un peligro, pues, en su opinión, la apología de genocidio sería, en la mayor parte de los casos, un “delito imposible o que podría verificarse solamente en particulares contingencias histórico-políticas”. Como es evidente de esta breve reseña, y como ya ha sido señalado en doctrina, la sentencia de la Corte de Casación de 1985 se caracteriza por su rigorismo represivo.¹³

La decisión de la Corte de Apelaciones de Milán, al abandonar esta línea jurisprudencial, representa un giro positivo en cuanto a la interpretación del delito de apología de genocidio.

Como he adelantado, la decisión de la Corte de Apelaciones se basa en la teoría de la *instigación indirecta*, desarrollada por la doctrina y avalada por la Corte Constitucional en la ya mencionada sentencia n.º 65 de 1970, en la que estableció los requisitos necesarios para que el delito de apología (en general) sea conforme a la Carta Constitucional. La “apología punible es sólo aquella que, por sus modalidades, integra un comportamiento *concretamente idóneo* a provocar la reiteración de la conducta exaltada”,¹⁴ afirma la Corte de Apelaciones retomando, casi literalmente, las palabras de la misma Corte Constitucional.¹⁵ De tal modo —continúa la Corte de

¹³ Giovanni Fiandaca, anotación a la decisión de la Corte de Casación del 29 de marzo de 1985, cit., p. 20.

¹⁴ Cursivas añadidas. Como se verá enseguida, además del requisito de la idoneidad en concreto, la Corte Constitucional exige que la apología esté dirigida intencionalmente a provocar la comisión de futuros delitos.

¹⁵ En esta importante decisión la Corte Constitucional afirmó: “[...] la apología punible en el sentido del artículo 414 apartado 3 CP no consiste en [...] la pura y simple manifestación del pensamiento, sino aquella que por sus modalidades integra un comportamiento concretamente idóneo a provocar la comisión de delitos”. Con tal argumentación la Corte declaraba infundada la cuestión de ilegitimidad constitucional de la disposición citada. Esta posición ha sido confirmada por la Corte Constitucional en otras decisiones como, por ejemplo, la sentencia 108/74 sobre instigación al odio entre clases sociales, la sentencia 15/73 sobre manifestaciones sediciosas y, en fin, la sentencia 199/72 sobre la difusión de noticias falsas, tendenciosas y exageradas.

Milán—, la apología sería una forma de instigación indirecta caracterizada por el hecho de que “en ella, la inducción a la comisión de un determinado hecho se realiza a través de la exaltación de un hecho análogo”. La consecuencia inmediata de tal interpretación es la de convertir la figura de la apología —reconstruida de otra forma como delito de peligro abstracto— en un delito de peligro concreto. Así, para que el tipo en estudio asuma relevancia penal es necesario verificar la idoneidad, en el contexto de una manifestación apologética —en el caso, de genocidio y de fascismo—, a inducir a la comisión de un hecho de tal género. Por lo tanto, “no existe apología de genocidio cuando las palabras expresadas carezcan de los requisitos de idoneidad necesarios para integrar el delito *de quo*. Esto se verifica cuando puede excluirse su idoneidad a surtir efectos, incluso indirectos, de instigación, teniendo en cuenta el contexto histórico, político y social del país”.

En el caso concreto la Corte consideró que el mensaje antisemita era “inidóneo a representar un peligro concreto para la realización de conductas que el ordenamiento desaprueba y sanciona penalmente”,¹⁶ entre otras cosas, teniendo en cuenta que la “abrumadora mayoría es refractaria a recibir un mensaje antisemita”. Tal interpretación es presentada por la Corte de Apelaciones como la “única interpretación posible” a la luz del artículo 21 de la Constitución (libertad de expresión). En opinión de la Corte de Apelaciones ésta sería, por otra parte, la única posibilidad de adecuación a las obligaciones de tutela emergentes de la Convención internacional para la Prevención y Sanción del Genocidio (introducida en Italia con la ley 962/67),¹⁷ pues en la adecuación del derecho interno al derecho internacional no podrían derogarse los “vínculos impuestos por la Constitución”.

Aunque deba saludarse el abandono de la rigurosa posición de la Corte de Casación, la solución de la Corte de Apelaciones no está libre de objeciones. Si bien la tesis de la instigación indirecta reduce el ámbito de punibilidad de la apología —y la acerca a la lesión del bien jurídico—, esta solución no ataca, a mi juicio, el centro del problema. Si la punición de la manifestación de un pensamiento (ésta es la esencia de la punición del delito de apología) está en conflicto con el principio de la libertad de

¹⁶ A una conclusión análoga se llega respecto al delito de fascismo, que para ser punible debe consistir en una exaltación sugestiva capaz de determinar el resultado de la reconstitución del disuelto Partido Fascista.

¹⁷ Que exista una obligación internacional de implementar en el ámbito interno el delito de apología de genocidio es más bien dudoso. La Convención internacional para la Prevención y Sanción del Genocidio establece el deber de incriminar la incitación pública a cometer genocidio, pero la mera apología de genocidio va más allá de una incitación pública. En efecto, la ley 962 de 1967 ha incorporado todas las figuras previstas en los artículos II y III de la Convención sobre el Genocidio y, además, yendo más allá de las obligaciones de la Convención, ha incorporado otras figuras como la apología de genocidio.

expresión previsto en el artículo 21 de la Constitución, la solución correcta es la derogación de la norma en cuestión.

3. El terrorismo y su relación con los crímenes internacionales

La jurisprudencia italiana se ha ocupado recientemente de la distinción entre actos de terrorismo y crímenes de guerra en el caso en que la conducta en cuestión es cometida en el ámbito de conflictos bélicos. Tal cuestión era relevante para la determinación del derecho aplicable, esto es, si regían las normas del CP en materia de terrorismo o aquellas del derecho internacional humanitario. Esta problemática ha sido afrontada en diversas decisiones dictadas en el caso *Daki*, en el cual se investigaban diversas actividades de apoyo logístico a organizaciones paramilitares empeñadas contra el ataque estadounidense a Iraq en marzo del 2003. Las decisiones a las que hago referencia son las del Tribunal de Milán —juez de la audiencia preliminar— del 24 de enero de 2005, de la Corte de Apelaciones de Milán del 28 de noviembre de 2005 y de la sala I de la Corte de Casación del 17 de enero de 2007.¹⁸ Aunque tales decisiones examinan la relación de los actos de terrorismo con los crímenes de guerra

¹⁸ La sentencia de la Corte de Casación ha sido publicada en *Foro Italiano*, 2007, II, pp. 77 s. Para una síntesis y una visión crítica de la decisión del Tribunal de Milán del 24 de enero 2005 cf. Claudio Prezioso: *Lo "jus in bello" come limite alla categoria del terrorismo internazionale*, *Critica del Diritto*, 2005, Annata 1, en particular, pp. 110 s. Debe señalarse, por otra parte, que estas decisiones fueron dictadas en un momento en que la normativa sobre el terrorismo se encontraba en evolución: el decreto ley n.º 144, del 27 de julio de 2005, convertido luego en ley n.º 155, del 31 de julio de 2005, ha introducido los tipos de "alistamiento con finalidad de terrorismo también internacional" (artículo 270 *quater* CP) y "entrenamiento de actividades con finalidad de terrorismo" (artículo 270 *quinquies* CP). Esta reforma también introduce por primera vez una definición de las "conductas con finalidad de terrorismo" (artículo 270 *sexies* CP) y prevé, en fin, una nueva causa específica de expulsión administrativa basada en exigencias de prevención del terrorismo interno e internacional, de competencia del ministro del Interior. La solución del legislador italiano parte de la decisión marco n.º 2002/475/GAI. Al respecto, véase Tullio Padovani: "Art. 15: Nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo. D. l. 27.7.2005 n. 44-Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale", en *Legislazione penale*, 2005, pp. 557 ss. Sobre la definición de terrorismo en Italia véase Alessandro Gamberini: *Gli strumenti penali di contrasto al terrorismo internazionale: alcuni interrogativi sulla tecnica e sull'oggetto di tutela della nuova fattispecie di cui all'articolo 270 bis c.p.*, *Critica del diritto*, 2004, 1-3, pp. 69-76; Alessandro Gamberini, *Profili di diritto penale sostanziale dell'azione di contrasto del terrorismo*, 2006, conferencia ante el Consejo Superior de la Magistratura; Marco Mantovani: "Brevi note in materia di terrorismo internazionale", en *Giurisprudenza di Merito*, 2005, XXXVII, 6, p. 1370; Claudio Prezioso: *op. cit.*, pp. 105-121.

en modo marginal —reducida, en sustancia, al aspecto de la configurabilidad de un acto terrorista en tiempos de guerra—, ellas contienen, sin embargo, algunos puntos de interés.

En la decisión de primera instancia del Tribunal de Milán —juez de la audiencia preliminar— del 24 de enero de 2005 se efectúa una discutible distinción entre guerrilla y terrorismo. El tribunal afirma que, en particular en contextos bélicos, habría que distinguir entre *actividad de guerrilla*, la cual es definida como “violencia puesta en práctica por formaciones clandestinas e irregulares en el ámbito de contextos armados —civiles o internacionales— según la disciplina del *ius belli*” y dirigida exclusivamente contra objetivos militares, y *actividad de terrorismo*, que se caracteriza por el hecho de que la conducta “también en contextos bélicos” ataca “sin diferenciación, objetivos militares y civiles” con el fin de sembrar el terror entre la población. El “aspecto diferenciador” sería, por lo tanto, “el objetivo tenido en mira”.

También la decisión de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Milán del 28 de noviembre de 2005 procura identificar “las características esenciales que un acto debe tener para ser definido jurídicamente como terrorista”. Para la Corte, la distinción entre tiempos de paz y tiempos de guerra sirve para la identificación del acto terrorista, pues en tiempos de guerra sólo podrían ser calificadas como terroristas las conductas dirigidas *exclusivamente* contra la población civil. Desde esta óptica, el ataque suicida contra objetivos militares no es considerado como acto terrorista.

Finalmente, debe mencionarse la sentencia de la Sala penal I de la Corte de Casación del 17 de enero de 2007, que también examina el aspecto de la configurabilidad de actos terroristas en tiempos de guerra. La Corte de Casación afirma que es necesario “diferenciar el régimen jurídico en relación con la identidad de los sujetos activos y de las víctimas, en el sentido de que debe aplicarse la normativa del derecho internacional humanitario o bien la común, según que los hechos sean realizados por sujetos dotados de la calificación de combatientes y sean dirigidos contra civiles o contra personas no empeñadas activamente en las hostilidades. De esto se sigue que, según cambien estos requisitos de los sujetos, los actos de terrorismo pueden encuadrarse en la categoría de crímenes de guerra o bien en la de crímenes contra la humanidad”. Esta decisión, por otra parte, recurre a la Convención internacional sobre el Financiamiento del Terrorismo, de 1999, a fin de integrar el artículo 270 *sexies* CP, norma que define las conductas con finalidad de terrorismo.

Sin embargo, como ha sido indicado, tales consideraciones de la jurisprudencia no resultan demasiado claras para una coherente delimitación entre las categorías y ámbitos jurídicos señalados.¹⁹

4. Cumplimiento de órdenes de superiores

En cuanto al cumplimiento de órdenes superiores son muy interesantes algunas decisiones referidas a dos procesos que, aunque distanciados 40 años, conciernen al mismo hecho y llegan a conclusiones opuestas, específicamente en cuanto a la identificación del requisito de la ilegitimidad manifiesta como elemento que obsta a la operatividad de la eximente. Me refiero a los procesos *Kappler* y *Priebke*. En cuanto al primero es interesante la decisión del Tribunal Militar de Roma del 20 de julio de 1948.²⁰ Respecto del segundo, las decisiones del Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997²¹ y de la Corte Militar de Apelaciones de Roma del 7 de marzo 1998.²²

Los hechos en que se basan estas decisiones eran los siguientes. Con el fin de vengarse de la muerte de 32 soldados alemanes ocurrida tras la explosión de una bomba lanzada en marzo de 1944 por un grupo de partisanos italianos en via Rasella, Roma, Kappler, teniente coronel de las *Schutzstaffeln* alemanas, y Priebke, oficial de grado inferior, recibieron la orden de fusilar dentro de las 24 horas siguientes a un

¹⁹ Alessandro Gamberini y Claudio Prezioso: "La capacità espansiva della definizione di terrorismo, fra violenza in tempo di guerra ed atti eversivi", en curso de publicación en *Foro Italiano*.

²⁰ La sentencia puede consultarse en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1949, p. 216, con comentario de Roberto Ago. Sobre el caso Kappler, además del comentario de Ago, véase Enrico Amati: "L'esimente dell'ordine del superiore", en *Indice Penale*, 2001, p. 943, y Michele Pierdonati: "Il dubbio sul fatto processuale e sulla norma penale nel caso Kappler", en Enrico Mezzetti (dir.) *Diritto penale internazionale*, Turín: Giappichelli, 2006, pp. 19-49.

²¹ El texto de la sentencia se encuentra en *Cassazione Penale*, 1998, p. 668.

²² La sentencia puede consultarse en *Indice Penale* 1999, pp. 959 s. Sobre el caso Priebke, véase Alessandra Cacchiarelli: "Considerazioni di sintesi sul caso Priebke", en *Indice Penale*, 1999, pp. 1019 s.; Pasquale Bartolo: "Il caso Priebke e la sentenza della Corte Militare di appello di Roma (una condanna all'ergastolo che deve far riflettere sull'efficacia 'soggettiva' del giudicato penale e sull'ambito di operatività dei commi 3 e 4 dell'articolo 51 c.p.)", en *Indice Penale*, 1999, pp. 1037 s.; Sergio Moccia: "Una sentenza politica", en *Critica del diritto*, 1996, pp. 341 s.; Massimo Starita: "La questione della prescrittibilità dei crimini contro l'umanità: in margine al caso Priebke", en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1998, pp. 86 s.; Domenico Maltese: "La 'rappresaglia' delle Cave Ardeatine", en *Foro Italiano*, 1999, II, pp. 591 s.; Domenico Maltese: "Considerazioni sull'attentato di via Rasella", en *Foro Italiano*, 1999, II, pp. 429 s.; Walter Leszl: *Priebke. Anatomia di un processo*, Roma: Editori Riuniti, 1997, especialmente pp. 175 ss., 190 ss.; Véase también Michele Battini y Paolo Pezzino: *Guerra ai civili. Occupazione tedesca e politica del massacro. Toscana 1944, Venecia*: Saggi Marsilio, 1997, p. 254, nota 1, y A. Portelli: *L'ordine è già stato eseguito. Roma, le Fosse Ardeatine, la memoria.*, Roma: Donzelli, 2001.

número de ciudadanos italianos diez veces superior al de los alemanes muertos en el atentado. La orden fue cumplida y los hechos son conocidos como la *masacre de las Fosas Adreatinas*. Sin embargo, el número de ciudadanos italianos asesinados fue mayor que el ordenado; en efecto, los muertos ascendieron a 335, en lugar de los 320 que habrían ocurrido si se hubiera seguido estrictamente la orden de asesinar “diez italianos por cada alemán”.

