FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL

Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional

DIGESTO DE JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

© 2009 Fundación para el Debido Proceso Legal
Todos los derechos reservados
Impreso en los Estados Unidos de América
Publicado por la Fundación para el Debido Proceso Legal
Washington, DC 20036
www.dplf.org

ISBN 978-0-9801271-7-1

Diseño gráfico: ULTRAdesigns
Diseño de la cubierta tomado de la pintura *Ambos lados,* de Miki Fernández

Esta es una publicación del área de justicia internacional, con el apoyo financiero de:
United States Institute for Peace (USIP)

Las opiniones y conclusiones expresadas en esta publicación pertenecen exclusivamente a sus autores y no reflejan necesariamente las opiniones de USIP.

CONTENIDO

Reconocimientos ix
Presentación xi
Introducción xvii
Relación de sentencias xxv

Capítulo I
Crímenes de derecho internacional 1

Capítulo II
Responsabilidad penal individual y formas de intervención criminal punible 77

Capítulo III
Circunstancias eximentes de responsabilidad penal 129

Capítulo IV
Legislación nacional sobre crímenes de derecho internacional y principio de legalidad 151

Capítulo V
Jurisdicción sobre crímenes de derecho internacional 191

Capítulo VI
Decisiones estatales que obstaculizan la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, sanción de crímenes de derecho internacional 259

Epílogo 339

CAPÍTULO I. **CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL** 1

1. Aspectos generales 3
   A. Elementos contextuales de los crímenes de derecho internacional 8
   B. Los crímenes de derecho internacional no pueden considerarse delitos políticos 10
2. Genocidio 13
   A. Reconocimiento y evolución del genocidio como crimen de derecho internacional 13
   B. Elementos del crimen de genocidio 15
      i. Dolo específico: intención de destruir total o parcialmente a un grupo específico como tal 15
      ii. Sujeto pasivo: grupo nacional, étnico, racial o religioso 18
         a. Genocidio y grupos políticos 19
      iii. Sujeto activo: actores estatales o no estatales 21
      iv. Conductas constitutivas del crimen de genocidio 21
   C. Bien jurídico tutelado en el crimen de genocidio 23
   D. Aplicación: genocidio 24
      i. El caso guatemalteco: la calificación de los hechos como genocidio 24
      ii. El caso argentino: determinación del grupo 25

3. Crímenes de lesa humanidad 28
A. Reconocimiento y evolución de los crímenes de lesa humanidad como crímenes de derecho internacional 31
B. Elementos de los crímenes de lesa humanidad 35
i. Ataque sistemático o generalizado contra la población civil 35
a. Población civil 37
ii. Conocimiento general del ataque 39
C. Aplicación: plan o política 40
i. El caso panameño 40
ii. El caso argentino 40
iii. El caso boliviano 40
iv. El caso chileno 41
v. El caso peruano 42
D. Prueba de la existencia de un plan o política 43
E. La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad 43
i. Aspectos generales 44
ii. La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad 46
a. El caso chileno 48
iii. La desaparición forzada es un delito permanente 49
F. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes 51
i. Aspectos generales 51
ii. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes bajo detención 53
4. Crímenes de guerra 56
A. Elementos de los crímenes de guerra 57
i. Conflicto armado 57
a. Conflictos armados de carácter no internacional 58
ii. Relación entre la conducta y el conflicto armado 61
a. Relación geográfica 62
iii. Sujeto activo: actores estatales y no estatales 63
iv. Sujeto pasivo en los crímenes de guerra contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario 63
a. Persona civil 64
b. Población civil 65
c. "Personas fuera de combate" en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra 66
B. Determinación de la existencia de un conflicto armado interno por parte de las cortes nacionales 67
i. El caso chileno 67
ii. El caso guatemalteco 68
iii. El caso salvadoreño 68
C. Crímenes de guerra en conflictos armados de carácter no internacional 69
i. Las violaciones del artículo 3 común constituyen crímenes de guerra 69
ii. Crímenes de guerra en el artículo 3 común y en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra 71
a. Homicidio intencional contra persona protegida por el derecho internacional humanitario 72
b. Toma de rehenes 73
c. Ataques contra la población civil en conflicto armado no internacional 73
d. Prohibición de desarrollar actos orientados a aterrorizar a la población 74
e. Prohibición de ataque intencional contra bienes culturales y religiosos 75

CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y FORMAS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE 77

1. Responsabilidad penal individual por crímenes de derecho internacional 80
   A. Responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva 80
2. Autoría 81
3. Autoría mediata 82
   A. Aspectos generales 82
   B. Autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados 85
   C. Presupuestos generales de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados 90
      i. Existencia de un aparato de poder organizado 90
      ii. Poder de mando del autor mediato 91
      iii. Apartamiento del derecho 94
      iv. Fungibilidad del autor inmediato 97
         a. Predisposición del autor inmediato a la realización del hecho ilícito 99
   D. Ejemplos de estructuras o aparatos de poder organizados 100
      i. El caso boliviano: grupos armados irregulares o paramilitares 100
      ii. El caso chileno: Dirección de Inteligencia Nacional dentro de la estructura militar 102
      iii. El caso peruano: Sendero Luminoso (actores no estatales) 103
      iv. El caso peruano: Servicio de Inteligencia Nacional en el gobierno *de facto* de Alberto Fujimori (a partir de abril de 1992) 104
4. Coautoría 105
   A. Aspectos generales 106
   B. Coautoría impropia: conductas omisivas 108
   C. Coautoría sucesiva en delitos permanentes 111
5. Empresa criminal conjunta 112
   A. Aspectos generales 114
   B. Tipos de empresa criminal conjunta 115
      i. Responsabilidad por un propósito intencional común 116
      ii. Responsabilidad por la participación en un plan criminal común institucionalizado 116
      iii. Responsabilidad criminal incidental basada en la previsión y asunción voluntaria del riesgo 118
6. Responsabilidad del superior jerárquico 119
   A. Responsabilidad de mando en el Estatuto de Roma 124
7. Otras formas de intervención criminal punible 125
   A. Complicidad 126
   B. Órdenes 126
      i. El caso boliviano 127
   C. Planeación 128

CAPÍTULO III. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL 129

1. Órdenes del superior jerárquico 132
   A. Aspectos generales 134
   B. Exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal 135
      i. Órdenes manifiestamente ilícitas 135
      ii. La voluntad del autor inmediato va más allá de la orden 137
   C. La obediencia debida no es aplicable a determinados crímenes de derecho internacional 138
2. Miedo insuperable *(duress)* 139

3. Estado de necesidad 141
4. Consentimiento 144
5. Inmunidades 145
A. Aspectos generales 147
B. El caso peruano: inmunidad del Jefe de Estado 148
C. Inaplicabilidad de inmunidades frente a la Corte Penal Internacional 149

CAPÍTULO IV. LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD 151

1. Los Estados tienen la obligación de legislar en materia de crímenes de derecho internacional 154
A. Actuación legislativa en la elaboración de la ley penal 159
B. Límites de la actuación legislativa 159
i. Principios constitucionales y derechos fundamentales 159
ii. Tratados internacionales 160
iii. Principio de no discriminación 161
C. La falta de legislación no elimina la gravedad de la conducta 161
2. Principio de legalidad en el ámbito penal 161
A. Aspectos generales 163
B. El principio de legalidad y los tipos penales 165
i. El tipo penal debe ser previo, escrito, estricto y cierto 166
C. Ley previa: irretroactividad de la ley penal y principio de legalidad 168
i. El derecho internacional constituye ley previa 169
a. El derecho consuetudinario constituye ley previa 171
ii. En delitos permanentes, se aplica el tipo legal vigente al momento del cese de la conducta delictiva 173
D. Los *mínimos de protección* establecidos por el derecho internacional pueden ser ampliados por el derecho penal nacional 175
i. El tipo penal no puede establecer elementos que restrinjan la definición internacional 177
E. El principio de legalidad y el derecho penal internacional 178
3. Subsunción de conductas en derecho internacional y nacional 178
A. Subsunción de conductas en normas de derecho internacional 180
i. Subsunción en normas internacionales de tipos penales distintos a las conductas constitutivas de crímenes de derecho internacional 182
B. Consecuencias jurídicas de la subsunción en normas internacionales 183
C. Subsunción en normas internacionales y derechos de la persona acusada 184
D. Subsunción de la conducta en tipos penales de derecho nacional 186
i. Se debe privilegiar el tipo penal que responda mejor a la naturaleza y circunstancias de los crímenes de derecho internacional 186
a. Delitos comunes vs. delitos militares 187
ii. De existir el tipo penal correspondiente al crimen de derecho internacional se debe privilegiar éste frente a otros tipos penales 188
iii. Delitos que comparten algunos elementos con los crímenes de derecho internacional, pero que difieren de éstos 188
a. El caso boliviano 189

CAPÍTULO V. JURISDICCIÓN SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL 191

1. Procesos penales: obligación de investigar, enjuiciar y, en su caso, sancionar crímenes de derecho internacional 197
   A. Obligaciones específicas 203
   B. Los procesos judiciales deben ser desarrollados de acuerdo con las normas de debido proceso 205
      i. Derecho al juez natural 206
2. Otros procedimientos judiciales 207
   A. Acción de *hábeas corpus* 208
      i. El *hábeas corpus* y la desaparición forzada 208
      ii. El *hábeas corpus* no puede ser suspendido en estados de emergencia 210
   B. Acción de inconstitucionalidad 211
3. Exclusión de la jurisdicción militar 212
   A. Los crímenes de derecho internacional quedan excluidos de la jurisdicción militar 216
   B. Los civiles quedan excluidos de la jurisdicción militar 218
4. Extradición 219
   A. Aspectos generales 220
   B. Obligación convencional de establecer las bases normativas para poder extraditar 221
   C. En los procesos de extradición se deben garantizar los derechos del extraditable y de las víctimas de los crímenes de derecho internacional 223
5. Extraditar o juzgar *(Principio aut dedere, aut iudicare)* 223
6. Jurisdicción universal 225
   A. Determinación de la competencia del tribunal que ejerce jurisdicción universal 229
   B. Incorporación y ejercicio del principio de jurisdicción universal (extraterritorialidad), derecho internacional y soberanía estatal 231
7. Jurisdicción penal internacional 234
   A. Evolución de la justicia penal internacional 234
   B. Corte Penal Internacional 238
      i. Principio de complementariedad 240
      ii. Extradición vs. entrega a la Corte Penal Internacional 242
         a. Entrega de un nacional a la Corte Penal Internacional 245
8. Derechos de las víctimas en procesos relacionados con crímenes de derecho internacional 246
   A. Derecho a la verdad 250
      i. Los procesos para conocer la verdad son cruciales pero no sustituyen a, o dependen de, los procesos judiciales 256

CAPÍTULO VI. DECISIONES ESTATALES QUE OBSTACULIZAN LA INVESTIGACIÓN, ENJUICIAMIENTO Y, EN SU CASO, SANCIÓN DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL 259

1. Los Estados tienen la obligación de combatir la impunidad 263
   A. Las decisiones estatales que perpetúan la impunidad son incompatibles con las obligaciones del Estado 264
      i. El caso peruano 268
   B. Responsabilidad internacional por decisiones estatales que perpetúan la impunidad 269
   C. Control judicial sobre decisiones estatales que perpetúan la impunidad 270
      i. El control judicial no violenta el principio de división de poderes 270
2. Leyes de amnistía 272
   A. Aspectos generales 274

B. Las leyes de amnistía no pueden tener como objeto crímenes de derecho internacional 275
C. Evolución de la prohibición de ciertas leyes de amnistía 283
i. El caso argentino 285
ii. El caso peruano 287
D. La prohibición de amnistías en el derecho internacional se extiende a aquéllas adoptadas por gobiernos anteriores o posteriores y no sólo a las autoamnistías 287
E. Las leyes de amnistía y el principio de irretroactividad de la ley penal 288
F. Consecuencias de la determinación de incompatibilidad de una norma como la amnistía con el derecho internacional 288
G. Las leyes de amnistía adoptadas por un Estado en contravención del derecho internacional no obligan a terceros Estados 289
H. Amnistías compatibles con el derecho internacional 290
i. Amnistías por delitos políticos 293
3. Indultos 293
A. Aspectos generales 296
B. Los indultos no pueden ser aplicados a crímenes de derecho internacional 297
4. Prescripción e imprescriptibilidad 297
A. Aspectos generales 301
B. Prescripción y delitos permanentes 303
i. El caso mexicano 304
C. Los crímenes de derecho internacional son imprescriptibles 305
D. La imprescriptibilidad como norma de derecho internacional convencional y consuetudinario 308
i. El caso argentino 315
E. Responsabilidad estatal por la aplicación de normas internas de prescripción a crímenes de derecho internacional 316
5. Principio *ne bis in idem* 318
A. Aspectos generales 320
B. Elementos del principio *ne bis in idem* 322
C. Supuestos de violación del principio *ne bis in idem* 322
i. Procesos por "otros hechos" no violan el principio *ne bis in idem* 323
ii. Procesos por hechos distintos dentro del mismo plan no violan el principio *ne bis in idem* 324
D. Hipótesis de no aplicación del principio *ne bis in idem* 324
i. Decisiones con base en una ley no válida: relación entre el principio *ne bis in idem* y una ley de amnistía 329
E. El principio *ne bis in idem* en el derecho penal internacional 330
6. Cosa juzgada 333
A. La cosa juzgada y su relación con el principio *ne bis in idem* 334
7. Sobreseimiento definitivo de causas penales 335
A. El sobreseimiento y su relación con el principio *ne bis in idem* 335
B. Hipótesis de no aplicación del sobreseimiento 336

RECONOCIMIENTOS

El proyecto inicial para la realización de este digesto fue diseñado por Katya Salazar y Eduardo Bertoni (ex Director Ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal), quienes contaron con el apoyo de un Consejo Consultivo conformado por Doug Cassel (presidente de DPLF y Director del Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame), Alejandro Garro, profesor de derecho de la Universidad de Columbia, Nueva York, y Naomi Roht-Arriaza, profesora de derecho de la Universidad de California, quien fue también la asesora técnica. El proyecto, en su integridad, fue coordinado y supervisado por Katya Salazar, Directora Ejecutiva de la Fundación para el Debido Proceso Legal.