Las decisiones mencionadas también se basan en el mismo derecho. Tanto *Kappler* como *Priebke* fueron juzgados por homicidio, como delito contra las leyes y los usos de la guerra, según el artículo 185 del CPMG,²³ que, de acuerdo con el artículo 13 del mismo Código, también se aplica a los miembros de las fuerzas enemigas como eran las SS nazistas. Y en ambos casos también se discutía sobre la operatividad de la eximente de la actuación en cumplimiento de una orden del superior prevista en el artículo 40 del Código Penal Militar de Paz (CPMP) —de aplicación también en tiempos de guerra—. Si bien a la época de la decisión del caso *Priebke* el artículo 40 CPMP había sido derogado —fue derogado por la ley n.º 382, de 11 de julio de 1978— y regía —como ahora—, también respecto del derecho penal militar, el artículo 51 del CP, el artículo 40 CPMP seguía siendo aplicable por ser la ley del momento del hecho. Según esta disposición, en caso de actuación en cumplimiento de una orden del superior, responde sólo quien ha dado la orden, salvo que se trate de una orden manifiestamente ilegítima, caso en el cual responden tanto el superior como el ejecutor de la orden.

Como he anticipado, las decisiones en los procesos *Kappler* y *Priebke* llegan a soluciones diferentes acerca de cuál es el criterio para considerar a la orden manifiestamente ilegítima y, por lo tanto, para que no opere la eximente del cumplimiento de la orden del superior.

En el caso *Kappler*, el Tribunal Militar de Roma trató separadamente la muerte de las primeras 320 personas de las 15 muertes en exceso de la orden. En cuanto

²³ El artículo 185 del CPMG sanciona los actos de violencia realizados por causas ajenas a la guerra, sin necesidad o sin motivo justificado, por militares italianos contra personas civiles del Estado enemigo o bien por habitantes de los territorios ocupados contra militares italianos. Este tipo penal, en virtud del principio de especialidad, ha sido considerado aplicable en lugar del tipo normal de homicidio. Sobre esta disposición y sobre la falta de adecuación de la legislación italiana respecto al derecho de Ginebra cf. el capítulo sobre los delitos militares en David Brunelli y Gabriele Mazzi: *Diritto penale militare*, Milán: Giuffré, 2007. En la acusación tanto de *Kappler* como de *Priebke* —aunque con ciertas variaciones— se parte del presupuesto de la existencia de un estado de guerra entre Italia y la Alemania ocupante, con la consecuente aplicabilidad de la Convención de La Haya de 1907 sobre la situación de ocupación bélica.

conciene a estas últimas, Kappler fue condenado. Por la muerte de las otras 320, en cambio, fue absuelto en virtud de haber actuado en cumplimiento de una orden. El 25 de octubre de 1952 el Tribunal Supremo Militar confirmó la sentencia de primera instancia y la decisión devino irrevocable cuando las Salas Unidas de la Corte de Casación declararon inadmisibile el recurso interpuesto por Kappler referido a los hechos por los que había sido condenado.

En lo que concierne a la orden del superior es especialmente interesante la decisión del Tribunal Militar de Roma. Esta decisión, que reconoció la aplicabilidad de la eximente en caso de crímenes internacionales, analizó especialmente el requisito de la manifiesta ilegitimidad de la orden. Para la comprobación de este requisito el Tribunal puso el acento sobre el autor: no es suficiente con que la orden haya sido objetivamente ilegítima, sino que, además, el autor debía conocer esto. Entonces, para determinar si la orden es manifiestamente ilegítima es necesario probar que el autor haya ejecutado la orden *conociendo* su ilegitimidad. El Tribunal finalmente expresó que ciertas circunstancias le hacían dudar sobre el conocimiento de Kappler acerca de la ilegitimidad de la orden:

[...] la ciega obediencia que el imputado se había formado prestando servicio en una organización con una rigidísima disciplina, el hecho de que órdenes con el mismo contenido habían sido ejecutadas precedentemente en las varias zonas de operaciones, la circunstancia de que una orden del Jefe de Estado y Comandante Supremo de los Fuerzas Armadas, por la gran fuerza moral que tenía, no puede no disminuir, especialmente en un militar, aquella libertad de juicio necesaria para una exacta valoración, son elementos que llevan al Colegio a considerar que no puede afirmarse con seguridad que Kappler haya tenido conocimiento y voluntad de obedecer a una orden ilegítima.

Todos estos datos objetivos han llevado a los jueces a afirmar la existencia de la eximente basada en un error sobre el contexto en el que actuaba. En efecto, la visión deformada de la realidad de parte de Kappler provocó una distorsión de sus facultades de representación, hasta el punto de determinar una cierta dificultad para percibir realmente el desvalor del hecho. El Tribunal se encontró, así, en una situación de incertidumbre sobre el conocimiento de la manifiesta criminalidad de la orden y, recurriendo a la regla del *in dubio pro reo*, absolvió al imputado.²⁴

²⁴ Más profundamente sobre este aspecto, Michele Pierdonati: o. cit., pp. 41-48.

El segundo caso relevante respecto de la orden del superior es el caso *Priebke*. La decisión del Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997 adopta un criterio diferente al utilizado en Kappler para determinar si la orden era manifiestamente ilegítima. En efecto, el Tribunal sostiene básicamente un criterio objetivo. Así, una “orden es manifiestamente criminal cuando el tipo medio de persona es capaz de advertir su desvalor penal”. El Tribunal afirma, sin embargo, que este criterio objetivo debe ser complementado por dos consideraciones subjetivas. La primera es que cuando el autor conoce la criminalidad de la orden, aunque no fuera manifiesta, puede prescindirse de una valoración objetiva. La segunda es que no en todos los casos puede prescindirse de la valoración que el inferior, en relación con las particularidades operativas del servicio, pueda efectuar de los diversos elementos de hecho de los cuales depende la constatación de la criminalidad de la orden.

También la Corte Militar de Apelaciones de Roma, en su decisión del 7 de marzo de 1998, rechaza el criterio subjetivo seguido en Kappler y adopta un criterio objetivo para determinar la manifiesta criminalidad de la orden. Merece la pena destacar que para fundamentar su decisión la Corte de Apelaciones recurrió al derecho internacional. Así, consideró que las órdenes para cometer tales delitos violaban abiertamente el “derecho internacional vigente” y los “principios elementales de humanidad”. La manifiesta criminalidad de los actos y de las órdenes a cometer dichos actos serían perceptibles a todos, pues:

[...] la dimensión de la juridicidad [...] supone criterios de valoración capaces de imponerse a todos los seres humanos que tengan ciertas características y con una personalidad no afectada por particulares patologías. En efecto, si un grupo de individuos, por motivos y con modalidades que la historia ha esclarecido sólo en parte, decide modificar los parámetros de referencia de la juridicidad como consecuencia del cambio ocurrido de los imperativos de la moral y de los cánones de la convivencia de los hombres, la tarea del derecho es la de oponerse a tales operaciones, bajo pena de su misma negación, esto es, la derrota de los valores para la tutela de los cuales vive y es aplicado.²⁵

El derecho penal es llamado aquí a una “prueba de resistencia”, de cuyo resultado depende la verificación de aquella capacidad de “orientación” de los comportamientos que le es exigida.

²⁵ Cf. Corte Militar de Apelaciones, 7 de marzo de 1998, cit., p. 975.

Por lo tanto, la Corte Militar de Apelaciones identificó una vinculación entre la naturaleza de los crímenes de guerra cometidos por Priebke y el concepto de manifiesta criminalidad de la orden.

5 • Imprescriptibilidad

Las decisiones del Tribunal Militar de Roma del 22 de julio de 1997²⁶ y de la Corte Militar de Apelaciones de Roma del 7 de marzo de 1998 en el caso *Priebke* también abordan la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra —en el caso a Priebke se le atribuía el delito de homicidio (delito contra las leyes y usos de la guerra), artículo 185 del CPMG.

El Tribunal Militar de Roma negó la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y también la posibilidad de lograr tal consecuencia a través de calificar a los hechos como crímenes de lesa humanidad, categoría dentro de la cual incluyó al genocidio, pues a ello se opondría el principio de legalidad penal. Al hacer esto, el Tribunal dejó en claro que el principio irretroactividad de la ley penal también rige en el juzgamiento de crímenes internacionales. Merece la pena citar un pasaje de esta decisión:

Aquello atribuido a Priebke, en efecto, al menos formalmente, es un crimen de guerra y no puede ser calificado como “crimen contra la humanidad” al solo fin de hacerlo imprescriptible: esto está impedido por el hecho de que el delito de “genocidio” ha entrado en nuestro ordenamiento jurídico sólo desde 1967 y el principio de irretroactividad de la ley penal representa un principio fundamental de la civilidad jurídica contemporánea, además que de la Carta Constitucional de la República Italiana.

La Corte Militar de Apelaciones reconoció, en cambio, la imprescriptibilidad del delito atribuido a Priebke. Para ello recurrió, principalmente, a argumentos provenientes del derecho nacional, pero también, para reforzar sus conclusiones, al dere-

²⁶ El texto se encuentra en *Cassazione Penale*, 1998, p. 668.

cho internacional. El argumento principal de la Corte se basa en una interpretación *a contrario* del artículo 157 CP, norma que establece los diferentes tiempos de prescripción de los delitos según el monto de pena conminado en la ley. Dado que el artículo 157 no hace referencia a los delitos sancionados con pena de reclusión a perpetuidad, el Tribunal deriva de ahí que ellos son imprescriptibles. Para la Corte, no sólo son imprescriptibles los delitos que la ley conmina siempre con pena de reclusión perpetua, sino también aquellos, como era en el caso en análisis, en que esta sanción se aplica únicamente si concurren ciertas circunstancias agravantes. En el caso, las circunstancias agravantes de la aplicación de sevicias y crueldad contra las personas y de la premeditación eran las que convertían la pena de reclusión temporal en reclusión perpetua (artículo 577, números 3 y 4, en relación con el artículo 61, número 4, CP).

Aunque para la Corte ya es suficiente este argumento basado en el derecho nacional, también recurre al derecho internacional en apoyo de esta conclusión (“sostén interpretativo”). Es preciso mencionar que el Ministerio Público había sostenido que los crímenes atribuidos a *Priebke* eran crímenes de lesa humanidad y por ende imprescriptibles. La Corte consideró que la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad, afirmada en la Convención internacional de 1968, tiene “carácter de *jus cogens*” y que dicha Convención podía aplicarse al caso bajo examen sin lesionar el principio de irretroactividad de la ley penal. De manera curiosa, la Corte consideró que este principio no se vulneraba, porque:

[...] en 1968, el delito imputado no estaba prescripto a causa de la interrupción de la prescripción operada con la sentencia pronunciada el 25 de octubre de 1952 por el Tribunal Supremo Militar contra Kappler, efecto valedero “para todos los que han cometido el delito”, según el artículo 161, apartado 1, CP.

Según esta concepción, entonces, toda extensión del tiempo de la prescripción o una declaración de imprescriptibilidad *ex post facto* sería admisible siempre que ella interviniera en un momento en el cual el delito aún no estaba prescrito, ¡y esto es precisamente una ley penal *ex post facto*! Pero volvamos a la argumentación de la Corte. Como último punto en sostén de la imprescriptibilidad, la Corte recurrió al artículo 10.1 de la Constitución, que establece que el ordenamiento jurídico italiano debe conformarse a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas.

6. Ejecución de condenas de tribunales penales internacionales

En el caso *Jelusic* se han planteado algunas interesantes cuestiones en relación con la ejecución, en Italia, de sentencias de condena impuestas por tribunales internacionales.

Con base en el acuerdo celebrado entre Italia y la ONU relativo a la ejecución de sentencias del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), del 6 febrero de 1997 (convertido en ley número 207, de 7 de junio de 1999), a Italia se le solicitó la cooperación para la ejecución de la pena de cuarenta años de privación de la libertad impuesta por el TPIY a Goran Jelusic.²⁷ De acuerdo con la normativa procesal interna es necesario, antes de proceder a dicha ejecución, que la autoridad nacional competente —la Corte de Apelaciones de Roma— reconozca la sentencia extranjera y determine la pena a ejecutar. En el caso en examen, se planteó el problema de si podía ejecutarse en Italia la condena a cuarenta años de privación de la libertad impuesta por el TPIY, dado que la ley italiana de implementación del Estatuto del TPIY (ley 120, del 14 de febrero de 1994) establece que la pena a ejecutarse en Italia no puede superar los treinta años de reclusión.

La Corte de Apelaciones de Roma, en su decisión del 31 de enero de 2002,²⁸ reconoció la sentencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY y, en consecuencia, aceptó que pudiese ser cumplida en Italia la pena de cuarenta años de privación de la libertad, aun cuando esta última excedía el límite máximo de treinta años de reclusión previsto por la legislación nacional antes indicada. Esta decisión fue impugnada por la Defensa de Jelusic. A consecuencia de este recurso, el 14 de diciembre de 2003 la Corte de Casación²⁹ anuló, sin reenvío, la sentencia de la Corte de Apelaciones en lo que concernía a la duración de la pena y redeterminó la pena a cumplir en treinta años de reclusión (artículo 620 letra l, CPP).

Antes de exponer los argumentos ofrecidos por la Corte de Apelaciones de Roma y la Corte de Casación es necesario reconstruir, aunque brevemente, el marco

²⁷ La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Cámara de Apelaciones el 5 de julio de 2001.

²⁸ Esta decisión no está publicada.

²⁹ El texto de la sentencia se encuentra publicado en *Cassazione Penale*, 2003, pp. 1162 ss., con un comentario de Ersilia Calvanese; cf. también el comentario de Alberto Perduca y Incola Piacente en *Diritto e Giustizia*, 2003, pp. 10, 14.

normativo que sirvió de base a las decisiones de estos tribunales. Como enseguida se pondrá de manifiesto, para la solución del caso eran aplicables tanto normas nacionales como internacionales, y entre dichas fuentes no existía una adecuada coordinación. La falta de coordinación aludida se pone de manifiesto claramente con las soluciones contradictorias de ciertas disposiciones de la Ley de Implementación del Estatuto del TPIY, por un lado, y el acuerdo celebrado entre Italia y la ONU antes aludido, por el otro.

La contradicción es la siguiente. El artículo 7.4, de la Ley de Implementación del Estatuto del TPIY establece: “La Corte de Apelaciones, cuando pronuncia el reconocimiento, determina la pena que debe ser cumplida en el Estado. A tal fin, convierte la pena de detención establecida por el Tribunal Penal Internacional en pena de reclusión. En cualquier caso, *la duración de la pena no puede exceder de treinta años de reclusión*”.³⁰ El artículo 2.4, *de la versión italiana* del acuerdo entre Italia y la ONU confirma esta solución al establecer que las autoridades nacionales competentes, al pronunciarse sobre el reconocimiento de la sentencia extranjera, “*decidirán [...] con aplicación del artículo 7 apartados 2, 3 y 4*”³¹ de la citada Ley de Implementación.³² Sin embargo, el artículo 3.1 de dicho acuerdo ordena una solución diferente, pues establece que “al ejecutar la pena pronunciada por el Tribunal Internacional, las autoridades nacionales competentes del Estado requerido *estarán vinculadas a la duración de la sentencia*” de condena.³³

Ahora sí me ocuparé de los argumentos de las decisiones mencionadas. Como he dicho, la Corte de Apelaciones reconoció la sentencia del TPIY y la posibilidad de ejecutar, en Italia, una pena de cuarenta años de privación de la libertad. Para arribar a esta conclusión la Corte analizó la relación existente entre la Ley de Implementación del Estatuto del TPIY y el acuerdo entre Italia y la ONU, y concluyó que el artículo 7.4 de la Ley de Implementación debía considerarse derogado en virtud del artículo 3.1 del acuerdo citado, en razón del principio de especialidad. Justificó tal

³⁰ Cursivas añadidas.

³¹ Cursivas añadidas.

³² Como hemos señalado en el texto, sólo la versión italiana del acuerdo se refiere expresamente al artículo 7 de la ley de implementación del Estatuto del TPIY. La versión inglesa, que por otra parte es la versión auténtica, se limita a prever genéricamente la necesidad de que la decisión sea conforme al derecho interno: “The competent national authorities of the requested State shall promptly decide upon the request of the Registrar, *in accordance with national law*” (cursivas añadidas). Esta diferencia es importante porque las argumentaciones de las decisiones aquí comentadas, especialmente aquella de la Corte de Casación, se basan en el texto italiano.

³³ “In enforcing the sentence pronounced by the International Tribunal, the competent national authorities of the requested State shall be bound by the duration of the sentence”.

solución en las obligaciones asumidas por Italia a través de la firma de dicho acuerdo. Afirmó, al respecto, que Italia había aceptado aplicar “un cuerpo de leyes sustanciales para los crímenes contra la humanidad, aun cuando éstas prevean penas diversas a las previstas en la legislación interna italiana”. Este razonamiento es desarrollado, por otra parte, subrayando la diferencia entre una sentencia penal extranjera (reconocida en Italia únicamente a los fines de la ejecución de la pena) y una sentencia pronunciada por un tribunal internacional, pues en este último caso lo que se aplica es un “derecho sustancial común”. La Corte de Apelaciones sostuvo, además, que las normas internacionales tienen una jerarquía superior y prevalecen sobre las normas internas del Estado italiano, y afirmó que Italia ha reconocido “por un lado, el carácter internacional y la intangibilidad de la pena impuesta por el Tribunal Internacional [...], y, por el otro, en la fase sucesiva de la ejecución de la sentencia, el poder de supervisión del Tribunal Internacional [...]”.

La Corte de Casación, como he adelantado, sostiene una posición diversa. A su juicio, el artículo 7.4 de la Ley de Implementación no puede considerarse derogado, dada la referencia textual a esta disposición contenida en el artículo 2.4 de la versión italiana del acuerdo. Por el contrario, esta referencia confirmaría la vigencia del límite de los treinta años respecto de penas de privación de la libertad impuestas por el TPIY que deban ejecutarse en Italia. Para la Corte de Casación, tal interpretación sería coherente con la normativa de derecho interno sobre el sistema sancionador, con el principio constitucional de la igualdad de tratamiento de las personas condenadas y también con el artículo 27 del Estatuto del TPIJ, que establece que la detención se desarrollará según las normas del Estado de ejecución.³⁴ La Corte también señala, como una suerte de corroboración de su argumentación, que la misma solución ha sido seguida por la ley 981, del 2 de agosto de 2002, referida a la cooperación con el TPIR.³⁵ En razón de estos argumentos la Corte de Casación concluye que el artículo

³⁴ Esta disposición establece: “La pena de detención será cumplida en un estado designado por el Tribunal Penal Internacional de una lista de Estados que han indicado al Consejo de Seguridad su voluntad a aceptar personas condenadas. Dicha pena de detención será conforme al derecho aplicable del Estado en cuestión y sujeta a la supervisión del Tribunal Internacional”. El original inglés establece: “*Enforcement of sentences.* Imprisonment shall be served in a State designated by the International Tribunal from a list of States which have indicated to the Security Council their willingness to accept convicted persons. Such imprisonment shall be in accordance with the applicable law of the State concerned, subject to the supervision of the International Tribunal”.

³⁵ El artículo 7 apartado 4 de esta ley establece, en efecto, que “la Corte de Apelaciones de Roma, cuando pronuncia el reconocimiento, determina la pena que debe ser cumplida en el Estado. A tal fin convierte la pena de detención establecida por el Tribunal internacional en pena de reclusión. En todo caso, la pena no puede exceder la de treinta años de reclusión”. Esta referencia no parece útil, sin embargo, para la interpretación de la normativa sobre la cooperación con el TPIY.

3 del acuerdo debe entenderse referido a la fase de ejecución en sentido estricto, esto es, a un estadio sucesivo a aquel del reconocimiento de la sentencia y de determinación de la duración de la pena. A este estadio, en cambio, se referirían el artículo 7.4 de la Ley de Implementación y el artículo 2.1 de la versión italiana del acuerdo. Solucionado de este modo el conflicto interpretativo antes señalado, la Corte de Casación llega al resultado de que el tribunal italiano competente, al determinar la pena en la decisión sobre el reconocimiento de la sentencia del TPIY, no puede exceder el límite máximo de treinta años de reclusión.

Lista de sentencias utilizadas

- Caso *Acosta*, decisión de la Corte de Assise de Roma (2007).
- Caso *Cuccullo*, decisión de la Corte de Apelaciones de Milán (2001).
- Caso *Daki*, decisión del Tribunal de Milán (2005).
- Caso *Daki*, decisión de la Corte de Apelaciones de Milán (2005).
- Caso *Daki*, decisión de la Corte de Casación (2007).
- Caso de los *Hinchas del Varese*, decisión de la Corte de Casación (1985).
- Caso *Jelusic*, decisión de la Cámara de Apelaciones de Roma (2001).
- Caso *Jelusic*, decisión de la Corte de Casación (2003).
- Caso *Kappler*, decisión del Tribunal Militar Territorial de Roma (1948).
- Caso *Priebke*, decisión del Tribunal Militar Territorial de Roma (1997).
- Caso *Priebke*, decisión de la Corte Militar de Apelaciones de Roma (1998).
- Caso *Suárez Mason*, decisión de la Corte de Assise de Roma (2000).

1 • Introducción.

Los procesos por crímenes internacionales celebrados en España

1.1. Las dictaduras argentina y chilena

Los primeros procesos abiertos en nuestro país por crímenes internacionales han sido los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas iniciados en los juzgados centrales de instrucción n.º 5 y 6 de la Audiencia Nacional (AN) en los sumarios abiertos a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena.¹ Como es sabido, el ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar la extradición a España de Pinochet por encontrarse “gravemente enfermo”. Pero el proceso siguió su curso respecto de otros acusados: Adolfo Scilingo (condenado a más de mil años de prisión por el Tribunal Supremo español, de los que solo cumplirá 25,² a no ser que el Tribunal Constitucional anule la sentencia), Ricardo Miguel Cavallo, Hernán Julio Brady Roche y Juan Carlos Fotea.

¹ Comas de Argüemir: “La aplicación judicial del principio de justicia universal en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 174; A. Gil Gil: “España”, en Eser, Sieber y Kreicker (eds.): *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, vol. 4, Berlín, 2005, pp. 181 ss.

² STS 1/10/2007.

1.2. Caso Castro

Las decisiones de la AN de 4 y 5 de noviembre animaron a la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, principalmente del ámbito latinoamericano. La AN, en un auto de 4 de marzo de 1999, rechazó la pretensión de enjuiciar a *Fidel Castro* con el argumento de que, al tratarse de un jefe de Estado en activo, gozaba de inmunidad según el derecho internacional consuetudinario.³

1.3. Caso Guatemala

El caso *Guatemala* dio lugar al primer pronunciamiento del TS español sobre la competencia de nuestros tribunales en aplicación del principio de justicia universal (STS de 25 de febrero de 2003). El 2 de diciembre de 1999 doña Rigoberta Menchú Tum presentó denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados conjunta e indistintamente a los generales Efraín Ríos Montt y Óscar Humberto Mejías Víctores, que ocuparon sucesivamente la jefatura del Gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente Fernando Romeo Lucas García y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el Gobierno, la Policía y el Ejército. El caso llegó al TS, que hizo una interpretación sumamente restrictiva del principio de justicia universal en su sentencia de 25 de febrero de 2003.⁴ La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 anuló la STS de 25 de febrero de 2003 por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En esta sentencia el TC refuta la jurisprudencia del TS en materia de persecución de crímenes internacionales según el principio de jurisdicción universal. En concreto, se rechaza el principio de subsidiariedad que había adoptado el TS, el cual se sustituye por el de concurrencia, según el cual se debe ceder la competencia a una

³ En dicho auto la Audiencia afirma: "La jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrela se refiere), en cuanto a que uno de los querrellados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España, la soberanía del pueblo cubano [...]".

⁴ Sobre la misma véase B. García Sánchez: *Límites a la Ley penal en el espacio*, Atelier, 2004, pp. 119 ss.; A. Gil Gil: *Bases para la persecución de crímenes internacionales en España*, Comares, 2006, pp. 52 ss.; ídem: "España", en Ambos y Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 358 ss.

jurisdicción concurrente preferente como la del territorio, pero ello no implica en ningún caso la obligación de que el denunciante acredite plenamente la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como pretendía la AN. Rechaza también el TC la existencia en derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral (no dispuesto en un convenio internacional) del principio de jurisdicción universal que argumentó el TS, y en especial rechaza la exigencia de un punto de conexión como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la presencia del acusado en territorio español. Todos ellos son, según el TC, requisitos establecidos *contra legem* y son contrarios al fundamento y los fines del principio de jurisdicción universal; los dos primeros además desnaturalizan el principio y conducen a la derogación de facto del artículo 23.4 de la LOPJ.

En opinión del TC, la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente, su persecución y sanción constituyen no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los estados, cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. La Audiencia Nacional, en ejecución de la STC 237/2005, ha dictado nueva resolución en el *caso Guatemala* admitiendo su competencia por auto 178/2006 de 16 de febrero. En estos días está comenzando en España ante la AN el juicio por el *caso Guatemala*, en el que se juzga a los acusados por genocidio contra el pueblo maya y por torturas.

1.4. Caso Couso

En octubre del 2005 se inició el primer proceso en nuestro país por crímenes de guerra cometidos por ciudadanos norteamericanos en Irak, en el llamado *caso Couso*. Por auto del Juzgado de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2005, se dictó orden internacional de busca, captura y detención a efectos de extradición contra tres militares estadounidenses acusados de crímenes de guerra por causar la muerte de dos periodistas, uno de ellos español (José Manuel Couso, de

la cadena Telecinco), en el ataque al hotel Palestina de Bagdad, donde se alojaba la prensa internacional.

1.5. Caso Tíbet

Por auto de 10 de enero de 2006 la Audiencia Nacional, siguiendo la reciente decisión del TC que acabo de comentar, ha afirmado su jurisdicción para conocer del delito de genocidio contra la población tibetana imputado a las autoridades chinas. Se abre por tanto un nuevo proceso por crímenes internacionales ante la jurisdicción española: el del genocidio del Tíbet.

1.6. Caso Falun Gong

También en relación con China se ha abierto en España un nuevo caso por genocidio, por la persecución de los miembros del movimiento Falun Gong. El 6 de junio de 2006 el Tribunal Supremo resolvió el recurso presentado contra la decisión de la Audiencia Nacional que había inadmitido a trámite la querrela presentada por 15 víctimas en septiembre del 2004, y acatando la reciente doctrina del TC, que sin embargo crítica como equivocada a lo largo de 16 páginas, obliga a la Audiencia a investigar los presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en China contra los seguidores del movimiento Falun Gong. Las acusaciones se dirigen contra el actual presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino, que fue secretario del Comité Municipal de Pekín entre 1997 y 2002. El Gobierno chino ha protestado por esta decisión.

Todos estos procesos han dado lugar a una amplia gama de decisiones a menudo contradictorias, de distintos tribunales: la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, en diversas materias, desde la interpretación y el ámbito del principio de jurisdicción universal, hasta el concepto de crimen contra la humanidad, pasando por la relevancia de amnistías o la aplicación del principio de legalidad. A continuación exponemos detalladamente los aspectos más destacables de toda esta jurisprudencia.