La institución consultora del proyecto fue el Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame, Indiana ("CCHR" por sus siglas en inglés). Ximena Medellín Urquiaga, Investigadora Asociada del CCHR, es la autora de este digesto, y estuvo encargada del desarrollo de la metodología y del formato del digesto, de la recopilación y sistematización de la jurisprudencia, así como del análisis de la misma y de la redacción de los comentarios explicativos. Paralelamente, trabajó en coordinación con las editoras y la traductora, en las versiones del texto en español y en inglés.

María Clara Galvis, especialista en derecho internacional e interamericano, realizó la edición de la versión en español, y trabajó de manera coordinada con la autora en comentarios sobre aspectos de fondo del libro en español. Paralelamente, fue responsable de la coordinación de la versión en inglés de este digesto.

Gretta Siebentritt fue la traductora de la integridad del digesto al idioma inglés. Por su patre, Cathy Sunshine estuvo encargada, en colaboración con la coordinadora y la investigadora, de la edición de la versión en inglés.

PRESENTACIÓN
LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA

El 7 de abril de 2009, el ex-presidente de Perú, Alberto Fujimori Fujimori, no mostró emoción alguna mientras la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de su país pronunciaba la sentencia que lo condenó a 25 años de prisión, como autor mediato de desapariciones forzadas, ejecuciones y detenciones arbitrarias cometidas a comienzos de la década de los 90, durante su primer gobierno. El fallo del tribunal se produjo luego de haber superado una serie de problemas que son comunes a toda investigación penal de delitos cometidos en el contexto de guerras internas o contrainsurgentes. Fujimori mismo no se había manchado las manos de sangre, sino que había dado las órdenes y controlaba el aparato represivo del Estado. Esto exigía que la teoría que diera sustento a su responsabilidad penal individual hiciera explícita su vinculación con los hechos. Los crímenes se habían cometido en 1991 y 1992, es decir, hacía 18 y 17 años, y el Congreso peruano, en los años siguientes a la comisión de los crímenes, había aprobado leyes de amnistía, que en su momento beneficiaron a los involucrados. Por razones prácticas y simbólicas era importante que los hechos se calificaran como crímenes de lesa humanidad, pero esta figura jurídica no existía en el código penal peruano.

Este tipo de problemas jurídicos son comunes a la persecución penal de asesinatos, desapariciones forzadas, torturas, masacres, detenciones arbitrarias, secuestro de menores, y otras conductas características de las guerras, de las políticas contrainsurgentes y de la represión militar y policial que azotaron a America Latina en los años 70 y 80. Durante esta época, el poder judicial, con contadas excepciones, no quiso o no pudo jugar el papel que le correspondía, y en la mayoría de casos fue cómplice de los perpetradores, o por lo menos indiferente frente a la suerte de las víctimas. La jurisprudencia de la época, casi sin excepción, da cuenta de tribunales que denegaban recursos de amparo y de *hábeas corpus*, y daban absoluta supremacía a las decisiones de los demás poderes.

Posteriormente llegaron al poder gobiernos más democráticos, que, sin embargo, no emprendieron la adopción de medidas para investigar los crímenes ni resarcir a las víctimas. El juicio a la junta militar argentina y, años después, el juicio al dictador boliviano Luis García Meza fueron notables excepciones, pero tanto en Argentina como en muchos otros países del continente, los gobiernos avalaron o impulsaron directamente leyes de amnistía que pusieron fin a los esfuerzos de los jueces por investigar y juzgar a las fuerzas de seguridad. Aún en aquellos países sin amnistías formales, una combinación de obstáculos legales y un clima político y de seguridad inhóspito hizo que no prosperaran en los estrados judiciales muchos casos relacionados con los crímenes de la época anterior.

Este panorama empezó a cambiar en las últimas dos décadas. Muchos factores explican el cambio, pero se pueden nombrar algunos de los más importantes. El factor más importante es tal vez el debate que tuvo lugar en cada país sobre la necesidad de (re)establecer el imperio de la ley sobre todas las personas así como la contribución a este debate de los familiares de

las víctimas y sus asociaciones, de algunos periodistas y de los grupos y abogados de derechos humanos. Durante años y décadas estos grupos y personas lucharon por documentar los casos, por hacer efectiva la tutela judicial y por cambiar las condiciones adversas a la persecución penal; aún en los días más difíciles, no dejaron de exigir justicia ante los tribunales locales, de asistir a las instancias internacionales que les abrieron las puertas y de dar a conocer una realidad que muchos quisieron tapar y olvidar. La documentación que lograron reunir y las peticiones de *hábeas corpus* —aunque denegadas— sirvieron para constatar los hechos y, muchos años después, fueron la base para el trabajo de investigadores y magistrados.

También confluyeron otros factores importantes. En algunos casos, los gobiernos que siguieron a las dictaduras prestaron su apoyo político a la necesidad de asegurar la justicia, la verdad y la reparación. Las comisiones investigadoras o comisiones de la verdad fueron la primera iniciativa en este sentido, aún en condiciones de democracia restringida o de pactos entre élites para limitar el alcance de la justicia. Estas comisiones jugaron el importante papel de reunir información, de establecer patrones de comportamiento de las fuerzas de seguridad, y de hacer visible ante la sociedad el número de víctimas. También se convirtieron en una instancia importante para que las víctimas mismas se sintieran escuchadas y reconocidas, lo cual fue esencial para crear o reforzar la determinación de llevar sus casos ante los tribunales. En algunos países, las reformas del poder judicial renovaron la judicatura, de manera que los nuevos jueces tenían más formación y mayor interés en el derecho internacional y en cumplir con el papel garantista propio del poder judicial. Se hicieron cambios en la estructura del poder judicial, en la legislación procesal penal, y, en algunos casos, en la constitución misma. En Argentina, por ejemplo, a partir de 1994, los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, y en Colombia, según la Constitución de 1991, estos tratados prevalecen en el derecho interno.

A estos factores internos se sumaron y entrelazaron factores externos. El proceso de codificación del derecho de los derechos humanos empezó a dar sus frutos en los años 80, cuando entraron en vigor la mayor parte de los tratados que habían sido firmados con anterioridad. Los nuevos gobiernos pos-dictadura o pos-conflicto armado se adhirieron, entre sus primeros actos, al corpus de tratados internacionales de protección y promoción de los derechos humanos. En particular, la mayoría de los países de America Latina se hicieron parte del Pacto de San José, y empezó a funcionar la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En su primer caso contencioso, la Corte estableció, como principio básico, la obligación de los Estados de investigar, juzgar y reparar las graves violaciones de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte, así como los informes y las recomendaciones de la Comisión Interamericana, con el tiempo comenzaron a influir en el pensamiento de muchos jueces y fiscales, y empezaron a reflejarse en las sentencias de los tribunales y las cortes nacionales. Desde entonces, en su jurisprudencia sobre desapariciones forzadas, ejecuciones y tortura, y sobre la importancia de respetar los derechos de las víctimas, la Corte Interamericana ha marcado una pauta que han seguido muchos jueces de la región. En particular, se pueden mencionar las sentencias de la Corte en los casos Barrios Altos (Perú) y Almonacid Arrellano (Chile), en las que se estableció que las amnistías y otros impedimentos u obstáculos para la persecución penal, tales como la prescripción, no pueden impedir la investigación, juicio y castigo de los responsables ni la reparación de las víctimas. Estas sentencias han sido citadas por numerosos tribunales nacionales. Las sentencias sobre el derecho a la verdad y sobre la amplia gama de reparaciones que la Corte ha ordenado también han sido decisivas para los jueces nacionales.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha mantenido una constante vigilancia sobre los gobiernos, instándolos a combatir de manera más eficaz la impunidad, en audiencias públicas, en informes, reuniéndose periódicamente con los operadores de justicia y promoviendo cursos de formación, entre otras actividades. El papel de la Comisión en la negociación de soluciones amistosas ha sido importante para mostrar a los gobiernos que mejorar la calidad de la justicia nacional puede evitar la llegada de los casos a los órganos interamericanos.

Las últimas dos décadas también han sido escenario de un cambio significativo en la importancia de los tribunales internacionales y en el desarrollo del derecho penal internacional. En 1993, por primera vez desde el tribunal de Nüremberg, se creó un tribunal internacional para juzgar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra cometidos en los países de la ex Yugoslavia. Un año después, el Consejo de Seguridad de la ONU creó un tribunal semejante para juzgar el genocidio cometido en Ruanda. Con el establecimiento de estos tribunales y su extensa jurisprudencia, se empezaron a definir mejor los crímenes internacionales y a esbozar soluciones para algunos de los problemas jurídicos que plantea el derecho penal internacional. De igual modo, se demostró que era posible el funcionamiento de un tribunal internacional que llevara a cabo juicios que —aunque con dificultades— cumplieran con los principios de legalidad y de debido proceso.

Estos tribunales no estaban exentos de problemas. Eran muy costosos en tiempo y en dinero, este último que, según las críticas, podía haberse utilizado para (re)construir sistemas nacionales de justicia. Estos tribunales estaban muy lejos del lugar de los hechos, lo cual dificultaba a las víctimas y a la población en general entender el procedimiento y seguirlo. Además, no necesariamente tenían el impacto deseado sobre el extendido fenómeno de la impunidad, y las poblaciones de los países de la región no los veían como imparciales e independientes. Todas estas críticas llevaron a revalorar la importancia de fortalecer la justicia nacional.

Este desarrollo resultó, en 1998, en la creación de la Corte Penal International (CPI) y en la aprobación del Estatuto de Roma, que define los delitos de competencia de la Corte. Los países latinoamericanos fueron grandes impulsores de la Corte, y actualmente casi todos ellos (con la excepción de algunos de Centroamérica) se han convertido en Estados Parte del Estatuto de Roma. La esencia del Estatuto, a diferencia de los tribunales ad-hoc creados por el Consejo de Seguridad de la ONU, consiste en que la Corte Penal Internacional sólo puede actuar como complemento de la justicia nacional, cuando ésta no pueda o no quiera actuar. El punto de partida son entonces los tribunales nacionales. Esto implica que los países miembros de la CPI tienen que adecuar su legislación interna para investigar y castigar los crímenes internacionales y para evitar trabas a su efectivo castigo. Aunque la CPI no tendría jurisdicción sobre los crímenes del pasado sino únicamente sobre los cometidos después de 2002, el proceso de formación y establecimiento de la Corte ha creado un espacio para el diálogo entre profesionales —y dentro del público— sobre la necesidad de justicia para los crímenes internacionales más graves.