1.7. Otros procesos

Además de los señalados se abrieron en España otros procesos —por ejemplo, contra la dictadura peruana—⁵ y en la actualidad se siguen también procesos por genocidio y torturas en el Sahara⁶ y por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y terrorismo en Ruanda.⁷

2. Análisis de la jurisprudencia

2.1. Crímenes internacionales (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión)

2.1.1. *La interpretación del concepto de genocidio*

a) *Primera interpretación de la Audiencia Nacional: concepto amplio de genocidio*

El pleno de la Sala de lo Penal de AN, los días 4 y 5 de noviembre de 1998,⁸ dictó sendos autos en los que reconoció la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile. En ellos hizo una interpretación sumamente amplia del delito de genocidio. La AN afirmó que el concepto “social” de genocidio incluye la destrucción de cualquier grupo humano, en una argumentación sorprendente que prescinde del concepto “jurídico” y del tenor literal de la ley.⁹ Para demostrar la existencia de ese pretendido concepto “social”, acudió a textos anteriores a la tipificación del delito de genocidio, como la definición de los crímenes contra la humanidad del Estatuto de Londres y a la redacción del antiguo artículo 137 *bis* que tan criticado fue por la doctrina por apartarse de la regulación y del concepto internacional de

⁵ STS de 20/05/2003 sobre jurisdicción de los tribunales españoles en el caso de la dictadura peruana

⁶ Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional de 29/10/2007.

⁷ Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional de 6/02/2008.

⁸ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 5/11/1998 (sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Chile), fundamento de derecho 5.º, y auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 5 de noviembre de 1998 (sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Argentina), fundamento de derecho 5.º.

⁹ Su argumentación sería equiparable a la afirmación aberrante de que, puesto que socialmente (e incluso en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia) se califica de asesino al homicida, podríamos aplicar la pena agravada del art. 139 CP a todo el que matare a otro, con independencia de que concurran o no las circunstancias del tipo agravado.

genocidio. E incurriendo, en mi opinión, en una evidente analogía *in malam partem* afirmó que “grupo nacional” no significa “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino “simplemente grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”. Evidenciando su confusión de los conceptos *genocidio* y *crímenes contra la humanidad* afirmó que “el entendimiento restrictivo del tipo que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de sida”, entre otros ejemplos, y concluyó que “todas las víctimas reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar”.

Ello le permitió calificar como genocidio —y por lo tanto extender su jurisdicción sobre ellos— los delitos cometidos por las dictaduras chilena y argentina contra personas sospechosas de ser adversarios políticos o simplemente disidentes del régimen,¹⁰ siguiendo la argumentación de el juez instructor que había comprendido en el concepto de genocidio el llamado “autogenocidio”.¹¹

b) *Segunda interpretación de la Audiencia Nacional:
concepto restringido de genocidio*

En su sentencia de 16/2005, de 19 de abril, la Audiencia Nacional abandona la calificación como genocidio de los hechos imputados al acusado Scilingo y los califica como delito de lesa humanidad, optando por un concepto estricto de genocidio, pero queriendo salvar al mismo tiempo la corrección de la calificación inicial para el momento en que se hizo, lo que en mi opinión la lleva a una argumentación difícil y contradictoria:

¹⁰ Contra esta interpretación amplia del concepto de genocidio véase Gil Gil: *Bases...*, o. cit., pp. 5 ss.; el informe del Instituto Max Planck sobre la posibilidad de persecución en Alemania de las violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica en los casos argentino y chileno —publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 8 C, 1999, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 441 ss.—; Schabas: *Genocide in international Law*, 2000, pp. 114-120; B. Feijoo Sánchez: “El genocidio en el derecho penal español”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 8 C, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 559 ss. A favor, sin embargo, Serrano Piedecasas: “El delito de genocidio. Especial referencia al ‘caso Pinochet’”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 1505 ss., y Gómez Benítez: “El exterminio de grupos políticos en el derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 4, 2000, pp. 151 ss. y 157.

¹¹ Sobre las interpretaciones erróneas de la expresión *destrucción parcial*, incluidas la del juez español Baltasar Garzón en la acusación contra Augusto Pinochet y la de la Audiencia Nacional en los autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, véase A. Gil Gil: *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 181 ss.; ídem: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, 1999, pp. 145 ss.

La Sala rechaza la calificación propuesta de delito de genocidio, si bien con los matices que a continuación se verán. En el momento actual, y recalamos que se trata del momento actual, en atención a los hechos que estrictamente se consideran probados, éstos no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el art. 607 del Código Penal. Entre los elementos definidores del tipo penal están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, debiéndose entender que como tal grupo, sin incluirse a los grupos no estables en sí mismos como tales grupos, lo que excluiría específicamente a los grupos políticos. La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el “autogenocidio”, es decir la destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir “subgrupos” diferenciados por la ideología. Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superestricta y restringida del delito de genocidio en el momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código Penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter más amplio, y que obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado. No obstante, en el momento de la producción del hecho y hasta la entrada en vigor de este precepto, era correcta su tipificación penal como delito de genocidio. Sobre este tema se volverá con posterioridad.¹²

Me parece evidente que la definición y el concepto legal de genocidio no han cambiado porque se introduzca en nuestro CP la figura de los crímenes contra la humanidad, y que la actual correcta interpretación estricta del delito de genocidio que hace la Audiencia lo único que viene a demostrar es que en el momento anterior, en el que no se contemplaban en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad, se realizó una interpretación errónea de este tipo para englobar conductas que no se corresponden con él.¹³

c) *La interpretación del TS*

El concepto amplio de genocidio ha sido descartado en la sentencia del TS de 1 de octubre de 2007,¹⁴ en la que nuestro alto tribunal adopta el criterio estricto de genocidio y declara que los crímenes cometidos por la dictadura argentina no constituyen genocidio sino crímenes contra la humanidad.¹⁵

¹² SAN n.º 16/2005 de 19 de abril, Fundamento jurídico primero, 6.

¹³ Véase sobre ello con mayor detalle A. Gil Gil: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r1 (2005), pp. 2-4.

¹⁴ STS 1/10/2007.

¹⁵ Véase A. Gil Gil: “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del TS en el caso Scilingo”, en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional* (en prensa).

2.1.2. Crímenes de guerra

En octubre del 2005 se inició el primer proceso en España por crímenes de guerra cometidos por ciudadanos norteamericanos en Irak (*caso Couso*). La Audiencia Nacional calificó de crímenes de guerra los asesinatos de dos periodistas, uno de ellos español (José Manuel Couso, de la cadena Telecinco), en el ataque al hotel Palestina de Bagdad, donde se alojaba la prensa internacional.¹⁶ Sin embargo, por auto de 8 de marzo de 2006 la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional archivó las actuaciones argumentando falta de dolo (error en la identificación del enemigo), lo que excluye la calificación de crimen de guerra según los Convenios de Ginebra y con ello la jurisdicción de los tribunales españoles según el artículo 23.4.i de la LOPJ.¹⁷ Contra dicho auto se han interpuesto varios recursos de casación que fueron resueltos por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de diciembre de 2006, en la que casó la resolución anterior de la Audiencia Nacional alegando que la falta de dolo no es un “hecho notorio”, sino que deberá ser investigado en el momento procesal oportuno y una vez declarada la jurisdicción de los tribunales españoles sobre los hechos. Sin embargo, el TS no pudo pronunciarse en esta sentencia sobre la corrección o no de la calificación jurídica de los hechos.¹⁸

¹⁶ Los hechos, a juicio del instructor, merecen la calificación de un delito contra la comunidad internacional del art. 611.1, en relación con el art. 608.3, y de un delito de asesinato del art. 139, todos ellos del Código Penal español.

¹⁷ “La Sala de instancia examina los elementos concurrentes en el hecho denunciado, poniendo de relieve que tanto para el delito de ‘crimen de guerra’ del art. 611 del CP (en relación con el IV Convenio de Ginebra —arts. 146 y 147— y con el Protocolo I Adicional —art. 79—) como el delito de asesinato del art. 139 del CP debe concurrir un ‘dolo intencional’, que, en su opinión, no concurre en el hecho de autos; y afirma, a este respecto, que ‘es un hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación’ (el subrayado es nuestro), que no estamos ante un ‘acto intencional doloso’ sino ante un ‘acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado’, habida cuenta de que ‘la intervención de las comunicaciones iraquíes pone en alerta al ejército americano que desde el Hotel Palestina [...] existe una unidad iraquí desde la que se dirige el tiro de artillería contra las unidades norteamericanas’, de todo lo cual, viene a concluir que ‘no concurren los elementos típicos necesarios para constituir la figura penal del art. 611.1.º, en relación con el art. 608.3.º del CP’ y con las infracciones graves del IV Convenio de Ginebra, arts. 146 y 147’ —v. FF. JJ. 7.º y 9.º del auto recurrido—. (Recogido en el fundamento de derecho tercero y quinto de la sentencia del TS de 11/12/2006.)

¹⁸ F. J. 12.º: “En todo caso, finalmente, parece oportuno destacar también que la presente resolución —como es obvio— no hace ninguna valoración jurídica sobre los hechos denunciados más allá del necesario reconocimiento provisionalísimo de que los mismos podrían constituir los delitos que, por las razones expuestas, justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles competentes en la materia; pues corresponde a la fase de instrucción procesal allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la ulterior calificación jurídica de tales hechos”.

2.1.3. Crímenes de lesa humanidad

La sentencia de la Audiencia Nacional 16/2005, de 19 de abril, supone la primera condena en España por delitos de lesa humanidad en aplicación del artículo 607 *bis*, introducido en nuestro ordenamiento por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Lo primero que llama la atención de esta sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional es el cambio de calificación jurídica de los hechos respecto de la propuesta por el juez instructor Baltasar Garzón y la solicitada por la acusación particular. La Audiencia Nacional abandonó la calificación como genocidio y calificó como delito de lesa humanidad. La calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad me parece absolutamente correcta¹⁹ y así lo ha confirmado después el TS. La AN se esfuerza incluso en argumentar la presencia de todos los elementos típicos, incluido el contexto, lo que resulta digno de alabanza.

En opinión de la Audiencia, la definición del delito de lesa humanidad en nuestro Código Penal viene establecida sobre la base de la comisión de un hecho concreto: homicidio, lesiones, detenciones ilegales, etc. (delito subyacente), en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. La Audiencia Nacional se apoya en la jurisprudencia del Tribunal de la antigua Yugoslavia para extraer los siguientes caracteres del crimen contra la humanidad:

- 1) El crimen tiene que ser cometido directamente contra una población civil (ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic [Trial Chamber], 22.02.2001; [Appels Chamber] 12.06.2002, § 90).
- 2) No es necesario que sea contra la totalidad de la población, pero sí un número suficiente, representativo de ella (ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 90).
- 3) La población ha de ser predominantemente civil. (ICTY Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 180; Naletilic and Martinovic [Trial Chamber], 31.03.2003, § 235; Jelusic [Trial Chamber], 14.12.1999, § 54).

¹⁹ Véase A. Gil Gil, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 8 C, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 512.

- 4) La presencia de no civiles no priva del carácter civil a la población. (Prosecutor v. Kupreskic et ál. [Trial Chamber], 14.01.2000, § 549).
- 5) Procede hacer una interpretación amplia del concepto de *población civil* (Jelusic [Trial Chamber], 14.12.1999, § 54; Prosecutor v. Kupreskic et ál. [Trial Chamber], 14.01.2000, § 547-549).
- 6) La protección se refiere a cualquier población civil, independientemente de que sea a la propia población civil (Vasilejevic [Trial Chamber], 29.11.2002, § 33).
- 7) La exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político “de facto”.
- 7) El ataque debe ser “generalizado o sistemático” (Kunarac, Kovac and Vukovic [Trial Chamber], 22.02.2001, § 431). (Generalizado: Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 179; BlasKic [Trial Chamber], 3.03.2000, § 206; Martinovic [Trial Chamber], 31.03.2003, § 236. Sistemático: Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 94; Naletilic and Martinovic [Trial Chamber], 31.03.2003, § 236; BlasKic [Trial Chamber], 3.03.2000, § 203.)
- 8) Es el ataque el que debe ser “generalizado o sistemático”, no los actos del acusado.
- 9) Puede ser calificado como crimen contra la humanidad un simple acto, si está en conexión con un ataque “generalizado o sistemático” (Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 178; Kupreskic et ál. [Trial Chamber] 14.01.2000, § 550).
- 10) Es necesario tener en cuenta que existen muchos factores definidores de cuándo un ataque es “generalizado o sistemático” y que son inferibles del contexto.
- 11) Los ataques deben ser masivos o sistemáticos, o ejercerse en el marco de una política o plan estatal, pero no es imprescindible que se dé este último elemento.
- 12) Intencionalidad: el autor debe tener el propósito o intención de cometer los delitos subyacentes (Vasilejevic [Trial Chamber], 29.11.2002, § 37).
- 13) Los motivos del sujeto resultan irrelevantes (Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 103; Tadic [Appels Chamber],

- 15.07.1999, § 270-272; Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 187).
- 14) Resulta irrelevante si los actos son directamente contra la población civil o simplemente contra una persona concreta. Lo relevante es que el ataque sea contra la población civil y no los actos concretos (Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 103).
 - 15) La intencionalidad discriminatoria solo es necesaria para el delito de persecución (Tadic [Appels Chamber], 15.07.1999, § 283,292,305; Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 186; BlasKic [Trial Chamber] 3.03.2000, § 244, 260; Todorovic [Trial Chamber], 31.07.2001, § 113).
 - 16) Conocimiento: el autor debe tener conocimiento de que participa en un ataque generalizado o sistemático, o alternativamente admite el riesgo de que sus actos formen parte de él (Vasilejevic [Trial Chamber], 29.11.2002, § 37; BlasKic [Trial Chamber], 3.03.2000, § 257; Krnojelac [Trial Chamber] 15.03.2002, § 59). Debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto.
 - 17) No es necesario el conocimiento de los detalles del ataque (Kunarac, Kovac and Vukovic [Appels Chamber], 12.06.2002, § 102; Krnojelac [Trial Chamber], 15.03.2002, § 59).
 - 18) No es necesario que el partícipe deba aprobar el contexto del ataque en el que se enmarcan sus actos (Kordic and Cerkez [Trial Chamber], 26.02.2001, § 185).
 - 19) Este conocimiento del contexto es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, la función o posición del acusado dentro de él, su relación con las jerarquías políticas o militares, la amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etc. (BlasKic [Trial Chamber], 3.03.2000, § 258-259).
 - 20) Tratándose de delitos subyacentes, en caso de homicidio no es necesario el cadáver para la existencia del delito (Krnojelac [Trial Chamber], 15.03.2002, § 326).

²⁰ En mi opinión resulta cuestionable la calificación de los hechos imputados a Scilingo como delito de terrorismo, además de que no me parece defendible que la relación entre el delito de terrorismo y los crímenes de lesa humanidad sea de concurso de leyes.