Un último factor que ayudó a cambiar el panorama fue el arresto, en 1998, de Augusto Pinochet, el dictador de Chile durante los años 70 y 80. La orden de arresto vino de un juez investigador español, Baltazar Garzón, por los delitos de genocidio, tortura y terrorismo contra ciudadanos españoles y chilenos. España tenía una ley que establecía la jurisdicción universal sobre unos pocos delitos internacionales particularmente graves, aún cuando ni el acusado ni la víctima fueren españoles. Como es sabido, Pinochet decidió viajar a Inglaterra por razones médicas y de negocios, pero fue arrestado en Londres. En el proceso de extradición iniciado

por España, la Cámara de los Lores, en dos ocasiones, encontró viable su extradición por los delitos de tortura y de conspiración para torturar. Después de haber permanecido más de un año bajo arresto fue enviado de regreso a Chile, en razón de sus problemas de salud. El caso Pinochet fue ampliamente conocido en el continente, y a partir del mismo empezó a cambiar la apreciación de abogados, jueces, activistas y funcionarios estatales sobre las posibilidades de la justicia internacional. Si alguien tan poderoso como Pinochet podía ser sometido a la justicia, ¿por qué no podrían serlo otros que también dieron órdenes de matar y desaparecer? Y si los tribunales españoles e ingleses consideraban que las acusaciones sobre tortura y desaparición eran creíbles y podían ser castigadas muchos años después de los hechos, y aún contra un exjefe de Estado, ¿por qué los tribunales locales no podían juzgar a sus propias autoridades?

Todos estos factores, unos con mayor peso que otros, dependiendo del país, llevaron a la reapertura de investigaciones judiciales, a la formulación de imputaciones y a la realización de juicios contra individuos acusados de haber cometido graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Muchos de estos juicios enfrentaron problemas comunes. Para empezar, ¿cómo definir los delitos? ¿Como delitos comunes según el código penal —asesinato, secuestro calificado, y semejantes— o como crímenes internacionales? Si se optaba por lo primero, ¿cómo resolver los problemas derivados de los años trascurridos (prescripción), de las amnistías, de las inmunidades oficiales, entre otros? Y si se definían como delitos internacionales, ¿cómo juzgar a los acusados, sin violar el principio de legalidad, bajo figuras delictivas que en el momento de cometer los hechos no estaban codificadas de esa manera? Aplicar el derecho internacional, convencional y consuetudinario, resultó ser otro problema común, aunque con matices, según el esquema constitucional de cada país. Aunque muchos de los casos se referían a la responsabilidad directa del imputado, surgieron otros donde la imputación se derivaba de haber dado órdenes o de formar parte o dirigir una cadena de mando cuyos integrantes habían cometido el hecho. Esto requería una teoría de responsabilidad indirecta o mediata que vinculara a la persona acusada con la comisión del hecho concreto.

Los tribunales latinoamericanos, con imaginación y rigor, empezaron a resolver estos y otros problemas en casos concretos. Algunas veces contaron con la ayuda de *amicus curiae* o de ideas surgidas de seminarios, publicaciones y otros modos de compartir el conocimiento. Con frecuencia, las decisiones reflejaban la idiosincrasia propia del país, pero en muy buena parte tuvieron relevancia para resolver problemas parecidos en países vecinos. Estos casos continúan presentándose hoy y probablemente tardarán aún varios años en terminar de resolverse. Hay países del continente —como algunos de Centroamérica— que están iniciando un proceso que está más avanzado en otros lugares, como en los países del cono sur. Hay un diálogo indirecto entre los jueces sobre la mejor manera de resolver algunos problemas jurídicos, en el que pueden ser de utilidad las decisiones y la argumentación de jueces de otros países, aún reconociendo que cada caso tiene sus propias particularidades. Este proceso de intercambio y de mutua influencia se ha dado mediante el estudio de las sentencias de otros órganos judiciales, de seminarios y cursos, de reuniones periódicas de miembros de tribunales y cortes superiores y supremas de varios países, de las redes de abogados y de activistas, y del trabajo conjunto de jueces en casos de extradición o de cooperación judicial. Este es un proceso en que la difusión de ideas y teorías se basa no sólo en la necesidad de encontrar soluciones a problemas comunes, sino en el hecho particular de que la base para muchos de los argumentos es el derecho internacional, convencional o consuetudinario, que es el mismo en todo el mundo. Por eso, más allá de los requerimientos de cada sistema jurídico, hay un eje rector común: el derecho internacional.

Así, el tribunal supremo de Argentina resolvió que, aunque caracterizadas como delitos comunes, las conductas cometidas constituían, a su vez, delitos de lesa humanidad, lo que las hacía imprescriptibles e inamnistiables. La Corte Suprema de Chile consagró el carácter de delito permanente de las desapariciones forzadas, utilizando como base, entre otras, la Convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que todavía no es vinculante para Chile. La Corte constitucional colombiana aportó varias sentencias sobre la interrelación entre el derecho nacional y el derecho interamericano. Y la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la sentencia contra Alberto Fujimori, en el caso Barrios Altos, La Cantuta y sótanos del SIE (Servicio de Inteligencia del Ejército), desarrolló ampliamente el tema de la autoría mediata respecto de civiles. En casi todos los países del continente se encuentran sentencias valiosas sobre estos temas.

Más allá de Latinoamérica, las decisiones de los tribunales de este continente constituyen un aporte importante a la construcción de un derecho penal verdaderamente internacional. Ese derecho no puede construirse únicamente sobre la base de las decisiones de los tribunales ad-hoc, que están concluyendo sus mandatos; no puede construirse tampoco sobre la base de los pocos tribunales mixtos, como el de Sierra Leona, ya que éstos también tienen limitaciones en su mandato funcional y temporal. La CPI, aunque tiene carácter permanente, tendrá recursos sólo para emprender pocas investigaciones, y muchas de sus decisiones, por lo menos inicialmente, han versado sobre las complejidades particulares del Estatuto de Roma, más no sobre el derecho penal general. El mayor desarrollo del derecho penal internacional, por lo menos en su vertiente de derecho internacional humanitario, lo tendrán que hacer los tribunales nacionales. El trabajo de los tribunales latinoamericanos, en ese contexto, asume un valor universal.

Este libro es un esfuerzo por recopilar y sistematizar el trabajo descrito de las cortes y tribunales nacionales; está organizado por temas y no por países, para que los operadores de justicia puedan acceder fácilmente a lo decidido respecto de los problemas particulares que afrontan. De los hechos que dan lugar a las sentencias, se da cuenta únicamente de lo necesario para entender el caso. Es una lástima no haber podido narrar con más detalle las historias dramáticas, las luchas de los sobrevivientes y familiares, y los dramas humanos que subyacen a cada una de las sentencias reseñadas, pero ello requeriría otro libro. Esperamos que este esfuerzo sirva para fortalecer la justicia, para hacerla más efectiva, y para que en los años venideros ni los tribunales ni las sociedades de las que éstos forman parte tengan que enfrentar nuevamente delitos de tanta gravedad.

Naomi Roht-Arriaza
Universidad de California,
Hastings College of the Law

INTRODUCCIÓN

Hace aproximadamente diez años, en un artículo sobre el desarrollo de la jurisprudencia nacional e internacional en materia de leyes de amnistía, Naomi Roht-Arriaza concluía que: "[h]asta el momento, ha habido pocos estudios respecto a la permeabilidad de las reglas y conceptos de derecho internacional sobre rendición de cuentas (accountability) en la jurisprudencia de las cortes nacionales". De manera puntual, la profesora Roth-Arriaza continuaba con el planteamiento de las siguientes inquietudes y reflexiones:

> ¿[E]n qué medida estas reglas y normas han influenciado a las cortes, cuando se ha solicitado que decidan sobre la legalidad de medidas que limitan la rendición de cuentas (accountability) en países en que han tenido lugar violaciones masivas de los derechos humanos [o crímenes internacionales]? ¿Qué argumentos han sido exitosos a la larga, y cuáles no? Un estudio detallado sobre las decisiones de las cortes puede ayudar a los litigantes a refinar sus argumentos, y asistir a los académicos a evaluar en qué medida, o bajo qué términos, los principios emergentes en derecho internacional han influenciado a los poderes judiciales nacionales. Las decisiones de las cortes nacionales también serían un elemento al discernir en qué grado están surgiendo normas de derecho consuetudinario en un área particular de la rendición de cuentas (accountability). Adicionalmente, un estudio de este tipo destacaría el creciente papel de la judicatura en las situaciones de transición[1].

Estas observaciones son tan válidas hoy como lo eran hace diez años. Aunque actualmente existen más trabajos sobre la jurisprudencia latinoamericana en materia de derecho internacional de los derechos humanos y crímenes internacionales, no existe, a la fecha, una compilación de decisiones judiciales de las cortes y tribunales latinoamericanos, realizada con base en una metodología específicamente diseñada y adaptada para este propósito. Este estudio reúne, precisamente, estas características, y busca ser un aporte para promover la práctica judicial y la reflexión académica, en el marco de preguntas como las propuestas por Naomi Roht-Arriaza hace diez años.

Esta es una obra de la Fundación para el Debido Proceso Legal, realizada en colaboración con el Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame, y gracias al apoyo financiero del Instituto de los Estados Unidos para la Paz (USIP, por sus siglas en inglés). Este volumen pone a disposición de los interesados una compilación de jurisprudencia relevante relativa a la persecución penal de crímenes internacionales y de graves violaciones de derechos humanos constitutivas de éstos, producida por las cortes nacionales latinoamericanas. Esta compilación está ordenada por temas y reproduce extractos de las decisiones judiciales,

[1] Roht-Arriaza, Naomi y Gibson, Lauren, "The Developing Jurisprudence on Amnesty", en *20 Human Rights Quarterly 843, 1998, págs. 845-846* [Traducción no oficial].

complementados con apartes que analizan o explican el contenido de la decisión, a la luz del derecho internacional, del derecho penal y del derecho penal internacional.

De esta manera, este libro busca, en primer lugar, ser una herramienta práctica que pueda ser utilizada por litigantes, jueces y otros operadores de los sistemas de justicia en el planteamiento y resolución de casos relacionados tanto con crímenes internacionales como con graves violaciones de derechos humanos que constituyan crímenes internacionales, dados los evidentes terrenos comunes que comparten estos dos sistemas normativos. Busca ser una base para el desarrollo de estudios académicos, cursos, talleres o seminarios de capacitación sobre estos temas; asimismo, pretende asistir en procesos legislativos de implementación de normas internacionales. Busca, también, promover, nacional, regional e internacionalmente, el conocimiento de los criterios jurisprudenciales desarrollados por cortes nacionales latinoamericanas, las cuales han tenido que enfrentar y superar obstáculos jurídicos y políticos, a fin de acercar la justicia a las sociedades que han vivido directamente los crímenes considerados como los más atroces por la comunidad internacional.

SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DEL ESTUDIO

Este estudio se centra en decisiones judiciales de cortes y tribunales nacionales latinoamericanos, relacionadas con crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Aunque en la práctica no siempre es fácil hacer una distinción tajante entre violaciones graves de los derechos humanos y crímenes internacionales, este digesto se enfoca en algunos de los criterios interpretativos más importantes en materia de éstos últimos y no de violaciones graves de los derechos humanos.

Para este fin, en primer lugar se realizó una selección general de los temas más relevantes relacionados con estas tres categorías específicas de crímenes. Dicha selección fue realizada por el Consejo Consultivo, en coordinación con el Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame. Se decidió privilegiar temas como: (i) definición y elementos de los crímenes; (ii) formas de intervención criminal, particularmente coautoría, autoría mediata y responsabilidad del superior jerárquico; (iii) ejercicio de la jurisdicción en casos de crímenes internacionales y formas de cooperación y asistencia penal, con particular énfasis en la extradición; (iv) subsunción de conductas constitutivas de estos crímenes en normas nacionales e internacionales; (v) principio de legalidad, y (vi) validez de las leyes de amnistía y otras disposiciones similares. Estos temas fueron la base para la determinación de la estructura final del digesto, tal como se verá más adelante.

Durante el proceso de selección se reconoció también la importancia de otros temas, tales como los mecanismos internacionales que han influenciado la jurisprudencia latinoamericana, el valor de las decisiones de dichos mecanismos y, más importante aún, los diferentes principios o normas sobre la integración del derecho internacional en los sistemas jurídicos domésticos. Sin minimizar la importancia de estas cuestiones para la materia central de este estudio, dada la limitación de recursos financieros y humanos se decidió no abordarlos de manera directa, es decir como área específica para la sistematización. Se reconoce, sin embargo, que cada uno de estos temas, junto con algunos otros, son cruciales para la mejor comprensión y análisis de la jurisprudencia presentada en este digesto.

SOBRE LA IDENTIFICACIÓN Y RECOPILACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES

Con base en los temas identificados como prioritarios, como siguiente paso de la metodología de investigación, se determinaron algunos criterios para la selección de sentencias de las cortes y tribunales latinoamericanos. Con referencia a dichos criterios, las sentencias incluidas en este digesto se pueden agrupar en las siguientes categorías:

- Sentencias en las cuales se determina la responsabilidad penal individual por la comisión de uno o más crímenes de derecho internacional, o de un delito común bajo la legislación nacional que haya sido calificado por el propio tribunal local como un crimen internacional;
- Sentencias derivadas de la interposición de recursos de hecho, de apelación, de excepciones de previo y especial pronunciamiento u otros similares, así como de acciones de amparo, de recursos de tutela o de *hábeas corpus* en los que, si bien no se determina la responsabilidad penal de alguna persona, se interpretan y/o aplican normas directamente relacionadas con los crímenes de derecho internacional;
- Sentencias derivadas de algún proceso de revisión constitucional, sea de tratados internacionales o de leyes nacionales, que se relacionan directamente con el tema de los crímenes de derecho internacional, como por ejemplo, los estudios de constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional;
- Sentencias en las que, si bien no hay una mención expresa de los crímenes de derecho internacional, los hechos son calificados por el propio tribunal como parte de un conflicto armado, de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil o un régimen dictatorial, y que establecen algún criterio relevante para el régimen jurídico aplicable a los crímenes internacionales.

No existe, a la fecha, una base de datos pública que reúna la totalidad, o al menos un número sustancial de decisiones latinoamericanas relacionadas con crímenes internacionales. Como consecuencia, la identificación y recopilación de decisiones requirió un largo proceso de búsqueda realizado i) en las distintas bases de datos disponibles, ii) mediante consultas con litigantes y expertos de los distintos países, iii) por medio de consultas con algunas autoridades gubernamentales y judiciales y iv) a través del uso de los sistemas de información pública desarrollados por los propios poderes judiciales.

Un criterio fundamental para la recopilación de sentencias fue la posibilidad de poder acceder al texto completo de las mismas; más aún, la decisión debía provenir de una fuente con absoluta credibilidad, para garantizar que se estaba trabajando con el texto íntegro y fidedigno (aún si era transcripción del original). Teniendo estos criterios en cuenta, fueron descartadas varias fuentes que únicamente se referían a resúmenes, síntesis, extractos o que, simplemente, no permitían verificar la autenticidad e integridad del texto.

Entre las fuentes utilizadas para la recopilación de datos se destacan, como ya se ha mencionado, las propias páginas de internet de los poderes judiciales, particularmente en Argentina, Costa Rica, Colombia, Perú y Panamá. Asimismo, se hizo uso de sistemas oficiales

de acceso a la información pública, particularmente en el caso de México. Entre las bases de datos consultadas en el proceso de recopilación de sentencias cabe mencionar las siguientes: (i) "National Impremention: National Case Law" del Comité Internacional de la Cruz Roja[2]; (ii) "Oxford Reports on International Criminal Law" y "Oxford Reports on International Law in Domestic Courts"[3]; (iii) "Legal Tools" de la Corte Penal Internacional[4], y (iv) "HuriSearch" del Human Rights Information and Documentation Systems, International[5].

Adicionalmente, como ha sido indicado al inicio de esta sección, se realizaron consultas con litigantes, expertos o personas que de alguna forma están involucradas en el estudio de la jurisprudencia en los distintos países, a fin de solicitar su ayuda en la recopilación del texto íntegro de las sentencias más relevantes en la materia o verificar las listas preliminares de decisiones respecto de cada país. Entre las personas consultadas, se agradece particularmente a[6]: Hugo Relva (Argentina y otros países del cono sur), Carolina Varsky (Argetnina), Elizabeth Santalla (Bolivia), Juan Guzmán (Chile), Cath Collins (Chile), María Clara Galvis (Colombia y Perú), Naomi Roht-Arriaza (Colombia, Chile y Honduras), Lucy Turner (Guatemala), Salvador Herencia (Ecuador), Ezequiel Gonzales Ocanto (Panamá, Bolivia y Guatemala), Michelle Reyes Milk (Perú), Diego Camaño (Uruguay) y María Daniela Rivero (Venezuela).

Por último, como otra fuente de referencia para identificar o verificar la relevancia de las decisiones obtenidas, se consultaron algunas obras bibliográficas sobre jurisprudencia nacional que pudieran resultar importantes para el tema. Entre dichas obras resaltan, particularmente, las publicaciones del "Grupo latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional", encabezado por el profesor Kai Ambos y auspiciado por la Fundación Konrad Adenauer. Más aún, otras publicaciones del Programa Estado de Derecho de la misma fundación, merecen particular reconocimiento y fueron de crucial importancia para el desarrollo de este proyecto.

SOBRE LA SELECCIÓN DE DECISIONES PARA INCLUIR EN EL ESTUDIO

En el proceso de identificación y recopilación de sentencias se logró conseguir el texto íntegro de un número de decisiones que rebasó las expectativas iniciales del proyecto. Esto fue, en sí mismo, el primer resultado positivo de éste: comprobar la riqueza y abundancia de la jurisprudencia que en materia de crímenes internacionales ha sido producida por las cortes y tribunales latinoamericanos en los últimos diez años, aproximadamente.

Aunque todas las decisiones identificadas cumplían con los criterios mencionados en la sección anterior, debido a las limitaciones de tiempo y de recursos financieros y humanos del proyecto, se tuvo que limitar el número de fallos que pudieron ser incluidos en esta obra. En este sentido, es crucial precisar que las sentencias finalmente incluidas en el texto del digesto no son, ni cercanamente, la totalidad de las sentencias emitidas por los órganos judiciales nacionales que, al momento del cierre de esta obra, se pudieron obtener.

---

2 Disponible en: http://www.icrc.org/ihl-nat

3 Disponibles por suscripción en: http://www.oxfordlawreports.com/

4 Disponible en: http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/

5 Disponible en: http://www.huridocs.org/

6 El nombre del país que aparece entre paréntesis no necesariamente corresponde a la nacionalidad de la persona; se refiere al país respecto al cual dicha persona fue consultada o asistió en el proceso de recopilación de las sentencias.

Como consecuencia de lo anterior, se establecieron tres criterios básicos para la selección de decisiones a sistematizar, dentro del universo de aquéllas disponibles. En primer lugar, se buscó hacer una ***muestra representativa de los argumentos jurídicos desarrollados en toda la región***. Esto significó, metodológicamente, que se limitó el número de decisiones a incluir de ciertos países en donde la producción es más abundante o el acceso a las sentencias es más sencillo, para dar lugar a decisiones de países con menor producción judicial o con menor acceso a las sentencias de sus cortes. Asimismo, conforme se avanzó en la sistematización, se dio prioridad a las decisiones que contenían temas aún no incluidos o suficientemente desarrollados en el digesto. Como resultado, no se incluyeron aquellas sentencias que fueron identificadas en un momento más avanzado de la recopilación en el que había ya una muestra representativa de jurisprudencia del país al que correspondían, o bien abarcaban temas que habían sido suficientemente abordados, en comparación con el conjunto total de áreas de estudio.

La selección de sentencias fue, además, desarrollada en un proceso cercano al ***efecto bola de nieve (snowball sampling)***, que constituye una técnica de investigación aceptada en las ciencias sociales para determinar la muestra a incluir en un determinado estudio, cuando resulta imposible determinar *a priori* el universo muestral. Esta técnica se utiliza, principalmente, cuando el tipo de muestra (o material) con el que se quiere trabajar es particularmente raro o complejo de obtener, y por las limitaciones de tiempo o de recursos sería extremadamente difícil aplicar otra técnica para delimitar el universo referido. El efecto bola de nieve depende de las "referencias" que realice un sujeto (en este caso las propias decisiones o estudios secundarios sobre los temas) para identificar material adicional. En otras palabras, como se puede deducir de la descripción sobre la identificación y recopilación de sentencias, las propias sentencias y estudios se convirtieron en las referencias primarias para ir completando la muestra incluida en el estudio.

El tercer criterio fue el ***valor legal de la decisión***. En este sentido, se buscó dar prioridad a decisiones de cortes supremas o tribunales constitucionales que, normalmente, son la última instancia en la determinación de un asunto a nivel nacional. De esta forma, se garantiza que la línea de interpretación plasmada en los párrafos incluidos en el cuerpo del digesto no haya sido revertida o revocada (en el mismo proceso) por una instancia superior. Como consecuencia de la aplicación de este criterio, se utilizaron únicamente sentencias de primera o segunda instancia cuando las mismas habían sido ratificadas por la decisión de una corte suprema o que —hasta donde fue posible investigar— causaron ejecutoria al no haber sido objeto de otro recurso ante algún órgano superior. Por último, se trató de limitar al máximo el uso de votos particulares y disidentes contenidos en las decisiones seleccionadas. Excepcionalmente se incluyeron algunos votos, refiriéndolos como complemento de otra(s) sentencia(s), y siempre y cuando los párrafos concretos no contuvieran el criterio de disidencia, sino que se pudieran entender como el desarrollo de criterios que la mayoría había sostenido en esa u otras decisiones emitidas por el mismo órgano.

SOBRE LA SISTEMATIZACIÓN Y ESTRUCTURA DEL ESTUDIO

Para la estructura general del digesto se optó por un formato temático inspirado en los digestos de jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, desarrollados por Human Rights Watch. Lo anterior, bajo la premisa de que, si bien no se

estaba trabajando con jurisprudencia "uniforme" emitida por un mismo órgano, esta estructura facilitaría la lectura, consulta y posibilidad de comparar los distintos criterios desarrollados por las cortes y tribunales latinoamericanos.

Se establecieron como temas básicos aquéllos seleccionados por el Consejo Consultivo. Sin embargo, durante la sistematización se mantuvo siempre un criterio flexible, a fin de hacer lugar a otros temas contenidos en las mismas sentencias. Lo anterior, porque desde el inicio de la investigación fue evidente que cada una de las decisiones abordaban muchos temas relevantes para la materia del estudio, los cuales, si bien no habían sido mencionados explícitamente por el Consejo, se relacionaban directamente con aquéllos elegidos al inicio del proyecto.

También con respecto a la sistematización, es importante apuntar que en la selección de los párrafos particulares que serían incluidos en el digesto, no se distinguió entre lo que la doctrina jurídica denomina *ratio o holding* y *obiter dicta*[7]. Esto, considerando que el *obiter dicta* puede constituir un criterio auxiliar de interpretación de enorme utilidad para las cortes, e incluso en algunos casos ha llegado a tener una fuerza persuasiva que ha asistido al desarrollo de nuevas líneas jurisprudenciales. En otros supuestos, cuando el *obiter dicta* es claramente incidental, por ejemplo, al hablar del desarrollo histórico de alguna institución en particular, el texto podrá tener un valor pedagógico que no podía ser obviado por este estudio, teniendo en cuenta los objetivos del mismo.

SOBRE LOS COMENTARIOS Y LAS EXPLICACIONES

Como complemento de la jurisprudencia presentada en el digesto se decidió incluir una introducción a cada uno de los capítulos, así como comentarios o explicaciones de los extractos jurisprudenciales de algunas de las secciones o temas. Si bien la finalidad última de este estudio es presentar la "voz" directa de los órganos judiciales nacionales, dada la complejidad de la materia, consideramos importante comentar la jurisprudencia o ponerla en el contexto del derecho internacional o del derecho penal internacional, de manera que se facilitara su lectura y comprensión.

Los comentarios y explicaciones son una referencia general para aquellos lectores que no estén particularmente familiarizados con el derecho internacional, por un lado, o con algunos conceptos mínimos de derecho penal, por otro. Asimismo, teniendo en mente que este digesto será traducido al inglés para hacerlo accesible a un público más amplio, se intentó proveer algunas bases que faciliten el uso del mismo por parte de personas formadas en la tradición jurídica de derecho anglosajón, sabiendo que todos los países incluidos en este estudio pertenecen al sistema jurídico de derecho continental o neo-románico. Es importante precisar, sin embargo, que los comentarios y explicaciones no buscan ser un estudio exhaustivo, o incluso detallado, de cada uno de los temas en que se incluyen, ni tampoco analizar o contrastar en detalle la jurisprudencia presentada.

Por último, es pertinente señalar que, si bien se han incluido introducciones o comentarios en cada uno de los capítulos, ese no es el caso de cada uno de los títulos y subtítulos bajo los cuales

[7] En términos generales, *ratio* o *holding* es la regla de derecho elaborada por el tribunal y necesaria para resolver la controversia judicial, en tanto que el *obiter dicta* lo constituyen otras afirmaciones realizadas por el juez en el transcurso de la decisión, pero que no son indispensables para ésta.

se sistematiza la jurisprudencia. Con respecto a éstos, únicamente se incorporaron comentarios cuando, según el criterio de las responsables de esta obra, los mismos eran necesarios para la mejor comprensión de la jurisprudencia seleccionada.