La sentencia de la Audiencia Nacional en el *caso Scilingo* ha apreciado también acertadamente que los delitos de lesa humanidad consumen a los delitos comunes subyacentes (lo que no resulta tan convincente es que consuma también al delito de terrorismo).²⁰ Sin embargo, resulta contradictorio que condene por *un* único “delito de lesa humanidad: 1.º con causación de 30 muertes alevosas [...]; 2.º con también realización de detención ilegal [...]; 3.º con causación de tortura grave [...]”, en lugar de por 32 delitos de lesa humanidad. La pena establecida, cuya medición me parece correcta, se ha calculado sumando las penas correspondientes a cada uno de los resultados, es decir, apreciando un concurso real de crímenes contra la humanidad, idea absolutamente acertada pero que es contradictoria con la afirmación de que se ha cometido un solo delito de lesa humanidad. Esta última afirmación resulta incompatible, además, con la doctrina mayoritaria que asigna a los delitos contra la humanidad la protección de bienes jurídicos personalísimos fundamentales,²¹ y es esta concepción precisamente la que permite apreciar la consunción de los correspondientes delitos comunes.²²

Aunque la calificación de los hechos es correcta, la sentencia era muy criticable por numerosos defectos, como la infracción de los principios de legalidad y de irretroactividad, la relajación en la prueba, la imputación a título de autor de delitos en los que el acusado no ejecutó ni tuvo el dominio del hecho, etcétera,²³ y por ese motivo fue casada por el TS.²⁴

²¹ Grupo de Estudios de Política Criminal: *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, n.º 6, 2002, p. 33. Sobre la imposibilidad dogmática mayoritariamente aceptada de apreciar una unidad delictiva en los supuestos de lesión de varios bienes jurídicos individuales personalísimos, véase Maiwald: *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964, pp. 80 ss.; A. Gil Gil: “Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, n.º 4, 1999, p. 787.

²² La exigencia de que los crímenes contra la humanidad sean cometidos en el marco de una acción sistemática o a gran escala no impide considerar que cada ataque individual contra un bien jurídico fundamental cometido en dichas circunstancias constituye un crimen contra la humanidad, de la misma manera que cada acto considerado violación grave del derecho de la guerra constituye un crimen de guerra. Véase A. Gil Gil: “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal*, 2003-1, Buenos Aires, p. 236. De la misma opinión, M. Ch. Bassiouni: *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, p. 248; H. Meyrowitz: *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l’humanité et de l’appartenance a une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, p. 255; Dixon, en Triffterer (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden: Nomos, 1999, art. 7, p. 125, marg. 9; Sunga, en Ambos y Guerrero (comps.): *El Estatuto de Roma de la CPI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 249; Ambos y Wirth: “The current Law of crimes against Humanity”, en *Criminal Law Forum* 13: 2002, p. 17, 35, citando jurisprudencia del TPIY y el TPIR.

²³ Véase mi comentario en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005, pp. 7 ss.

²⁴ STS 1/10/2007.

2.2. La relación entre crímenes internacionales y terrorismo

La sentencia de la Audiencia Nacional en el *caso Scilingo* ha apreciado que los delitos de lesa humanidad consumen al delito de terrorismo.²⁵

2.3. Otras problemáticas clásicas de derecho penal internacional: retroactividad de la ley penal y alcance del principio de legalidad en derecho penal internacional

La sentencia de la Audiencia Nacional 16/2005, de 19 de abril, supuso la primera condena en España por delitos de lesa humanidad en aplicación del artículo 607 *bis*, introducido en nuestro ordenamiento por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 y, sin embargo, se aplicó a hechos cometidos hace treinta años.

A este respecto hay que recordar que el artículo 25 de la Constitución española dispone:

1) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento. [...]

2) El artículo 9.3 de la Constitución española dice:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Y el artículo 2 del CP:

1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

²⁵ En mi opinión resulta cuestionable la calificación de los hechos imputados a Scilingo como delito de terrorismo, además de que no me parece defendible que la relación entre el delito de terrorismo y los crímenes de lesa humanidad sea de concurso de leyes. Respecto de la calificación como terrorismo, la sentencia (SAN n.º 16/2005 de 19 de abril, fundamento jurídico primero) había afirmado previamente: "7. Calificación por delito de terrorismo. La Sala igualmente rechaza que se trate exclusivamente de un delito de terrorismo. Resulta cierto que se dan en el caso los elementos típicos penales del delito de terrorismo (elemento estructural y teleológico de esta clase de delitos), pero los hechos van más allá y contienen otros elementos que solo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala se decanta por esta última calificación, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos".

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. [...]

La doctrina española suele incluir como concretas exigencias del principio de legalidad, además de la reserva de ley, el principio de tipicidad o taxatividad de la ley penal, la prohibición de la analogía y la irretroactividad de la ley penal desfavorable.²⁶ En mi opinión, la regulación del principio de legalidad en nuestro derecho, que recoge un principio de legalidad férreo y estricto, impide que los tribunales penales apliquen directamente costumbres internacionales, ya que estas no pueden responder a las exigencias tanto formales²⁷ como materiales que nuestro ordenamiento atribuye a este principio,²⁸ y por tanto tampoco se puede apelar a la preexistencia de una costumbre internacional para justificar la aplicación retroactiva de un precepto, como ha hecho la AN en este caso.

La Sala afirmaba, en cambio, que ello no suponía infracción alguna del principio de legalidad. Argumentaba que la norma penal de derecho interno del artículo 607 *bis* en realidad incorporaba en el derecho español una norma preexistente de derecho internacional público, que además gozaba del carácter de *ius cogens* internacional y por tanto tenía validez obligatoria *erga omnes*. Reconocía la Sala que la norma internacional no establece la sanción penal y, a pesar de ello, el tribunal se declaró vinculado tanto por la norma interna como por la internacional, cuando en realidad la constatación de la ausencia de una sanción penal determinada en la norma internacional debería haberlo llevado al reconocimiento de su carácter *non self executing*, lo que impide sin más la aplicación directa por el tribunal interno.²⁹ En cambio, el tribunal, tras reconocer la inaplicabilidad de la norma internacional hasta que se incorpore al ordenamiento interno, argumenta que el mandato o la prohibición que la norma interna incorpora existía ya con anterioridad y, por tanto, que su aplicación no sería retroactiva respecto del mandato o la prohibición que recoge. Con esta argumentación obviaba el tribunal dos problemas fundamentales: primero, el de la taxatividad como requisito de un principio de legalidad férreo propio de nuestro ordena-

²⁶ Véase A. Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pág. 87 nota 105, con ulteriores citas.

²⁷ El Tribunal Constitucional ha interpretado que el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 CE exige la existencia de una ley en sentido formal, anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. Véanse, entre otras, las sentencias 25/1984, de 23 de febrero; 3/1988, 21 de enero; 101/1988, de 8 de junio; 29/1989, de 6 de febrero; 69/1989, de 20 de abril puente, 150/1989, de 25 de septiembre; 219/1989, de 21 de diciembre, etc.

²⁸ Véase sobre ello Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 93 ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 95 ss.

miento y que la costumbre es incapaz de proporcionar; segundo, el referido al principio de legalidad de las penas.

La costumbre como fuente de derecho penal no puede, en mi opinión, cumplir con las exigencias que el ordenamiento, la jurisprudencia y la doctrina españoles atribuyen al principio de legalidad: ni con la garantía formal que el Tribunal Constitucional atribuye al principio de legalidad,³⁰ ni con el fundamento democrático de dicha garantía formal, ni, sobre todo, con su vertiente material, que consiste no solo en la preexistencia del mandato o la prohibición, sino también en la exigencia de taxatividad.³¹ Que la costumbre internacional no cumple con la exigencia de taxatividad es especialmente evidente en el delito de lesa humanidad, cuya definición ha evolucionado notablemente desde Núremberg hasta nuestros días, como la propia Sala reconoce.³² Baste solo recordar que en el momento en que se elaboró el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (1991) todavía no estaba muy clara la existencia de un crimen contra la humanidad independiente de la situación de guerra en el derecho internacional consuetudinario.³³ Si la Sala realmente hubiese querido ser respetuosa con el principio de legalidad, debería haber indagado cuál era el concepto de crimen contra la humanidad en la costumbre internacional en el momento en que se cometieron los hechos, lo que resulta prácticamente imposible, dada la falta de taxatividad de una costumbre.³⁴

³⁰ Véase supra la nota 27.

³¹ Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 87 ss., con ulteriores citas doctrinales y jurisprudenciales.

³² La doctrina española va más lejos y entiende que incluso la redacción de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma es incompatible con la exigencia de taxatividad de nuestro principio de legalidad, lo que ha motivado la sustitución de fórmulas abiertas contenidas en la mencionada regulación por la enumeración de conductas concretas a la hora de introducir este delito en el Código Penal español. Véase *Grupo de Estudios de Política Criminal*, o. cit., pp. 32, 38 y 39.

³³ El profesor Bassiouni, especialista en el crimen contra la humanidad y padre del informe del secretario general de las Naciones Unidas que dio luego origen al Estatuto del TPIY, declaraba en un congreso en Siracusa que, en la definición del crimen contra la humanidad en el mencionado Estatuto, había introducido la necesidad de una relación con la guerra porque no estaba seguro de que existiese una norma internacional consuetudinaria en aquel momento que reconociese el crimen contra la humanidad independiente y el informe del secretario general había recogido la intención de aplicar sólo derecho internacional preexistente. Posteriormente, sin embargo, el TPIY afirmó en sus sentencias que en la actualidad tal requisito de conexión con la guerra no pertenece al concepto de crimen contra la humanidad. En qué momento de la evolución histórica del crimen contra la humanidad se puede afirmar que desaparece este requisito de la norma consuetudinaria internacional es algo prácticamente imposible de determinar.

³⁴ No hay que olvidar tampoco que el propio nacimiento y la evolución del crimen contra la humanidad ha supuesto una larga conquista frente al principio de no intervención en asuntos internos y, por ello, tanto la ampliación del crimen como la reducción de este principio que podemos constatar en la actualidad son el fruto de muchos años de evolución. Véase sobre ello Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 106 ss. También hay que tener en mente que no estamos tratando realmente aquí de si la conducta que se le imputa al acusado estaba prohibida claramente en el momento de los hechos, pues matar a otro estaba evidentemente prohibido tanto en el Código Penal argentino como en el español, sino de si se le puede aplicar al acusado un precepto del Código Penal español que entró en vigor el año pasado, que regula un delito más grave que el de homicidio o asesinato, y de los argumentos que se utilizan para ello. En contra del argumento de que basta la preexistencia de la prohibición de la conducta básica véase también Malarino, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Max Planck Institut y Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 59-60.

La Sala argumenta, en contra de una posible crítica a la falta de taxatividad de la costumbre, que el principio de legalidad debe relajarse en derecho internacional, por lo que es suficiente la *lex* expresada en normas consuetudinarias y principios generales del derecho, aunque sea ambigua e insegura. Cita como precedente digno de alabanza los juicios de Núremberg, que tan duras críticas merecieron, incluso en nuestra doctrina, por infringir gravemente los principios de legalidad y de irretroactividad,³⁵ y repite incluso alguno de los argumentos que se dieron en aquella época para fundamentar la inaplicación del principio y que resultan absolutamente inaceptables en un Estado de derecho.³⁶

Al respecto debo contestar que la relajación admisible en el principio de legalidad internacional debe referirse únicamente a los aspectos formales, pero no a su contenido material,³⁷ y solo opera en el ámbito internacional —teniendo en cuenta que no todos los Estados entienden este principio en el mismo sentido—, pero no en su aplicación por los tribunales nacionales como derecho interno.³⁸ La interacción de fuentes del derecho internacional permite cumplir con el requisito de taxatividad mediante la codificación de la costumbre.³⁹ Si es el texto escrito el que dota de taxatividad a la costumbre internacional, solo a partir de la codificación podrá admitirse una aplicación de la *lex* respetuosa con el principio de legalidad.⁴⁰ Así lo ha entendi-

³⁵ Véanse las opiniones recogidas por Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 66 ss. Entre los autores españoles sumamente críticos con la infracción del principio de legalidad en estos procesos están Jiménez de Asúa, Cerezo Mir y Gimeno Sendra, entre otros.

³⁶ Como el de que el principio de legalidad nació para proteger al individuo frente al Estado, pero no para proteger a criminales que atacan masivamente los derechos más elementales de los ciudadanos. En contra de este argumento “falaz” véase Malarino: o. cit., p. 53. Los principios y garantías se aplican y protegen a todos por igual y en el momento en que empezamos a hacer excepciones dejan de ser principios generales y garantías y corremos el riesgo de perder el Estado de derecho.

³⁷ Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 87 ss.

³⁸ Sobre el principio de legalidad en derecho penal internacional y su relación con el principio de legalidad previsto en la legislación española, Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., 66 ss. Andrés Domínguez: *Derecho penal internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 88 ss., en especial p. 99. Como con razón se señala, el principio de legalidad del ordenamiento español no debe ceder ante el principio de juridicidad o de legalidad penal internacional.

³⁹ Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 88 ss.

⁴⁰ La tipificación de la conducta en el ámbito internacional mediante su cristalización en un tratado internacional no añade simplemente un plus de taxatividad a modo de adorno innecesario, como la Sala pretende, sino que aporta precisamente la taxatividad y certeza que exige el principio de legalidad. Respecto del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que también menciona la sentencia, véase Gil Gil: *Derecho penal internacional*, o. cit., pp. 73 ss., y más abajo la nota 43. Como señala Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español*, t. I, Madrid, 2004, p. 203, en realidad estos textos no hacen referencia al principio de legalidad tal y como se entiende en nuestro derecho, sino a un principio de legalidad en sentido amplio, o principio de juridicidad. Algunos países, como Alemania o Argentina, han formulado reservas a estos preceptos precisamente por considerarlos incompatibles con el principio de legalidad tal y como este se recoge en sus constituciones. Véase Jescheck: *Lehrbuch*, p. 133, nota 25; *Tratado*, p. 142, nota 31; Malarino: o. cit., p. 57; Ferrante, en Sancinetti y Ferrante: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 442, para quien esto demuestra “la explícita actitud del Estado argentino contraria a privar al derecho

do el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que, celoso del respeto a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal desfavorable y deseoso de superar las críticas de que se hicieron merecedores los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, establece su aplicación únicamente a partir de su entrada en vigor.⁴¹ Pero si esto es así en derecho internacional, mucho más en el derecho interno, en el que no puede admitirse ninguna relajación del principio de legalidad.