SOBRE LOS TÉRMINOS Y ABREVIATURAS

A fin de preservar al máximo la integridad del texto de las decisiones, se ha optado por no modificar ni homogeneizar algunos términos incluidos en las mismas. Como consecuencia, los lectores podrán identificar inconsistencias en la ortografía de nombres propios, ciudades o localidades, entre otros. Asimismo, se ha respetado la forma en que los tribunales y cortes locales se refieren a tratados, instrumentos u órganos internacionales. En determinados errores ortográficos o gramaticales que no eran justificables bajo reglas precisas del idioma, se ha utilizado el término "*sic*", para hacer notar que la frase o palabra aparece así en el texto original.

En materia de notas a pie de página, como criterio general se han omitido aquéllas incluidas en la versión original del fallo. Esto, a fin de promover una lectura más ágil de las sentencias. En cualquier caso, cada vez que se haya omitido una nota, se hará la indicación con la frase "nota en el original omitida". En contraste, en algunas ocasiones se ha añadido una nota al original, por considerar que la información adicional es necesaria para comprender la esencia del criterio jurisprudencial. Estas últimas notas no deben confundirse con las "notas de edición", las cuales se utilizan, en este digesto, para proporcionar la definición de algún término particular y, de esta manera, aclarar el significado del párrafo en conjunto.

Adicionalmente, es importante llamar la atención sobre algunas abreviaturas que se utilizan, sobre todo, en las notas de pie de página. Para evitar repeticiones innecesarias, ya que las notas de pie de página en cada capítulo son independientes, el nombre completo correspondiente a dichas abreviaturas se presenta a continuación:

- Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas – CDI
- Corte Europea de Derechos Humanos – Corte EDH
- Corte Especial para Sierra Leona – CESL
- Corte Internacional de Justicia – CIJ
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH
- Corte Penal Internacional – CPI
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia[8] – TPIY
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda[9] – TPIR

Cada vez que se utilizan los términos "Estatuto de Roma" o "Estatuto de Roma de la Corte

[8] El nombre oficial de este órgano jurisdiccional es *Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.*

[9] El nombre oficial de este órgano jurisdiccional es *Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables del genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1994.*

Penal Internacional", tanto en las notas de pie de página como en el cuerpo principal, se refiere al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

Con esta obra buscamos contribuir a la consolidación del Estado de Derecho y de los regímenes democráticos en Latinoamérica. Conocer la verdad y establecer las responsabilidades correspondientes por la perpetración de crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, no nos encadena a éste, sino que nos abre un camino hacia la construcción de sociedades respetuosas de la ley y de los derechos de todas las personas.

Katya Salazar
Directora Ejecutiva, DPLF

Ximena Medellín Urquiaga
Investigadora Asociada, ND-CCHR

RELACIÓN DE SENTENCIAS

En este estudio sobre la jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes internacionales se han sistematizado un total de 54 decisiones, emitidas por diferentes cortes y tribunales de quince países de América Latina. A continuación se presenta la relación de fallos, organizados por países y, dentro de cada país, ordenados de manera cronológica. Este listado contiene los datos de referencia completa de cada decisión. Sin embargo, con el objetivo de facilitar la lectura de los párrafos seleccionados, se ha asignado a cada fallo un nombre de referencia, para identificarlo, el cual se utiliza a lo largo de este digesto.

Además, con el fin de proveer mayor información de contexto, a continuación del nombre de referencia se incluye un breve resumen de la decisión. En primer lugar, se menciona con un poco más de detalle la naturaleza de la misma (sentencia de primera instancia, apelación, recurso de revisión, *hábeas corpus*, procesos de amparo, acción de inconstitucionalidad, entre otros). Asimismo, en aquellas decisiones que se relacionan con los procesos judiciales contra alguna persona en particular, se incluye una breve referencia al papel que ésta desempeñó en el régimen, organización o estructura criminal. Cuando corresponde, se incluyen también referencias a los hechos del caso. Respecto de aquellas decisiones que se refieren a la constitucionalidad de un tratado internacional en particular, no se ha incluido ningún resumen, al considerar que la referencia al tratado en cuestión es suficiente.

También es importante mencionar algunos de los criterios con los que se asignaron los nombres de referencia que se utilizan en el texto para referirse a las distintas decisiones:

- "Caso (más el nombre de la víctima, la localidad, el acontecimiento o la estructura criminal)"; se usa para referirse a sentencias pronunciadas en primera o segunda instancia en juicios de responsabilidad. Entre paréntesis se incluye, además, el nombre de la persona acusada;
- "Recursos (con mención específica cuando haya sido promovido por la defensa de alguna persona acusada)"; se usa para referirse a recursos de hecho, de apelación, de casación u otros que se refieran a resoluciones que no determinen la responsabilidad penal de una persona. En caso que éste haya sido promovido por autoridades o partes civiles, generalmente se hará referencia, entre paréntesis, al nombre de la víctima, la localidad, el acontecimiento o la estructura criminal, así como al nombre de la persona acusada;
- "Demandas o recursos de inconstitucionalidad (con inclusión del artículo o artículos y la ley)"; se usan para hacer referencia a las decisiones en que se determina la compatibilidad, en abstracto, de una norma en particular con la Constitución;
- "Amparo (con mención del nombre de la persona que lo promueve)"; se usa para indicar decisiones emitidas en procesos de este tipo, incluidos los recursos de apelación o revisión de los mismos;
- "Revisión, consultas u opiniones (junto con la referencia a un tratado internacional);

se usa para las decisiones que se refieren a la determinación de compatibilidad entre dichos instrumentos y la Constitución. No se incluye el nombre oficial del tratado.

Para facilitar la ubicación de la cita completa, así como del resumen de las decisiones, en el cuerpo del digesto, a continuación del nombre de referencia se hace una indicación conformada por un número y una letra, por ejemplo: *Relación de sentencias 1.f.* El número se refiere al lugar que ocupa el país dentro del listado general (Argentina: 1, Bolivia: 2, Chile: 3, Colombia: 4, y así sucesivamente), en tanto que la letra ubica el orden de la decisión dentro de cada país.

1. ARGENTINA[1]

a. *Recurso promovido por la defensa de Jorge Rafael Videla – Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción,* Expediente V.34.XXXVI, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de agosto de 2003

Recurso extraordinario promovido por la defensa de Jorge Rafael Videla contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que confirmó el rechazo de las excepciones de cosa juzgada y falta de jurisdicción. Jorge Rafael Videla fue uno de quienes encabezaron el golpe militar del 24 de marzo de 1976 en Argentina. Ocupó la presidencia de este país entre 1976 y 1981, durante el periodo dictatorial conocido como el Proceso de Reconciliación Nacional. Después de la caída de la dictadura militar fue encontrado responsable por diversos crímenes dentro de la causa 13/84, conocida como el juicio contra las Juntas Militares; después de cumplir cinco años de su sentencia recibió el indulto presidencial por parte del entonces presidente Carlos Saúl Menem. Actualmente se encuentra nuevamente en prisión enfrentando distintos procesos, en uno de los cuales se enmarca el presente recurso.

[1] La selección de sentencias en el caso argentino se realizó con base en un "enlistado" de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación al afirmar que "derivad[o] de los tratados internacionales, de la jurisprudencia y recomendaciones de sus organismos interpretativos y de monitoreo, han llevado a este Tribunal, a través de diversos pronunciamientos, a reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad ("Arancibia Clavel" […]); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final ("Simón" […]); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos ("Urteaga" […]); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos ("Hagelin" […]); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados ("Videla"[…])". Este párrafo proviene del fallo "Mazzeo", que representa la última "pieza en el rompecabezas" y a través del cual se declara la inconstitucionalidad de los indultos concedidos a finales de los ochenta. Lamentablemente, no se pudo obtener el texto íntegro de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de fecha 9 de diciembre de 1985, en la causa 13/84 (Juntas Militares) sino hasta que el proceso de elaboración de esta edición estaba muy avanzado, por lo que la misma no fue incluida entre las sentencias sistematizadas.

b. *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) – Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-,* (Recurso de hecho), Expediente A. 533. XXXVIII, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de agosto de 2004

Recurso de hecho presentado por el Estado y el Gobierno de Chile contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, que declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple, y sobreseyó la causa contra Arancibia Clavel. Enrique Lautaro Arancibia Clavel fue integrante de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional), dependiente del gobierno de facto de Chile, cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Este recurso se enmarca dentro de los procesos judiciales por el asesinato de Carlos José Santiago Prats, Vicepresidente del gobierno de Salvador Allende, y su esposa Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni, entre otros hechos delictivos.

c. *Recurso promovido por la defensa de Julio Héctor Simón – Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-,* (Recurso de Hecho), Expediente S. 1767. XXXVIII, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de julio de 2005

Recurso de hecho contra la decisión de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que confirmó la decisión del juez de grado en cuanto había declarado inválidos e inconstitucionales diversos artículos de la ley de punto final. Julio Héctor Simón fue miembro de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo del Ejército argentino y que formaba parte del sistema clandestino de persecución de opositores políticos, particularmente en el recinto conocido como "El Olimpo". Este recurso se da en el marco de los procesos por la detención-desaparición de José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik, y el secuestro de la entonces menor Claudia Victoria Poblete.

d. *Caso "Circuito Camps" y otros (Miguel Osvaldo Etchecolatz) – Etchecolatz, Miguel Osvaldo (acusado)*, Causa Nº 2251/06, Tribunal Oral en lo Criminal Federal (La Plata), 19 de septiembre de 2006

Juicio de responsabilidad individual contra Miguel Osvaldo Etchecolatz, quien fue Director General de Investigaciones de la Provincia de Buenos Aires entre el 5 de mayo de 1976 y el 28 de febrero de 1979. En dicho carácter, Etchecolatz tuvo un papel central en la estructura de represión establecida desde la Jefatura de Policía, conocida como "Circuito Camps", y mediante la cual se manejaban distintos centros clandestinos de detención. De manera específica, el Tribunal determinó la responsabilidad penal de Etchecolatz como coautor, autor directo o autor mediato, respectivamente, de los delitos de homicidio calificado, privación ilegal de la libertad calificada y aplicación de tormentos cometidos en perjuicio de Diana Esmeralda Teruggi, Patricia Graciela Dell'Orto, Ambrosio Francisco De Marco, Elena Arce Sahores, Nora Livia Formiga y Margarita Delgado, Nilda Emma Eloy y Jorge Julio López, los cuales calificó como crímenes de lesa humanidad.

e. *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) – Simón, Julio Héctor (acusado) (Caso Poblete-Hlaczik),* Causa Nº 1.056 y 1.207, Tribunal Oral en lo Criminal Federal (Buenos Aires), 11 de agosto de 2006

Juicio de responsabilidad individual contra Julio Héctor Simón, quien fue suboficial de la Policía Federal argentina. De manera específica, el Tribunal determinó la responsabilidad de Simón como coautor de los delitos de privación ilegítima de la libertad doblemente agravada e imposición de tormentos agravados en contra de José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik, así como por ocultación de la menor Claudia Victoria Poblete, los cuales calificó como crímenes de lesa humanidad.

f. *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros – Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. De casación e inconstitucionalidad,* Expediente M. 2333. XLII, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de julio de 2007

Recurso extraordinario promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en la que se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto de indulto 1002/89. Santiago Omar Riveros fue un General de las Fuerzas Armadas argentinas durante la dictadura militar, responsable de varios centros clandestinos de detención, entre los que se destacan "El Campito" y el hospital militar de Campo de Mayo. Esta decisión de la Corte Suprema de Justicia abrió el camino para iniciar nuevos procesos contra Santiago Omar Riveros. A la fecha se ha dictado al menos una sentencia de primera instancia en su contra, condenándolo a cadena perpetua por la muerte de Floreal Avellaneda, quien fue desaparecido cuando tenía quince años.

g. *Recurso promovido por Ragnar Erland Hagelin – Hagelin, Ragnar Erland s/ rec. art. 445 bis C.J.M.,* Expediente H. 381. XLII, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de diciembre de 2008

Recurso extraordinario promovido por el apoderado del señor Ragnar Erland Hagelin contra la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal, que rechaza el recurso extraordinario en virtud del cual se solicita la revisión de la resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas que deniega la reapertura de las investigaciones relativas a la desaparición de su hija, Dagmar Ingrid Hagelin. La Corte Suprema de Justicia determina que no se puede concluir que Ragnar Erland Hagelin ha renunciado a la acción criminal, de conformidad con el derecho interno, por haber suscrito un acuerdo de solución amistosa con el Gobierno argentino, en el marco de un procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

h. *Recurso promovido por la defensa de Miguel Osvaldo Etchecolatz – Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario*, E. 191. XLIII, Corte Suprema de Justicia, 17 de febrero de 2009

Recurso extraordinario promovido por la defensa de Miguel Osvaldo Etchecolatz, mediante el cual se argumenta la aplicabilidad de las leyes de punto final y obediencia debida, así como la prescripción de la causa. La Corte Suprema de Justica declaró insubstancial el recurso dado que los planteamientos ya habían sido rechazados en los fallos "Arancibia Clavel" y "Simón", ambos arriba referidos.

2. BOLIVIA

a. *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada)* – *García Meza Tejada, Luis y otros*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de abril de 1993

Juicio de responsabilidad penal individual contra el ex Presidente de facto Luis García Meza Tejada y el ex Ministro del Interior, Migración y Justicia, Luis Arce Gómez. Se concluyó su responsabilidad como autores por los delitos de masacre sangrienta cometido contra los dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria, asesinato en perjuicio de varios líderes del Consejo Nacional de Defensa de la Democracia, organización e integración de grupos armados irregulares y asociación delictuosa, entre otros.

b. *Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 138 del Código Penal – Julio Leigue Hurtado, Diputado Nacional c/ Sandro Giordano, Presidente de la Cámara de Senadores,* Sentencia Constitucional 0034/2006, Expediente: 2005-12941-26-RDI, MR. Dra. Martha Rojas Álvarez, Tribunal Constitucional, 10 de mayo de 2006

Recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por Julio Leigue Hurtado, Diputado Nacional, en el que demanda la inconstitucionalidad de, entre otros, el artículo 138 del Código Penal, que hace referencia a las "masacres sangrientas", sin relacionarlas con la definición internacional o el tipo penal nacional de genocidio.

3. CHILE

a. *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros)* – Rol No. 517-04, Corte Suprema, Sala Penal, 17 de noviembre de 2004

Recurso de casación promovido por las defensas de los condenados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, Fernando Eduardo Laureani Maturana y Gerardo Ernesto Godoy García, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. En el juicio de responsabilidad penal individual correspondiente, se determinó la responsabilidad de los tres primeros como coautores y de los dos segundos como cómplices del secuestro calificado de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. Todos los acusados eran oficiales del Ejército chileno o Carabineros de Chile. Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda fue el Director de la Dirección de Inteligencia Nacional ("DINA") entre 1973 y 1977. Marcelo Luis Manuel Moren Brito fue jefe de la Brigada Caupolicán de la DINA y, posteriormente, encargado del centro clandestino de detención "Villa Grimaldi". Miguel Krassnoff Martchenko fue oficial de inteligencia de la Brigada Águila en Villa Grimaldi y dirigió la Agrupación Halcón de la DINA. Fernando Eduardo Laureani Maturana fue agente de la Brigada Caupolicán y jefe del grupo Águila de la DINA. Gerardo Ernesto Godoy García fue subteniente de Carabineros.

b. *Caso de los detenidos-desaparecidos en La Moneda (Fernando Burgos y otros)* – Rol No. 24471, Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de abril de 2006

Recurso de apelación contra la resolución que declara prescrita la acción penal en la causa contra Fernando Remigio Burgos Díaz, Sergio Antonio Medina Salazar, Isidoro Custodio Durán Muñoz y José Jaime Darrigrandi Marques, respectivamente. Los hechos del proceso en el que se enmarca este recurso se refieren a la detención, secuestro y desaparición de un grupo de personas, asesores del Presidente Salvador Allende, en el Palacio de La Moneda el 11 de septiembre de 1973. La Corte determina que los hechos se dieron como parte de un ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil por lo que, para afectos del recurso de previo y especial pronunciamiento, se califican como constitutivos de crímenes de lesa humanidad, y por ende, imprescriptibles. Todos los acusados eran suboficiales del Ejército chileno.

c. *Solicitud de desafuero de Augusto Pinochet Ugarte (Recintos de reclusión clandestina de la DINA)* – Rol Nº 320-06, Corte Suprema, 21 de abril de 2006

Recurso de apelación contra la resolución que niega la solicitud de desafuero de Augusto Pinochet Ugarte, General del Ejército chileno, quien lideró el golpe de Estado contra el Presidente Salvador Allende y ocupó la presidencia de este país entre 1974 y 1990; a su salida del poder continúo ocupando el cargo de Comandante en Jefe del Ejército chileno hasta 1998 y, tras su retiro, se convirtió en senador vitalicio, de conformidad con la Constitución de 1980. Esta solicitud de desafuero se da en el marco de la causa rol Nº 2 182-98, que abarcaba diversos hechos presuntamente delictivos cometidos durante el régimen de Pinochet. Por su complejidad y magnitud, esta causa fue desagregada en diversos cuadernos; sin embargo, de conformidad con la Corte Suprema, esto no podía afectar su unidad. De esta forma, la Corte determina improcedente la solicitud de desafuero con base en un sobreseimiento definitivo dictado anteriormente en el marco de otro cuaderno, pero del mismo proceso, con fundamento en el argumento de la falta de capacidad procesal de Augusto Pinochet.

d. *Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros)* – Rol No. 559-04, Corte Suprema, Sala Penal, 13 de diciembre de 2006

Recurso de casación de fondo interpuesto por los representantes de los querellantes contra la sentencia de apelación que confirma la prescripción del delito de homicidio premeditado imputado a Paulino Flores Rivas, Rufino Rodríguez Carrillo y Hernán Salas Alarcón. De conformidad con los hechos de la acusación, el 23 de diciembre de 1973 los dos primeros acusados intervinieron con calidad de autores en el homicidio calificado de dos líderes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria. En su oportunidad, el Juzgado del Crimen de Marquina declaró prescrita la acción penal para perseguir este delito; posteriormente, la Corte de Apelaciones de Valdivia confirmó la decisión del Juzgado en este extremo. La decisión fue revertida por la Sala Penal de la Corte Suprema, al calificar los hechos como crímenes de lesa humanidad y, por ende, imprescriptibles.

4. COLOMBIA

a. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 y otros del Decreto 2550 de 1988 (Código Militar)* – Sentencia C-358/97, Expediente D-1445, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional, 5 de agosto de 1997

Demanda de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano Jaime Enrique Lozano, contra 31 artículos del Código Militar. Entre los temas analizados por la Corte Constitucional se destaca, para efectos de este estudio, el ámbito de aplicación del fuero penal militar.

b. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 y otros del Decreto 100 de 1980 (Código Penal)* – Sentencia C-1189/00, Expediente D-2858, MP. Carlos Gaviria Díaz, Corte Constitucional, 13 de septiembre de 2000

Demanda de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano Hernán José Jiménez Carvajal, contra los artículos 13, 15 y 17 del Código Penal. Las disposiciones demandadas se relacionan con el ámbito de jurisdicción, territorial y extraterritorial, de la ley penal colombiana, así como con el procedimiento de extradición.

c. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal)* – Sentencia C-177/01, Expediente D-3120, MP. Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional, 14 de febrero de 2001

Demanda de inconstitucionalidad promovida por la ciudadana Marcela Adriana Rodríguez Gómez, contra el artículo 322A del Código Penal que tipifica el delito de genocidio. Se demanda la inconstitucionalidad de la expresión "que actúe dentro del margen de la Ley", en el texto del artículo referido: "El que con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del margen de la Ley [ ]". Se alega que la frase en cuestión es contraria a la Constitución y al derecho internacional porque limita la protección de los grupos políticos.

d. *Caso Pueblo Bello (Pedro Ogazza P.)* – Recurso Extraordinario de Casación, Radicación 14851, Aprobado por acta No. 35, MP. Carlos Augusto Gálvez Argote, Corte Suprema de Justicia, 8 de marzo de 2001

Recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Pedro Hernán Ogazza Pantoja contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional, por medio de la cual fue condenado como coautor de los delitos de secuestros y homicidios múltiples, incendio, utilización ilícita de uniformes de uso privativo de las Fuerzas Militares, entre otros. Los hechos del caso versan sobre la masacre de 43 habitantes del corregimiento de Pueblo Bello, en el Municipio de Turbo, Antioquia, quienes fueron detenidos, transportados a otras fincas, torturados, asesinados y después enterrados en fosas clandestinas. Estos crímenes fueron perpetrados por miembros de la organización paramilitar creada por Fidel Castaño Gil. Pedro Hernán Ogazza Pantoja era jefe de inteligencia de esta "operación" y fue el encargado de

informar sobre las personas que podían considerarse como colaboradoras de la guerrilla y que debían ser víctimas de la organización paramilitar.

e. *Acción de tutela instaurada por la ciudadana Nory Giraldo de Jaramillo (Caso Mapiripán)* – Sentencia SU-1184/01, Expediente T-282730, MP. Eduardo Montealegre Lynett, Corte Constitucional, 13 de noviembre de 2001

Revisión de los fallos proferidos en el trámite de la acción de tutela promovida por Nory Giraldo de Jaramillo contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que resuelve el conflicto de competencia entre la justicia ordinaria y la militar. Los hechos del caso que da origen al conflicto de competencia se relacionan con la conducta de Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, Brigadier General del Ejército colombiano, durante el secuestro, tortura y asesinato de 49 personas de la población de Mapiripán, cuyos cuerpos fueron descuartizados y arrojados al río Guaviare. La Sala Jurisdiccional habría resuelto que la conducta del acusado estaba directamente relacionada con el servicio y, por ende, era competencia de la jurisdicción militar.

f. *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)"*, Sentencia C-578/02, Expediente LAT-223, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional, 30 de julio de 2002

g. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 de la Ley 200 de 2000 (Código de Procedimiento Penal)* – Sentencia C-004/03, Expediente D-4041, MP. Eduardo Montealegre Lynett, Corte Constitucional, 20 de enero de 2003

Demanda de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano Santiago Acevedo Martelo, contra el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la procedencia de la acción de revisión. Se acusa la inconstitucionalidad de la expresión "que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad", en el texto del inciso 3 del artículo referido: "Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad". Se alega que esta frase limita la posibilidad de revisar una sentencia cuando aparezcan nuevas pruebas y hechos que apunten a la culpabilidad de la persona previamente absuelta, en detrimento de los derechos de las víctimas.

h. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal)* – Sentencia C-148/05, Expediente D-5328, MP. Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional, 22 de febrero de 2005

Demanda de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha contra los artículos 101, 137 y 178 del Código Penal, que tipifican los delitos de genocidio, tortura en persona protegida y tortura, respectivamente. Se acusa la inconstitucionalidad de la

expresión "grave", que en los tres artículos califican los sufrimientos físicos o psicológicos de la víctima del delito. Se argumenta que dicha expresión limita el ámbito de protección otorgado por las normas referidas.

i. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000 y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar)* – Sentencia C-291, Expediente D-6476, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Corte Constitucional, 25 de abril de 2007

Demanda de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano Alejandro Valencia Villa contra los artículos 135, 156 y 157 del Código Penal y 174, 175, 178 y 179 del Código Penal Militar. Se alega, entre otros, la inconstitucionalidad del término "combatientes" en el texto del artículo 135: "Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario [ ] 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga". Se alega que el término "combatientes" no es aplicable a los conflictos armados internos, siendo el término apropiado "las personas que participen o no en las hostilidades".

j. *Caso Corregimiento La Garraba (Luis Fernando Campuzano Vásquez)* – Recurso de Casación, Radicación 24448, Aprobado por acta No. 170, MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Corte Suprema de Justicia, 12 de septiembre de 2007

Recurso de casación promovido por la Fiscalía y la parte civil contra la sentencia del Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca y el Tribunal Superior del mismo distrito judicial, por las que se absuelve a Luis Fernando Campuzano Vásquez, teniente del Ejército colombiano, por su responsabilidad en los delitos de concierto para delinquir y homicidio. Los hechos del caso versan sobre la conducta del acusado con relación al operativo desplegado por las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en el corregimiento de La Gabarra, en el que fueron asesinadas 27 personas seleccionadas con base en una lista que portaban los miembros de las AUC. Luis Fernando Campuzano Vásquez, quien estaba al mando de un contingente del Ejército Colombiano designado para proteger a la población, nunca salió de la base militar en defensa de los pobladores de la zona.

k. *Recurso de apelación (Manuel Enrique Torregrosa Castro)* – Recurso de apelación, Radicación 29472, MP. Yesid Ramírez Bastidas, Corte Suprema de Justicia, 10 de abril de 2008

Recurso de apelación promovido por la Procuradora Judicial II contra la resolución del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz, que se abstuvo de decretar la exclusión de la lista de postulados a los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005 del desmovilizado Manuel Enrique Torregrosa Castro. El pedido de exclusión se hace con base en la solicitud de extradición presentada por el gobierno de los Estados Unidos de América por su participación en una organización criminal a través de la cual se importaba cocaína a ese país. El Tribunal Superior consideró que mientras que Manuel Enrique Torregrosa Castro no fuera de hecho condenado por dicho delito, no se podría decretar su exclusión del proceso y de los beneficios regulados en la Ley 975 de 2005.