Al Tribunal se le olvida que no es un órgano internacional que aplica normas internacionales ni tampoco siquiera un órgano interno que aplica derecho internacional —pues, como ha reconocido, la norma internacional no era *self executing*—, sino un órgano jurisdiccional interno que aplica derecho interno en un Estado de derecho con un sistema de *civil law*, y su actuación está sujeta a los principios y garantías de su propio ordenamiento, aun cuando estos no existieran o fueran diferentes en otros ordenamientos.⁴² Los tribunales españoles están estrictamente ligados al principio de legalidad recogido en la Constitución española, sin que pueda admitirse ningún tipo de relajación por el carácter del delito enjuiciado o del delincuente.⁴³ Conforme a nuestra Constitución, no hay forma de argumentar que supuestas normas de derecho penal internacional prevalezcan sobre los derechos y garantías previstos en la Consti-

penal internacional de la garantía del principio de legalidad”. (La cursiva ha sido añadida para destacar que una falta de declaración explícita no supone aceptar dicha privación en contra de los mandatos constitucionales en el castigo de crímenes internacionales por los tribunales internos.)

⁴¹ Art. 24.

⁴² Lo que ya he puesto en duda o al menos matizado respecto del ordenamiento internacional. El tribunal cita jurisprudencia de otros países (que no aplican directamente una costumbre internacional sino leyes internas (Israel caso *Eichmann*) o el Estatuto del Tribunal de Núremberg, que fue incorporado al ordenamiento de numerosos países —donde, por cierto, el concepto de crimen contra la humanidad es mucho más restringido que el recogido en el 607 bis CP español, principalmente por la exigencia de vinculación con la guerra—, aunque ciertamente las aplicaron retroactivamente con los consabidos argumentos de que el hecho era punible en la costumbre internacional o que el principio de legalidad cedería ante un principio superior de justicia (así, por ejemplo, Francia, caso *Barbie*; Países Bajos, caso *Menten*, etc.). Véase Ambos: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, pp. 190 ss.; ídem: *La parte general del derecho penal internacional*, pp. 85-86). Crítico con la infracción del principio de legalidad en los procesos internos, véase Jescheck: “Rauter Case”, en *EPIL*, inst. 4, p. 166. Esta jurisprudencia resulta incompatible con las exigencias de ley (en sentido formal) previa, y además ley orgánica, para el establecimiento y la aplicación de tipos delictivos y de penas en el ordenamiento español. Véanse los arts. 25 y 9.3, 25 y 81.1 de la Constitución Española y, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Constitucional español citadas supra nota 27.

⁴³ Crítico con esta idea de la relajación del principio de legalidad en el derecho interno respecto de los delitos internacionales desde la doctrina argentina, Malarino: o. cit., pp. 53 ss., quien desde la naturaleza compleja del derecho penal internacional concluye que el *nullum crimen*, como garantía fundamental consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, debe ser aplicado estrictamente, incluso tratándose de crímenes internacionales, lo que coincide con la posición del gobierno argentino, que hizo una reserva al segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También Alemania, lo que revela “la explícita actitud del Estado argentino contraria a privar al derecho penal internacional de la garantía del principio de legalidad” —el entrecorillado pertenece a Ferrante, citado por Malarino, p. 57—. Defiende por tanto Malarino, con razón, que, frente a un principio de legalidad propio del derecho internacional que ofrece menos garantías que el reconocido por el derecho interno, la solución del conflicto en favor de aquella norma que prevea mayores garantías resulta la única acorde con el Estado de derecho, donde la gravedad de los delitos no debe llevar a una disminución de las garantías básicas.

tución española.⁴⁴ Y si es el artículo 607 *bis* el que ha dotado de taxatividad a la norma internacional, solo una aplicación de este a hechos posteriores a su entrada en vigor puede ser respetuosa con el principio de legalidad.

Frente a la posible crítica de la infracción del principio de legalidad de las penas, alega la Sala que el acusado disponía de la certeza y previsibilidad de las penas aplicables a los hechos por el derecho penal interno argentino, aunque no existiera un específico delito de lesa humanidad. Sin embargo, el tribunal no le aplica la pena que hubiera correspondido según el derecho penal argentino de la época (obviamente, no puede hacerlo), que es, según acaba de decir, la previsible para el acusado, sino la del artículo 607 *bis*.⁴⁵ Pero es que además el argumento es peregrino, pues cuando el artículo 2 del CP español declara que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración, no establece una excepción para los hechos que fuesen sancionables con otra calificación por una ley distinta a una pena distinta; la única excepción a la irretroactividad la suponen los casos de retroactividad de la ley penal favorable. Para poder aplicar la pena prevista en el artículo 607 *bis* con carácter retroactivo, el tribunal tendría que poder argumentar que se trataba de una ley más favorable que la aplicable en el momento de comisión de los hechos. Pero esta argumentación no es posible, pues el crimen contra la humanidad incorpora un plus de injusto y de pena del que carecen los delitos comunes aplicables a los hechos antes de su incorporación al Código,⁴⁶ y ni siquiera con la aplicación del genocidio podría haberse llegado a una pena tan alta como la que surge de la aplicación del artículo 607 *bis*.⁴⁷

⁴⁴ Véanse los arts. 93 a 96 de la CE, en especial el art. 95. En el mismo sentido respecto del derecho argentino, Malarino: o. cit., y los votos particulares de los magistrados Belluscio, Fayt y Vázquez a la Sentencia de la Corte Suprema argentina del 24 de agosto de 2004 (caso *Arancibia Chabel*), para quienes el derecho internacional no puede entenderse como derogatorio de los derechos fundamentales y las garantías reconocidos en la Constitución nacional, sino como complementario de ellas, y el carácter aberrante de los hechos imputados no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente y el abandono del principio *nullum crimen*, cuyo reconocimiento tantos siglos ha costado a la humanidad.

⁴⁵ Por cierto, según la ley argentina aplicable en el momento de comisión de los hechos, el condenado a una pena de prisión perpetua podía acceder a la libertad condicional a los 20 años de cumplimiento, y quedaba sometido a determinadas condiciones por un plazo de 10 años, con lo que la pena de prisión perpetua quedaba en una pena de 30 años, 10 de ellos cumplidos en libertad.

⁴⁶ Dejando al margen ahora los problemas de jurisdicción.

⁴⁷ El homicidio con agravante constitutivo de genocidio tiene asignada una pena de prisión de 15 a 20 años (art. 607.1.1.º), mientras que por cada muerte agravada constitutiva de crimen contra la humanidad la pena establecida es de prisión de 20 a 30 años. El asesinato en el anterior Código Penal estaba castigado con reclusión mayor en grado máximo, pero con la redención de penas por el trabajo la pena de un asesinato (y también la de un concurso de asesinatos) se quedaba en un máximo de 20 años de cumplimiento.

El principio de legalidad de las penas exige, sin embargo, que la pena esté determinada antes de la comisión del delito, y la doctrina española estima incluso que un marco penal excesivamente amplio es contrario a dicho principio.⁴⁸

Esta sentencia fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo. Este no admitió la argumentación de la Audiencia Nacional y en su sentencia de 1 de octubre de 2007 casó la sentencia que acabamos de comentar, por infracción de los principios de legalidad e irretroactividad. Afirmó, como había dicho la doctrina española, que los tribunales españoles sujetos a un principio de legalidad estricto no pueden aplicar delitos previstos en costumbres internacionales ni aplicar retroactivamente penas.

2.4. Prescripción/imprescriptibilidad

La sentencia de la AN contra Scilingo hace referencia a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en su fundamento jurídico 5.º. A pesar de que esta fue introducida en el CP español mucho después de la comisión de los hechos que se enjuician, lo cierto es que la AN no hace referencia alguna al precepto español, sino a la regulación de la imprescriptibilidad en tratados y en la costumbre internacional, y por lo tanto no entra en la discusión sobre si los preceptos que señalan los plazos de prescripción son normas penales o procesales en relación con el principio de irretroactividad.

El TS, al casar la sentencia de la Audiencia, no apeló a ninguna supuesta norma internacional consuetudinaria, sino que afirmó que los hechos no se hallaban prescritos según el derecho interno aplicable.

2.5. Jurisdicción universal

2.5.1. Delitos perseguibles según este principio

a) Genocidio

Parece claro que nuestra LOPJ establece la competencia por el principio de jurisdicción universal sin duda alguna sobre el delito de genocidio. Así lo han inter-

⁴⁸ Cerezo: o. cit., p. 207; Rodríguez Mourulo: en NEJ, t. XVI, Barcelona, 1971, p. 890; Grupo de Estudios de Política Criminal: o. cit., p. 32, en referencia a la escasa determinación de las penas en el Estatuto de Roma.

pretado, como hemos ido viendo a lo largo de las resoluciones comentadas (casos Chile-Argentina, Guatemala, Tíbet, Falun Gong), la AN, el TS y el TC, aunque algunas de estas decisiones hayan intentado poner límites al ejercicio de ese principio que comentaremos más adelante.

b) *Crímenes de guerra*

También admiten nuestros tribunales la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra cuando estos constituyan violaciones graves de los Convenios de Ginebra, por efecto de la interacción del artículo 23.4.i de la LOPJ con lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra, tal como lo ha reconocido el TS en el *caso Couso* (STS 11/12/2006) fundamentos jurídicos 7.º y 12.º *in fine*.

No creo, en cambio, que los tribunales españoles sean competentes por el principio de jurisdicción universal para la persecución de crímenes de guerra cometidos en conflictos internos, pues ni en los Convenios de Ginebra ni en el Protocolo II se establece la obligación para los Estados parte de perseguir estos delitos con independencia de su lugar de comisión.

c) *Torturas*

Más dudosa es la jurisdicción universal sobre el delito de torturas. Los jueces instructores de la AN no se han puesto de acuerdo: mientras Garzón la afirmaba en el *caso Chile-Argentina*, Ruiz Polanco la negaba en la instrucción del *caso Guatemala*, en mi opinión con mejor criterio. El TS, por su parte, la redujo al principio de personalidad pasiva.

En relación con el antiguo apartado *g* —hoy *i*— del artículo 23.4,⁴⁹ se pretendió argumentar la jurisdicción española, con base en el principio de justicia universal, sobre el delito de tortura, aludiendo al artículo 5 de la Convención contra la

⁴⁹ Propone una interpretación excesivamente amplia de este precepto, que en mi opinión es contraria a su tenor literal, García Sánchez: *Límites*, pp. 139 s., para quien este precepto debería incluir todos los delitos que afecten a intereses internacionales declarados por los tratados internacionales, ya sea expresa o tácitamente, y que hayan sido ratificados por España, lo que incluye la tortura. En mi opinión resulta evidente que el art. 23.4.i no extiende la jurisdicción de nuestros tribunales sobre todos los delitos contra intereses internacionales, sino solo sobre aquellos respecto de los cuales España haya adquirido el compromiso convencional de perseguirlos aun cuando se hayan cometido fuera de fronteras y por extranjeros, lo que solo sucede de momento respecto de las graves violaciones de los Convenios de Ginebra.

Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.⁵⁰ Sin embargo, en mi opinión este artículo no obliga a España a castigar el delito de tortura con independencia del lugar de su comisión, como sería necesario para aplicar la letra *i*, sino solo a juzgar en el caso de negarse una extradición que aquí no se ha solicitado (es precisamente el juez español el que solicita la extradición arrogándose la competencia).⁵¹ El juez de Instrucción de la AN Guillermo Ruiz Polanco tampoco estimó aplicable el artículo 5.2 de la Convención para fundamentar el principio de persecución universal de la tortura en el *caso Guatemala*.⁵² La AN, en los autos en que confirma la jurisdicción de los tribunales españoles en los casos de Chile y Argentina, no entra a analizar estos problemas y pasa de puntillas sobre el tema de la existencia o no de competencia de los tribunales españoles sobre el delito de torturas con base en la Convención de 1984.⁵³ El TS, en su sentencia de 25 de febrero de 2003 en el *caso*

⁵⁰ “Art. 5: 1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

“a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

“b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;

“c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

“2. Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

“3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

⁵¹ Gómez Benítez, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 64 ss., pero todos los textos y opiniones que cita defienden la capacidad, no la obligación, de los Estados de asumir la competencia por ese principio, mientras que para aplicar el apartado g debe tratarse de una obligación de asumir la competencia, no de una mera facultad. En su opinión, la obligación del art. 49 del I Convenio de Ginebra de hacer comparecer ante los tribunales propios a los autores de crímenes de guerra o entregarlos a otra parte para su enjuiciamiento es muy parecida a la obligación *aut dedere aut iudicare* que contiene la Convención contra la Tortura. Sin embargo, en mi opinión es clara la diferencia esencial entre ambos preceptos. El principio *aut dedere aut iudicare* no obliga a buscar a delincuentes que no están en poder del Estado y pedir su extradición para juzgarlos, mientras que el art. 49 sí. Por eso el apartado g es aplicable a los Convenios de Ginebra pero no a la tortura.

⁵² El Juzgado de Instrucción n.º 1 de la AN, en auto de 27 de marzo de 2000, había declarado su competencia para el conocimiento de los hechos y, en consecuencia, había desestimado la solicitud de archivo formulada por el Ministerio Fiscal. El auto del Juzgado de Instrucción defiende que de la documentación presentada por los demandantes se infiere que los hechos se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social (fundamento de derecho primero) y declara su competencia para conocer del delito de genocidio con base en el art. 23.4.a LOPJ (fundamento de derecho segundo). En cambio, respecto de los delitos de terrorismo y torturas dice que quedan integrados en el de genocidio, y en relación con las torturas afirma el juez instructor Guillermo Ruiz Polanco que en su opinión esta no es perseguible de forma autónoma “toda vez que la ausencia de pronunciamiento de la Ley Orgánica del Poder Judicial al respecto no puede llenarse con el contenido del art. 5.2 de la Convención de 1984, pues en el caso examinado no se da el concreto alcance jurisdiccional extraterritorial al que dicho precepto internacional se refiere” (fundamento de derecho segundo).