5. COSTA RICA

a. *Consulta sobre el proyecto de ley de "Aprobación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas"* – Sentencia No. 00230, Expediente No. 95-006543-0007-CO, Consulta Judicial Perceptiva, Corte Suprema de Justicia, 12 de enero de 1996

b. *Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional"* – Sentencia No. 09685, Expediente No. 00-008325-0007-CO, Consulta Judicial Perceptiva, Corte Suprema de Justicia, 1 de noviembre de 2000

6. ECUADOR

a. *Informe sobre el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional"* – Caso No. 0005-2000-Cl, MP. Hernán Salgado Pesantes, Tribunal Constitucional, 21 de febrero de 2001

7. EL SALVADOR

a. *Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo N° 486 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz)* – Incidente 24-97/21-98, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 27 de septiembre de 2000

Procesos constitucionales acumulados promovidos por el ciudadano Guido Miguel Arturo Castro Duarte, así como por las ciudadanas María Julia Hernández Chavarría y Victoria Carolina Constanza, entre otros, a fin de que este tribunal declare la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo N° 486, que contiene la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. Los artículos impugnados determinan el ámbito de aplicación de la ley: todas las personas acusadas por delitos políticos, delitos conexos, o delitos comunes cometidos por más de veinte personas, todos con anterioridad al 23 de enero de 1992, sea que hayan sido ya condenados, en presencia o ausencia, se encuentren bajo proceso o no se les haya iniciado causa alguna.

b. *Acción de hábeas corpus interpuesta por Reyna Dionila Portillo* – Incidente 379-2000, Proceso de *Hábeas Corpus*, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 20 de marzo de 2002

Recurso de *hábeas corpus* promovido por Reyna Dionila Portillo, a favor de sus hijas Ana Julia y Carmelina, ambas de apellidos Mejía Ramírez, por su desaparición forzada. Las entonces menores Ana Julia y Carmelina Mejía Ramírez fueron vistas por última vez cuando se las llevaban efectivos del Batallón Atlacatl de la Fuerza Armada de El Salvador, durante un operativo realizado en octubre de 1981, en el Cantón Cerro Pando, jurisdicción de Meanguera, departamento de Morazán.

c. *Proceso de Amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros* – Incidente 674-2001, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 23 de diciembre de 2003

Proceso de amparo promovido por la representación de Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros, contra actuaciones del Presidente de la República de El Salvador, del Fiscal General de la República, de la Jueza Tercera de Paz de San Salvador, de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro y de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Se alega que en aplicación de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, no se ha procedido penalmente en contra de los autores mediatos de los asesinatos de Ignacio Ellacuría Beascoechea, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Amando López Quintana, Juan Ramón Moreno Pardo y Joaquín López y López; hecho ocurrido el día dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve en el interior de las instalaciones de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" "UCA". Lo anterior, a pesar de existir una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con base en la cual el Estado de El Salvador debería haber anulado la ley referida. Se alega la violación del derecho a la justicia, a conocer la verdad de los crímenes, a que las autoridades investiguen los hechos e inicien el respectivo proceso penal y al correcto ejercicio de la acción penal, entre otros.

8. GUATEMALA

a. *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros* – Expediente 3380-2007, Corte de Constitucionalidad, 12 de diciembre de 2007

Recurso de apelación interpuesto en el proceso de amparo promovido por la defensa de Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y Pedro García Arredondo contra el auto del Tribunal Quinto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, que ordenó la detención provisional de las personas antes mencionadas con fines de extradición al Reino de España por cargos de terrorismo, homicidio y secuestro[2]. Esta solicitud se presenta en el marco de los procesos iniciados por la denuncia de Rigoberta Menchú, por los hechos delictivos perpetrados durante el conflicto armado interno que tuvo lugar en el territorio de Guatemala. Se hace especial referencia a la matanza ejecutada en la Embajada de España en Guatemala, en enero de 1980, y a los asesinatos de sacerdotes españoles y de otras nacionalidades cometidos entre los años 1976 y 1983. Con respecto a quienes promueven este recurso, Ángel Aníbal Guevara Rodríguez, General del Ejército guatemalteco, fue Ministro de Defensa durante el gobierno del General Romero Lucas García. Pedro García Arredondo fue el Jefe del Comando Seis de la Policía Nacional, durante el mismo gobierno.

[2] En la petición de extradición presentada por el Reino de España se solicitaba la extradición de José Efraín Ríos Montt, Ángel Aníbal Guevara Rodríguez, Oscar Humberto Mejía Víctores, Germán Chupina Barahona, y Pedro García Arredondo. El Tribunal Quinto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente ordenó la detención con fines de extradición de las personas requeridas, con excepción de José Efraín Ríos Montt, quien había sido Presidente de la República.

b. *Caso Masacre de Río Negro (Macario Alvarado Toj y otros)* – Expediente No. 96-2008, Corte de Apelaciones de Cobán, 24 de septiembre de 2008

Sentencia de segunda instancia (recurso de apelación especial) en el juicio de responsabilidad penal individual de Macario Alvarado Toj, Francisco Alvarado Lajuj, Tomas Vino Alvarado, Pablo Ruiz Alvarado, Bonifacio Cuxun López y Lucas Lajuj Alvarado por el delito de asesinato de Marta Julia Chen Osorio, Demetria Osorio Lajuj, Margarita Chen Uscap, Eusebia Oosorio, y otras 22 personas más. Los acusados eran miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil que, durante un operativo en la aldea de Río Negro, asesinaron a las víctimas reconocidas en la sentencia, todas ellas mujeres y niños mayas.

9. HONDURAS

a. *Opinión sobre el "Estatuto de la Corte Penal internacional"* – Corte Suprema de Justicia de Honduras, fallo de 24 de enero de 2002

10. MÉXICO

a. *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo* – Amparo en Revisión 140/2002, MP. Humberto Román Palacios, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10 de junio de 2003

Recurso de revisión en el juicio de amparo promovido por Ricardo Miguel Cavallo, en contra del acuerdo por el cual se concedía su extradición para ser juzgado en España, con base en el principio de jurisdicción universal, por los delitos de genocidio, terrorismo y tortura. De conformidad con la acusación, Ricardo Cavallo, ex militar argentino, participó activamente en los grupos de tareas encargados de secuestrar opositores argentinos; así mismo, era uno de los encargados de implementar el sistema de tortura científica a los detenidos-desaparecidos en la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA). Con base en la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México finalmente concedió la extradición para su juzgamiento en España, por los delitos de genocidio y terrorismo. Sin embargo, no se concedió la misma por el cargo de tortura, al considerar que la acción penal respecto de ésta había prescrito, de conformidad con el derecho mexicano.

b. *Recurso de apelación (Caso Jesús Piedra Ibarra) (Luis de la Barreda Moreno y otros)* – Recurso de Apelación Extraordinaria 1/2003, MP. Juventino V. Castro y Castro, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de noviembre de 2003

Recurso de apelación extraordinaria promovido por el Ministerio Público contra la resolución del Juzgado Federal Cuarto de Distrito en Materia Penal en el Estado de Nuevo León, por la que se declaró prescrita la acción penal en contra de Luis de la Barreda Moreno, Miguel Nazar Haro y Juventino Romero Cisneros, por el delito de privación ilegal de la libertad en

perjuicio de Jesús Piedra Ibarra. Este recurso se da en el marco de uno de los casos promovidos por la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado[3]. Luis de la Barreda Moreno fue el titular de la disuelta Dirección Federal de Seguridad, Secretaría de Gobernación (1947-1986), la cual tenía a su cargo vigilar, analizar e informar con hechos relacionados con la seguridad nacional. Juventino Romero Cisneros fue uno de los Agentes de la Policía Judicial del Estado de Nuevo León que han sido acusados por llevar a cabo la detención material de Jesús Piedra Ibarra.

c. *Recurso de apelación (Caso de la masacre de Corpus Christi) (Luis Echeverría Álvarez y otros)* – Recurso de apelación 1/2004-PS derivado de la facultad de atracción 8/2004-PS, MP. José Ramón Cossío Díaz, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de junio de 2005

Recurso de apelación promovido por la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado contra el acuerdo del Juez Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, por el cual se declara extinta la acción penal en la causa seguida contra Luis Echeverría Álvarez, Mario Augusto José Moya y Palencia, Luis de la Barreda Moreno, Miguel Nazar Haro, José Antonio González Aleu, Manuel Díaz Escobar Figueroa, Rafael Delgado Reyes, Sergio San Martín Arrieta, Alejandro Eleazar Barrón Rivera, Sergio Mario Romero Ramírez y Víctor Manuel Flores Reyes, por el delito de genocidio. Los hechos sobre los que versa el caso se refieren al asesinato de diversas personas durante una manifestación en la Calzada México-Tacuba el 10 de junio de 1971. De los acusados, Luis Echeverría Álvarez fue Secretario de Gobernación (1964-1969) y Presidente de los Estados Unidos Mexicanos (1970-1976). Mario Augusto José Moya y Palencia fue Secretario de Gobernación durante la administración de Echeverría. Luis de la Barreda Moreno y Miguel Nazar Haro fueron ambos titulares de la Dirección Federal de Seguridad. José Antonio González Aleu fue Subdirector de Servicios Generales del entonces Departamento del Distrito Federal. Manuel Díaz Escobar Figueroa fue el jefe operativo de "Los Halcones", grupo de choque organizado por la subdirección antes referida, cuyos integrantes materialmente perpetraron la masacre. Los demás acusados eran miembros del grupo "Los Halcones".

11. PANAMÁ

a. *Recurso de apelación (Caso Rubén Oscar Miró Guardia)* – Expediente 370 E, MP. Roberto González R., Corte Suprema de Justicia, 27 de abril de 2004

Recurso de apelación interpuesto por el licenciado Alberto Almanza, Director General de la Comisión de la Verdad, contra el auto que declara improcedente la solicitud de reapertura de las investigaciones sobre el homicidio de Rubén Oscar Miró Guardia. De conformidad con la Corte Suprema, Miró Guardia fue asesinado en un momento histórico donde los órganos encargados de la administración de justicia "estaban sometidos a las decisiones de un régimen

[3] El nombre oficial es "Fiscal especial para la atención de hechos probablemente constitutivos de Delitos Federales cometidos directa o indirectamente por servidores públicos en contra de personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado".

militar" y, por ende, "carecían de la independencia e imparcialidad que se exige". Con estas bases, la Corte ordena la reapertura de la investigación.

b. *Recurso de apelación (Caso Gerardo Olivares)* – Expediente: 426-E, MP. Esmeralda Arosemena de Troitiño, Corte Suprema de Justicia, 3 de octubre de 2006

Recurso de apelación interpuesto por Rolando Rodríguez, entonces Fiscal Superior del Segundo Distrito Judicial de Coclé y Veraguas, contra la resolución del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial de Panamá, que niega la reapertura del sumario instruido por la muerte de Gerardo Olivares V. Según la resolución apelada, la causa había sido previamente sobreseída de forma definitiva y además, la acción penal estaba prescrita.

c. *Recurso de apelación (Caso Cruz Mojica Flores)* – Expediente 636-E, MP. Aníbal Salas Céspedes, Corte Suprema de Justicia, 26 de enero de 2007

Recurso de apelación promovido por la representación de Edilberto del Cid Dueñas en contra del auto emitido por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial de Panamá, que rechazó la solicitud de prescripción de la acción penal dentro de las sumarias en averiguación por la muerte de Cruz Mojica Flores. Se alega que el uso por analogía del delito de homicidio para investigar presuntas desapariciones forzosas sin prueba de que efectivamente haya ocurrido el primero, constituye una infracción al debido proceso y una violación del espíritu de la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas. En tal sentido, expresa que no existe norma penal que tipifique el delito de desaparición forzada. Edilberto del Cid Dueñas fue el jefe de la brigada militar "Macho del Monte", parte de la Guardia Nacional.

12. PARAGUAY

a. *Acción de inconstitucionalidad promovida por Modesto Napoleón Ortigoza – Acción de inconstitucionalidad en el juicio: Modesto Napoleón Ortigoza s/ supuesto homicidio del Cadete Alberto Anastacio Benítez*, Acuerdo y Sentencia 585, Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio, Suprema Corte de Justicia, 31 de diciembre de 1996

Acción de inconstitucionalidad promovida por la defensa de Modesto Napoleón Ortigoza y la consiguiente nulidad de las actuaciones del proceso por la muerte de Alberto Anastasio Benítez. Se alega que el acusado fue torturado para obtener la confesión en la que se basó el proceso y que las autoridades estatales tienen la obligación de investigar dicha tortura ya que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles. El presunto homicidio y los hechos de tortura tuvieron lugar a principios de los años sesenta, durante el régimen de Alfredo Stroessner. Modesto Napoleón Ortigoza ha sido considerado como un preso político y los cargos en su contra como parte del sistema de persecución contra los militares disidentes de dicho régimen.