⁵³ Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998. Fundamento de derecho séptimo: “Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro Derecho, delito de persecución universal por la vía del art. 23, apartado 4, letra g), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el art. 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del art. 5, apartado 1, letra c), de la Convención citada, que

Guatemala, admite la competencia de los tribunales españoles por delitos de tortura, pero no por el principio de justicia universal sino por el de personalidad pasiva, por lo que la reduce a los casos de víctimas de nacionalidad española. El apoyo legal se encuentra, según el TS,⁵⁴ en el artículo 23.4.g —hoy *i*—, que otorga competencia a los tribunales españoles cuando España ha adquirido una obligación convencional de perseguir, que en este caso se encuentra recogida en el artículo 5.1.c de la Convención contra la Tortura. Pero lo cierto es que la Convención contra la Tortura tampoco obliga a castigar en caso de que la víctima sea nacional, sino que solo otorga en este caso la posibilidad al Estado de hacerlo si así lo considera conveniente,⁵⁵ con lo que, en puridad, no se trata de un supuesto comprendido en el artículo 23.4.i, en contra de lo sostenido por el TS.⁵⁶

d) *Crímenes contra la humanidad*

En relación con los crímenes contra la humanidad en general, la competencia de los tribunales españoles ha sido afirmada por la AN en la sentencia contra Scilingo sin base legal alguna para ello, pese a que este delito no ha sido introducido en la LOPJ, como la doctrina venía reclamando,⁵⁷ ni la obligación de su persecución universal viene dispuesta en ningún tratado internacional.⁵⁸ El TS, en su sentencia de 1

no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado 2 del art. 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario”.

⁵⁴ STS de 25 de febrero de 2003, fundamento duodécimo.

⁵⁵ Véase *supra* la nota 43.

⁵⁶ Así lo destaca también Rodríguez Ramos: “Límites de la jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos Pinochet y Guatemala), en *La Ley*, año XXIV, n.º 5788, 26 de mayo de 2003, pp. 2-3, en cuya opinión el TS ha procedido en esta sentencia a reconocer en nuestro ordenamiento un “inexistente principio de personalidad pasiva”.

⁵⁷ Grupo de Estudios de Política Criminal: o. cit., p. 57; Gil Gil: en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, art. cit., p. 513.

⁵⁸ Las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio y de jurisdicción de los tribunales penales españoles están recogidas en el art. 23 de la LOPJ de 1 de julio de 1985. La competencia de los tribunales españoles por el principio de jurisdicción universal se recoge en el punto 4 del citado artículo, en el que recientemente se ha añadido un nuevo apartado g que ha desplazado la cláusula general que anteriormente ocupaba esta letra al nuevo apartado i:

“4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

“a) Genocidio.

“b) Terrorismo.

“c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

“d) Falsificación de moneda extranjera.

“e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.

“f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

“g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

“h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España

de octubre de 2007, apreció la jurisdicción “por analogía”, lo que desde mi punto de vista infringe el principio de improrrogabilidad de la jurisdicción consagrado en los artículos 9.1, 9.6 y 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En mi opinión, mientras no se modifique la ley, los crímenes contra la humanidad solo serán perseguibles por los tribunales españoles cuando hayan sido cometidos en territorio español (artículo 23.1 de la LOPJ) o cuando, a pesar de haberse cometido en el extranjero, el autor tenga nacionalidad española (y concurren los requisitos establecidos en el artículo 23.2 de la LOPJ), o sea funcionario público español y haya actuado en el ejercicio de sus funciones (artículo 23.3 de la LOPJ), o la víctima sea una autoridad o un funcionario público español, el titular de la corona, su consorte, su sucesor o el regente (artículo 23.3 de la LOPJ).

Resulta imprescindible por ello que el legislador español complete el catálogo de crímenes perseguibles según el principio de jurisdicción universal, incluyendo los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra distintos de las violaciones graves de los Convenios de Ginebra.

2.6. La interpretación de la jurisdicción universal por el Tribunal Constitucional y conclusiones de la Audiencia Nacional

En el *caso Guatemala*, el TS había incluido como requisito de la jurisdicción universal la necesidad de un punto de conexión directo de los hechos cometidos fuera de nuestro territorio con intereses nacionales. En su opinión, cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, que afecte bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público (el principio de no intervención en asuntos de otros estados),⁵⁹ en los casos en que su proclamación no procede de una fuente reconocida en derecho internacional, sino que ha sido asumida únicamente por el derecho interno, como es el caso del genocidio.⁶⁰ Además, “la conexión deberá aparecer en relación

⁴⁾ Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

⁵⁹ Los límites a este principio en lo referente a hechos que afectan a derechos humanos solo operarían, según el TS, cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad internacional, y la posibilidad de intervención acordada en el Convenio contra el genocidio no es la jurisdicción universal, sino el recurso a los órganos competentes de las Naciones Unidas.

directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él [...] la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes en los que tal conexión no se aprecie”.⁶¹

La decisión del *caso Guatemala*, a pesar de contar con el voto en contra de un amplio número de magistrados, fue acogida en otras sentencias posteriores: el caso contra el general chileno *Hernán Julio Brady Roche*, STS de 8 de marzo de 2004,⁶² y el *caso Scilingo*, STS de 15 de noviembre de 2004,⁶³ con lo que puede decirse que ya había creado jurisprudencia, aunque lo cierto es que ambas sentencias relajaron algo la estricta interpretación de la sentencia *Guatemala*.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 ha anulado la STS de 25 de febrero de 2003, y con ello la jurisprudencia posterior basada en ella, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.⁶⁴ En esta sentencia el Tribunal Constitucional refuta con gran acierto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de persecución de crímenes internacionales según el principio de jurisdicción universal. Se rechaza el principio de subsidiariedad que manejó la Audiencia Nacional en el *caso Guatemala* y repitió en el *caso Scilingo*, que se sustituye por el de concurrencia, según el cual se debe ceder la competencia a una jurisdicción concurrente preferente, como la del territorio, pero ello no implica en ningún caso la obligación de que el denunciante acredite plenamente la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como pretendía la AN. Rechaza tam-

⁶⁰ El TS quiere fundamentar estos límites en la costumbre internacional, y para ello cita una serie de resoluciones de otros países y del TIJ, ninguna de las cuales, sin embargo, aborda el tema de la legalidad o los límites del ejercicio del principio de justicia universal en derecho internacional. En concreto se refiere, por ejemplo, al caso *Sharon* ante la Corte de Casación belga y al caso *Yerodia*, en el que el TIJ no entró en la cuestión de la competencia universal sino que se limitó a analizar el tema de la inmunidad, como bien señala el voto particular —en el mismo sentido, Henzelin: “La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l’arrêt Yerodia”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 2002, p. 820—. Como también destaca el voto particular, la sentencia desconoce otras muchas resoluciones de tribunales nacionales y del propio TIJ que han reconocido el principio de justicia universal sin estas limitaciones y que contradicen la pretendida costumbre alegada por el voto mayoritario.

⁶¹ Sobre esta sentencia y sobre el voto particular véase M. Llobet Angl: “El alcance del principio de Jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/ 2006, www.indret.com, pp. 4 ss.

⁶² STS n.º 319/2004.

⁶³ N.º 1362/2004.

⁶⁴ Un comentario a esta sentencia puede verse en Llobet Angl: art. cit. La citada autora considera la sentencia objetable (pp. 11 ss.), pues el principio de jurisdicción universal admitiría, en su opinión —y cree que así lo ha admitido también el TC—, una interpretación teleológico-restrictiva en su aplicación, la que exigiría un punto de conexión con intereses españoles pero interpretado de manera más laxa que como lo hizo el TS. Personalmente, la interpretación de esta autora de la sentencia del TC me parece forzada y no asumible, pero hay que recalcar que esta interpretación restrictiva que defiende no la considera aplicable a la regulación del principio en la legislación española actual, que establece un principio de jurisdicción universal absoluto, aunque propugna una limitación de *lege ferenda* (pp. 17 ss.), con citas de otros autores partidarios también de una limitación del principio (en las notas 39, 42 ss.).

bién el TC la existencia en derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral (no dispuesto en un convenio internacional) del principio de jurisdicción universal que argumentó el TS, y en especial rechaza la exigencia de un punto de conexión como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la exigencia de la presencia del acusado en territorio español.

Todos ellos son, según el TC, requisitos establecidos *contra legem* y contrarios al fundamento y los fines del principio de jurisdicción universal; los dos primeros además desnaturalizan el principio conduciendo a la derogación de facto del artículo 23.4 de la LOPJ.⁶⁵ Afirma con razón el TC que la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente, su persecución y sanción constituyen no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados, cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos.

Sin embargo, las mayores limitaciones al principio de justicia universal, más allá incluso de aquella interpretación restrictiva realizada por el TS, han sido introducidas por la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI. El artículo 7.2 de la LO de Cooperación dispone:

Quando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

A la vista de la sentencia del TC y de lo dispuesto en la Ley de Cooperación de la Corte Penal Internacional, la Audiencia Nacional, en un acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, celebrado conforme al artículo 264 de la

⁶⁵ El voto particular —fundamento séptimo— insiste en que se trata de una interpretación *contra legem* y que viene a derogar en la práctica el principio —fundamento undécimo—. Así lo había manifestado también la doctrina. Véase Cerezo Mir: o. cit., p. 256; Gil Gil: "Informe sobre España", cit., pp. 143, 188; Blanco Cordero, en *La Ley*, 23 de marzo de 2004, p. 5.

LOPJ con el fin de unificar criterios, decidió que en adelante, y en cumplimiento de la citada sentencia del TC, examinará de oficio su propia jurisdicción, examinará de oficio la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales y aceptará la jurisdicción, “salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”. La AN, en ejecución de la citada STC 237/2005, dictó nueva resolución en el *caso Guatemala*, admitiendo su competencia por auto 178/2006, de 16 de febrero, en el que sigue paso a paso el acuerdo comentado.

Sin embargo, en este acuerdo de la AN y en las resoluciones en que lo aplica surge un nuevo requisito de difícil fundamentación y más difícil interpretación: el del exceso o abuso por absoluta ajeneidad y falta de interés directo o relación. Parece que no se debe interpretar este requisito en sentido de exigir una proximidad geográfica o cultural con el lugar de los hechos denunciados o con las víctimas, pues tal requisito carecería de sentido y contradiría la doctrina del TC. Obviamente, hacer depender la jurisdicción del número de kilómetros que distan entre nuestro país y el lugar de comisión del delito hubiera sido un criterio arbitrario y absurdo. De hecho no se ha interpretado en tal sentido en los casos Tíbet y Falun Gong. Es más: en el auto posterior de 10 de enero de 2006 (*caso Tíbet*) la Audiencia matizó que este requisito se refiere exclusivamente a que no se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho, y no a que los hechos o el país en el que ocurran estén más o menos alejados de España. Más bien parece que la AN introdujo esta fórmula para poder rechazar querellas en las que se adivine desde el principio un mero interés político en los querellantes. Parece por tanto que a lo que se refiere la Audiencia es a que no se usen los tribunales españoles simplemente con fines políticos para atacar a un determinado gobierno o a un Estado. Se introduce, sin embargo, de esta manera un nuevo límite a la jurisdicción, de contornos bastante difusos.

La doctrina del TC que ha ampliado notablemente la interpretación al principio de jurisdicción universal ha sido contestada por el TS en la sentencia *Falun Gong*, de 20 de junio de 2006.⁶⁶ El 6 de junio de 2006 el Tribunal Supremo resolvió el recurso presentado contra la decisión de la Audiencia Nacional que había inadmitido

⁶⁶ Sobre esta sentencia véase Llobet Angli: o. cit., pp. 7 ss. La sentencia contiene incluso un voto particular suscrito por cinco magistrados que pretende que el TS no debe sujetarse a la jurisprudencia del TC en este caso, y otro voto particular de dos magistrados que coincide con el fallo pero no con la argumentación, ya que comparten plenamente la idea del Constitucional de que el principio de jurisdicción universal no debe ser limitado. Pueden verse resumidos en el comentario citado, p. 9.

a trámite la querrela presentada por 15 víctimas en septiembre del 2004. El TS terminó acatando la reciente doctrina del TC y obligó a la Audiencia a investigar los presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en China contra los seguidores del movimiento Falun Gong, pero criticó como equivocados los argumentos del TC a lo largo de 16 páginas.⁶⁷

2.7. Cumplimiento de órdenes de superiores, inmunidades, amnistías e indultos

2.7.1. Obediencia debida

La Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la alegación de actuar en obediencia debida en la sentencia contra Scilingo.⁶⁸ Resulta sorprendente que en una sentencia que aplica derecho penal español la AN no se pronuncie sobre la inaplicabilidad al caso de esta eximente tal y como se regula en nuestro derecho,⁶⁹ sino que se preocupa directa y exclusivamente de analizar su regulación en derecho internacional. Sin embargo, habría llegado a idéntica solución argumentando, como debía, que el ordenamiento español no admite un deber de obedecer órdenes de contenido delictivo.⁷⁰

2.7.2. Amnistías e indultos

La LOPJ no establece ninguna limitación al principio de territorialidad. En cambio, para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por los tribunales españoles se establecen determinados requisitos. En relación con el principio de justicia universal el único requisito es que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o que, en este último caso, no haya cumplido la condena. La AN hizo una interpretación estricta de este requisito, que le permitió no tener en cuenta las leyes argentinas de Punto Final y de Obediencia Debida con el argumento de que dichas leyes no establecían indultos⁷¹ sino que despenalizaban conductas:

⁶⁷ La respuesta resumida del TS a cada uno de los argumentos del TC puede verse en Llobet Anglís: o. cit., pp. 8 ss.

⁶⁸ SAN n.º 16/2005, de 19 de abril, fundamento jurídico 1.º, A. 6.

⁶⁹ Al respecto, Gil Gil: "España", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 378-379; ídem: Bases..., o. cit., pp. 92- 95.

⁷⁰ Sobre ello véase Gil Gil: "España", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 378-379; ídem: Bases..., o. cit., pp. 92- 95.

⁷¹ La amnistía consiste en una "derogación transitoria de la ley" mediante la que, a través de una ley general que beneficia a una pluralidad de sujetos, se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la

Las Leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y Obediencia Debida, han sido derogadas, si bien del documento presentado en el Juzgado por el recurrente Adolfo Francisco S., junto con escrito de fecha 17 de julio de este año (consistente en Resolución núm. 5/1998, del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de Argentina, de fecha 2 julio 1998, obrante a los folios 18.559 y siguientes del sumario, por la que se declaran extinguidas las acciones que pudieran corresponder contra dicho recurrente por su presunta participación en los delitos del art. 10 de la Ley 23049), resulta que dichas Leyes de Punto Final y Obediencia Debida son aplicadas y determinan la exención de responsabilidad que se declara, argumentándose que, aunque derogadas, esas Leyes ya han operado sus efectos y mantienen virtualidad por el principio de la ultractividad de la Ley penal más benigna o favorable. [...] Con independencia de que dichas Leyes puedan tenerse por contrarias al “ius cogens” internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras, en razón de no ejercicio de acción penal a partir de un determinado tiempo o en razón de la condición de sometido a jerarquía militar o funcional del sujeto activo. Vienen a despenalizar conductas, de modo que su aplicación no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero [letra c) del apartado 2 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en el caso de conducta no punible —a virtud de norma despenalizadora posterior— en el país de ejecución del delito [letra a) del mismo apartado 2 del art. 23 de la Ley citada], lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado 5 del tan aludido art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁷²

Es preciso recordar que el derecho español no menciona la amnistía⁷³ y prohíbe expresamente los indultos generales (artículo 62 de la CE).

iniciación de otros nuevos por los hechos que caen en la órbita de la amnistía. En cambio, mediante el indulto, que puede ser individual o general, se concede al penado una remisión total o parcial de la pena impuesta. A diferencia de lo que sucede en la amnistía, el indulto presupone, por tanto, una sentencia firme y la no cancelación de los antecedentes penales. Gracia Martín: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, 2000, pp. 281-282.

⁷² Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998, recurso de apelación n.º 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento jurídico 8.º: Cosa juzgada.

⁷³ Nada se dice en la Constitución sobre ella, y la doctrina se encuentra dividida en relación con su admisibilidad. Una parte entiende que su ejercicio no está prohibido y deberá ser regulado por la ley que la conceda (véanse Aguado Renedo: *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, 2001, pp. 82 ss., y Gracia Martín: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, 2000, p. 283, con ulteriores citas). Otros autores, en cambio, han llegado a afirmar que la amnistía está prohibida en nuestro derecho (véanse los autores citados por Aguado en la nota 97, p. 78).

2.7.3. Inmunidades

Aunque no puede encontrarse en derecho español ningún reconocimiento a la irresponsabilidad penal en razón del cargo por la comisión de un delito internacional,⁷⁴ la AN, en un auto de 4 de marzo de 1999, proclamó lo contrario. En dicho auto afirmó:

La jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos, (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querella se refiere) en cuanto a que uno de los querellados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España la soberanía del pueblo cubano [...] Innecesario es decir que la solución anterior en nada contradice una reciente resolución de este mismo pleno, en el que el querellado era el senador de la República de Chile General Pinochet, dado que no se trataba de un jefe de Estado extranjero, al haber cesado en dicho cargo cuando se desestimó el recurso contra la admisión de la querella. [...] Se desestima el recurso, y ello aun cuando figuren en la querella otros querellados que indudablemente no tienen el carácter de jefes de Estado extranjeros. Ello es así por darse un claro supuesto de, en la realización de los hechos que relata la querella y de ser ciertos los mismos de conexidad subjetiva con el principal querellado [...] con la consecuencia de que todos deben de ser juzgados si así procediese en un mismo procedimiento, toda vez que la inmunidad del Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que declaramos no ha de ser solo directa, sino además, indirecta esto es evitando la repercusión que para aquel tendría el enjuiciamiento de los demás querellados en proceso aparte.

En su decisión la Audiencia dice apoyarse, para reconocer la inviolabilidad de *Castro*, en el derecho internacional de los tratados y consuetudinario. Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el *caso Yerodia*,⁷⁵ en la que el TIJ afirma la existencia en el derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien exceptúa de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país los casos en que el propio Estado decide levantar la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, y la persecución ante jurisdicciones penales internacionales.⁷⁶

⁷⁴ Véase sobre ello Gil Gil: "España", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 382 ss.; ídem: Bases..., pp. 101 ss.

⁷⁵ CIJ, affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, 14 février 2002/04, <http://www.icj-cij.org>.

⁷⁶ Sobre las críticas que merece esta sentencia véase Henzelin: "L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice", en *Revue Pénale Suisse*, 2002, p. 251 ss.; Gil Gil: "España", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 384; ídem: Bases..., p. 103.

En cambio, no admiten nuestros tribunales ningún tipo de inviolabilidad ni inmunidad para ex jefes de Estado o de Gobierno,⁷⁷ como lo demuestran la persecución de Pinochet, de los gobiernos dictatoriales argentinos o del ex presidente chino en el *caso Tibet*, en el que la AN se ha declarado competente para juzgar a las antiguas autoridades chinas por el genocidio cometido contra la población tibetana.⁷⁸

La práctica de los tribunales españoles muestra además que la inviolabilidad no se extiende a cualquier autoridad estatal, sino que se limita, por los casos vistos hasta ahora, al jefe del Estado o de Gobierno en activo⁷⁹ o a los partícipes en un supuesto delito cometido por un jefe de Estado o de Gobierno en activo.⁸⁰ Fuera de la mencionada excepción, nuestros tribunales no han reconocido la inmunidad a otras autoridades que no son jefes de Estado o de Gobierno cuando se las acusa de crímenes internacionales. Así, también en relación con China, se ha abierto en España un nuevo caso por genocidio por la persecución de los miembros del movimiento Falun Gong.⁸¹ Las acusaciones se dirigen contra el actual presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino, que fue secretario del Comité Municipal de Pekín entre 1997 y 2002.⁸² Hay que señalar, sin embargo, que según la sentencia del TIJ en el *caso Yerodia*, y según la doctrina,⁸³ esta inmunidad se extiende también a los ministros de Asuntos Exteriores en activo.⁸⁴

⁷⁷ La decisión del TIJ en el caso *Yerodia* no establecía, en cambio, que una vez abandonado el cargo la inmunidad por razón de la materia, única subsistente cuando ya se ha perdido la inmunidad *rationae personae*, no se extienda a los crímenes internacionales. Crítico con esta decisión, véase Jorge Urbina: "Las inmunidades de jurisdicción penal de los órganos del Estado en el contexto de la represión de las violaciones del derecho internacional humanitario", en *Revista Española de Derecho Militar*, 86, julio-diciembre 2005, pp. 350 ss.

⁷⁸ Auto de la Sección 4.ª de la Sala de lo penal de la AN, de 10 de enero de 2006.

⁷⁹ A favor de esta limitación de la inmunidad de jurisdicción a los jefes de Estado y de Gobierno se manifiesta Carnerero Castilla, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n.º 16, 2003, p. 296. Añade este autor que la inmunidad cubre a todo aquel que ostente la máxima autoridad de cualquier Estado, independientemente de que haya accedido al cargo conforme las previsiones constitucionales o lo haya alcanzado quebrando la legalidad interna mediante un golpe de Estado, pues lo que verdaderamente importa estos efectos es que el interesado ejerza efectivamente las funciones propias de él. También apunta este autor, contra la insinuación realizada por el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 1999, que la inmunidad debe reconocerse aun en los casos en que España no mantenga relaciones diplomáticas con el Estado cuya jefatura ostenta el acusado (p. 297).

⁸⁰ Véase Carnerero Castilla: o. cit., pp. 296 ss., muy crítico con esta ampliación de los beneficiarios de la inmunidad.

⁸¹ El día 6 de junio de 2006 el Tribunal Supremo resolvió el recurso presentado contra la decisión de la Audiencia Nacional que había inadmitido a trámite la querrela presentada por 15 víctimas en septiembre de 2004, y acatando la reciente doctrina del TC, que sin embargo crítica como equivocada a lo largo de 16 páginas, obliga a la Audiencia a investigar los presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en China contra los seguidores del movimiento Falun Gong.

⁸² El gobierno chino ha protestado por esta decisión.

⁸³ Véase Urbina: o. cit., p. 322.

⁸⁴ Véase Torres Pérez: "Inmunidad de jurisdicción penal e impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002", en *Revista de Derecho de la Universidad de Valencia (Estudi General)*, n.º 1, noviembre 2002.

Puede afirmarse que la Audiencia Nacional reconoce inmunidad absoluta a los jefes de Estado y de Gobierno en activo y se la niega sin excepciones a quienes ya han dejado de serlo o a otro tipo de agentes estatales cuando son acusados de crímenes internacionales.⁸⁵ Parece con ello seguir la interpretación de la existencia de inmunidades personales absolutas para jefes de Estado y de Gobierno (no se ha pronunciado sobre los ministros de Asuntos Exteriores) durante el tiempo de ejercicio de su cargo e inmunidades por razón de la materia, perpetuas pero limitadas a los actos públicos y de las que quedarían excluidos los crímenes internacionales.

⁸⁵ Carnerero Castilla: o. cit., p. 299.

Los autores

CÉSAR ALFONSO. Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Asunción). Notario y escribano público por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Asunción). Máster en Derecho Penal (Universidad del Norte, Asunción). Miembro del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal.

ALEJANDRO APONTE CARDONA. Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho (Universidad del Saarland, Saarbrücken). Profesor de Derecho Penal General en la Universidad Javeriana (Bogotá). Profesor invitado al Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo) y a diversas universidades de América Latina y Europa. Labora como consultor internacional apoyando las instituciones colombianas en la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, en el estudio de la Ley de Justicia y Paz y en otros temas de derecho penal, derechos humanos y derecho público.

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg August (Göttingen). Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. Juez del Tribunal Estadual (*Landgericht*) de Göttingen.

PAOLA BERNAL. Abogada (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá). Legum Magister LL.M (Universidad de Heidelberg). Actualmente se desempeña como consultora externa para la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

DINO CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca). Profesor de Derecho Penal y coordinador de la Maestría de Derecho Penal (Pontificia Universidad Católica del Perú). Miembro de la Comisión Especial Revisora del Código Penal (2003-2006). Miembro de la Comisión que elaboró el Código Procesal Penal de 2004. Presidente de la Comisión del Ministerio de Justicia que elaboró el anteproyecto de Ley Contra la Criminalidad Organizada (2006).

EMANUELA FRONZA. Graduada en Jurisprudencia (Universidad de Bolonia) y doctora en Derecho (Universidad de Teramo). Profesora investigadora (*ricercatrice*) de derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, donde enseña Derecho Penal Internacional. Es autora de varias publicaciones en diferentes idiomas.

PABLO GALAIN PALERMO. Doctor europeo en Derecho. Colaborador científico en el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo).

ALICIA GIL GIL. Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Profesora titular de Derecho Penal en esta universidad, donde imparte la asignatura de licenciatura Derecho Penal, Parte General, y varios cursos de doctorado, entre ellos Derecho Penal Internacional. Autora de diversas monografías y artículos sobre derecho penal internacional y sobre temas centrales de dogmática penal, publicados en varios países

FABIOLA GIRÃO MONTECONRADO GHIDALEVICH. Advogada. Mestre em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina). Professora de Direito Penal e Direito Penal Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Amazonas e do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Doctor en Derecho (Universidad de la República, Montevideo). Profesor adjunto de Derecho Penal (Universidad de la República). Ex becario del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo).

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid). Doctor honoris causa en Derecho (Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa). Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral (Universidad de Valparaíso, Chile). Ex catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho (Universidad de Antofagasta, Chile). Director de Investigación y Postgrado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Profesor visitante, honorario, etc., de diversas universidades hispanoamericanas.

SALVADOR HERENCIA CARRASCO. Abogado (Universidad de Los Andes, Colombia) con especialización en Derecho Internacional, Europeo y Comparado (Universidad Robert Schuman, Francia). Asesor legal de la Comisión Andina de Juristas (Perú). Profesor visitante de Derecho Penal Internacional de la Universidad San Martín de Porres y de Derecho Internacional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Coordinador del Observatorio Regional sobre la Corte Penal Internacional (www.observatoriodpi.org).

PAUL HERNÁNDEZ BALMACEDA. Bachiller y licenciado en Derecho (Universidad de Costa Rica). Notario público (Universidad de Costa Rica). Especialista en Derechos Humanos (Universidad Complutense de Madrid). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid). Doctorando en Derecho Penal (Universidad de Alcalá de Henares, Madrid). Asistente de cátedra (Universidad de Costa Rica). Profesor de Derecho Penal (Universidad Latina de Costa Rica). Juez de apelaciones y juicio penal del Tribunal de Juicio de Cartago (Costa Rica).

EZEQUIEL MALARINO. Graduado en Derecho con diploma de honor (Universidad de Buenos Aires). Doctor en Derecho Penal (Universidad de Macerata, Italia, 2005). Profesor en la Carrera de Especialización en Derecho Penal y en el Máster en Derecho Penal del Mercosur de la Universidad de Buenos Aires. Profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia (2006-2007 y 2007-2008).

JAIME MARTÍNEZ VENTURA. Abogado y notario. Fundador y director (1993-2005) del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES). Coordinador de la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

JUAN LUIS MODELELL GONZÁLEZ. Doctor en Derecho, sobresaliente cum laude (Universidad de Barcelona). Becario de la fundación Alexander von Humboldt, del Instituto de Cooperación Iberoamericana, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Profesor de Derecho Penal en las universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Profesor invitado de la Universidad de León (España), de la Universidad del Zulia y de la Universidad de Carabobo.

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Mestre e doutora em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Universidade de São Paulo). Professora Dra. de Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

ELIA PATRICIA NERI GUAJARDO. Profesora investigadora del Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia, AC, con sede en el Distrito Federal (México).

PABLO FERNANDO PARENTI. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Postgrado en Derecho Penal (Universidad de Palermo, Buenos Aires). Ha realizado la II Maestría en Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad Internacional de Andalucía. Coordina la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, que funciona en el ámbito de la Procuración General de la Nación.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS. Doctoranda (Universidad de Leiden, Países Bajos). Máster en Derecho Internacional y Comparado (LL.M.) (Universidad de San Francisco, Estados Unidos). Licenciada en Derecho (Universidad Católica Boliviana). Diplomada en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en la Universidad de Helsinki, en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, y en la Academia de La Haya de Derecho Internacional). Diplomada en Derecho Internacional Humanitario (Universidad del Rosario, Colombia). Profesora en las maestrías de la Universidad Andina Simón Bolívar y de la Academia Diplomática.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI. Juiz de Direito. Mestre e doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Universidade de São Paulo). Professor assistente de Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