13. PERÚ[4]

a. *Recurso de hábeas corpus promovido por Alfredo Crespo Bragayraco* – Expediente No. 0217-2002-HC/TC, Recurso extraordinario, Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2002

Recurso extraordinario interpuesto por Alfredo Crespo Bragayraco contra la sentencia expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ica que declaró improcedente la acción de *hábeas corpus* contra el fuero militar y el Estado peruano por la vulneración de su derecho a la libertad individual, en el que solicita que se declare nulo y sin efecto jurídico el proceso penal militar que se le siguiera por el delito de traición a la patria, y se disponga su inmediata libertad y/o se le procese en el fuero común. Alfredo Crespo Bragayraco fue detenido por miembros de la DINCOTE, procesado y sentenciado por el delito de traición a la patria en la justicia militar, por lo que se le aplicó la pena de cadena perpetua. Alega que con tal juzgamiento se han afectado sus derechos constitucionales al juez natural, de defensa y el principio de legalidad penal.

b. *Recurso de hábeas corpus promovido por María Emilia Villegas Namuche* – Expediente No. 2488-2002-HC/TC, Recurso extraordinario, Tribunal Constitucional, 18 de marzo de 2004

Recurso extraordinario interpuesto por María Emilia Villegas Namuche contra la sentencia de la Primera Sala Penal de Piura que declaró fundada, en parte, la acción de *hábeas corpus* a favor

[4] En las decisiones de las cortes y tribunales peruanos se hace constante referencia al Grupo (o Destacamento) Colina el cual, según el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, "fue un destacamento orgánico y funcional ubicado durante [el] gobierno [de Alberto Fujimori] en la estructura del Ejército en la medida que utilizaba los recursos humanos y logísticos de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) y del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN). Por lo tanto, para su constitución y funcionamiento debía de contar con una partida secreta que cubriera los requerimientos de un contingente militar dedicado en exclusividad a una actividad ilícita que implicó graves violaciones a los derechos humanos". Comisión de la Verdad y Reconciliación. Informe Final. Lima: CVR, 2003, Tomo III, Capítulo 2, pág. 130. Sobre el mismo tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que el Grupo Colina "era un grupo adscrito al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) que operaba con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército. Tenía una estructura jerárquica y su personal recibía, además de sus remuneraciones como oficiales y sub-oficiales del Ejército, dinero para gastos operativos y retribuciones económicas personales en carácter de bonificación. El Grupo Colina cumplía una política de Estado consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas que se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes o contrarios al régimen del ex Presidente Alberto Fujimori, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas". Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, párrs. 80.17 y 80.18. Este mismo texto ha sido citado por el propio Tribunal Constitucional de Perú. Asimismo, en los resúmenes de distintas decisiones se hace referencia a dos casos particulares: "La Cantuta" y "Barrios Altos". El primero de éstos se refiere a la ejecución extrajudicial de nueve estudiantes y un catedrático de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle "La Cantuta", en Lima. El segundo se refiere a la ejecución extrajudicial de quince personas y las lesiones graves sufridas por otras cuatro, en el marco del "plan denominado 'Ambulante' que tenía como objetivo vigilar activistas pro subversivos e inmuebles en la zona de Barrios Altos, en el centro de Lima. Entre estos, un solar ubicado en el Jirón Huanta Nº 840". Comisión de la Verdad y Reconciliación, op. cit., Tomo VII, capítulo 2.

de su hermano, Genaro Villegas Namuche, quien era estudiante de la Facultad de Ingeniería de Minas de la Universidad Nacional de Piura, y el día 2 de octubre de 1992 salió a trabajar y nunca más se le volvió a ver. Solicita que se obligue al Estado peruano a devolver con vida a su hermano o informar dónde se encuentran sus restos mortales, y a anular el proceso penal que se le siguió en el Fuero Militar, en el cual fue condenado, en ausencia, a cadena perpetua por el delito de traición a la patria. La Primera Sala Penal de Piura había declarado inadmisible el *hábeas corpus* en el extremo en que se solicita la entrega con vida del beneficiario o se indique el lugar donde descansan sus restos, por considerar que no se había acreditado fehacientemente su desaparición o ausencia, de conformidad con las leyes nacionales aplicables.

c. *Recurso de hábeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete* – Expediente No. 2798-04-HC/TC, Recurso extraordinario, Tribunal Constitucional, 9 de diciembre de 2004

Recurso Extraordinario interpuesto por Gabriel Orlando Vera Navarrete contra el auto de la Segunda Sala Especializada Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara infundada la acción de *hábeas corpus* en contra de determinados magistrados por considerar que sufre una detención arbitraria. Alega que lleva más de 36 meses en detención efectiva sin que haya sido objeto de sentencia condenatoria en ninguno de los procesos que se le sigue. Gabriel Orlando Vera Navarrete se encontraba bajo proceso por su participación, como miembro del Grupo Colina, en los hechos delictivos cometidos en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle "La Cantuta", y por la matanza de Barrios Altos, entre otros. En 2008, la Corte Suprema de Justicia de Lima condenó a Gabriel Orlando Vera Navarrete como coautor directo por los delitos de homicidio calificado y desaparición forzada en la causa "La Cantuta".

d. *Recurso de hábeas corpus promovido por Máximo Humberto Cáceda Pedemonte* – Expediente No. 1805-2005-HC/TC, Recurso de agravio constitucional, Tribunal Constitucional, 29 de abril de 2005

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Abel González del Río contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara infundada la acción de *hábeas corpus* en la que se solicita la inmediata liberación de Máximo Humberto Cáceda Pedemonte. El objeto del proceso constitucional es que se declare fundada la excepción de prescripción de la causa penal seguida en su contra. Se imputa a Máximo Humberto Cáceda Pedemonte haber formado parte de una agrupación ilícita para delinquir por el hecho de haber contribuido a la concertación de los altos oficiales del Ejército Peruano con los efectivos de su institución integrantes del Grupo Colina, pues en su condición de Comandante del Ejército Peruano y Jefe de Economía del Servicio de Inteligencia habría autorizado beneficios económicos como gastos operativos y la remuneración de dichos efectivos, así como financiar sus "propias estrategias", consistentes en seguimiento, detención, interrogación mediante tortura, aniquilamiento y desaparición física.

e. *Recurso de hábeas corpus promovido por Juan Nolberto Rivero Lazo* – Expediente No. 4677-2005-PHC/TC, Recurso de agravio constitucional, Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2005

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Marietta Guillén de Rivero, a favor de Juan Nolberto Rivero Lazo, en contra de la resolución de la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de *hábeas corpus.* Alega la recurrente que se ha excedido el plazo máximo de detención. Juan Nolberto Rivero Lazo, General del Ejército Peruano, fue el Jefe de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE) y miembro del Grupo Colina. Al momento de intentar el recurso, se encontraba bajo proceso por su participación en los hechos delictivos cometidos en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle "La Cantuta", y por la matanza de Barrios Altos, entre otros.

f. *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros)* – Expediente No. 560-03, Sala Penal Nacional, 13 de octubre de 2006

Juicio de responsabilidad penal individual de Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otras 22 personas identificadas como integrantes del Comité Central, el Comité Permanente y/o el Buró Político, organismos de la más alta jerarquía dentro de la organización ilegal denominada Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso. Se les acusa por los delitos de terrorismo, terrorismo agravado y afiliación a agrupación terrorista. El proceso se basa en la teoría de imputación de la autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados.

g. *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas* – Expediente No. 679-2005-PA/TC, Tribunal Constitucional, 2 de marzo de 2007

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Santiago Enrique Martin Rivas contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declara improcedente la demanda de amparo contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, en el que alega la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la cosa juzgada, a la amnistía y el principio de seguridad jurídica. El 17 de octubre de 2001, el Consejo antes referido reabrió el caso conocido como "La Cantuta", y anuló la ejecutoria suprema que disponía su archivo definitivo con base en las leyes de amnistía –Ley N.° 26479 y N.° 26492. Santiago Enrique Martin Rivas, Mayor del Ejército peruano, fue uno de los líderes del Grupo Colina.

h. *Demanda de amparo promovida por Julio Rolando Salazar Monroe* – Expediente No. 03938-2007-PA/TC, Recurso de agravio constitucional, Tribunal Constitucional, 15 de noviembre de 2007

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Julio Rolando Salazar Monroe contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que declaró infundada la demanda de amparo dirigida contra el Consejo Supremo de Justicia Militar. Solicita que se dejen sin efecto las resoluciones por las cuales se anuló la resolución

de sobreseimiento definitivo de los hechos investigados con relación a la matanza de Barrios Altos, por considerar que se violan sus derechos constitucionales al debido proceso y a no ser procesado dos veces por el mismo hecho. Sostiene que dicho sobreseimiento no se fundó en la aplicación de las leyes de amnistía, sino en consideraciones de insuficiencia de los medios probatorios, por lo cual no le alcanzan los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos. Julio Rolando Salazar Monroe fue Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional y miembro del Grupo Colina. En 2008, la Corte Suprema de Justicia de Lima lo condenó como autor mediato por los delitos de homicidio calificado y desaparición forzada, por los hechos de "La Cantuta", una de las causas penales que se siguen en su contra.

i. *Recursos de nulidad y consultas (Caso Cúpula de Sendero Luminoso)* – R.N. N.° 5385-2006, Segunda Sala Penal Transitoria, Suprema Corte de Justicia, 14 de diciembre de 2007

Recurso de nulidad y consultas en el proceso seguido contra Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otras 22 personas identificadas como integrantes del Comité Central, el Comité Permanente y/o el Buró Político, organismos de la más alta jerarquía dentro de la organización ilegal denominada Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso. La Suprema Corte de Justicia no dio lugar a los recursos de nulidad, por lo que se confirmó la sentencia de primera instancia.

j. *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori)* – Expediente No. A.V. 19-2001, Sala Penal Especial, Corte Superior de Justicia de Lima, 7 de abril de 2009

Juicio de responsabilidad penal individual de Alberto Fujimori Fujimori, quien fue presidente de la República de Perú entre el 28 de julio de 1990 y el 17 de noviembre de 2000. La Corte Suprema de Justicia de la República determinó la responsabilidad del acusado como autor mediato (mediante aparatos organizados de poder) por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro, en los casos "Barrios Altos" y "La Cantuta", calificados como crímenes de lesa humanidad. El proceso se basa en la teoría de imputación de la autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados.

14. URUGUAY

a. *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros)* – Sentencia No. 036, Ficha 98-247/2006, Juez Penal 19° Turno, 26 de marzo de 2009

Juicio de responsabilidad penal individual de José Nino Gavazzo Pereira y José Ricardo Arab Fernández como coautores responsables del delito de homicidio muy especialmente agravado en perjuicio de Adalberto Waldemar Soba Fernández, Gerardo Francisco Gatti Antuña, León Gualberto Duarte Luján, Alberto Cecilio Mechoso Méndez, Ary Cabrera Prates, Cecilia Susana Trias Hernández, y otras 22 personas más. Los hechos se cometieron en el período dictatorial cívico militar, comprendido entre los años 1973 y 1985 y responden a la coordinación operacional de las cúpulas de los gobiernos de hecho que regían en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay

y Uruguay, denominada "Plan Cóndor". El objetivo central de dicho plan era el seguimiento, vigilancia, detención, los interrogatorios con apremios psíco-físicos, los traslados entre países y la 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". José Nino Gavazzo Pereira, Teniente Coronel del Ejército uruguayo, fue jefe operativo del Servicio de Información de Defensa y estuvo al frente del centro clandestino de detención Automotores Orletti. José Ricardo Arab Fernández, Capitán del Ejército uruguayo, era también miembro del Servicio de Información de la Defensa.

15. VENEZUELA

a. *Decisión sobre la extradición de José María Ballestas Tirado* – Sentencia 869, Exp. No. 01-847, MP. Alejandro Angulo Fontiveros, Tribunal Supremo de Justicia, Fallo del 10 de diciembre de 2001

Decisión sobre la solicitud de extradición de José María Ballestas Tirado por los delitos de rebelión, secuestro extorsivo, homicidio culposo, apoderamiento y desvío de aeronave, presentada por el Gobierno de Colombia. Los hechos por los cuales se solicita la extradición José María Ballestas Tirado, ciudadano colombiano, son los siguientes: "...el 12 de abril de 1999, el avión de Avianca, que cubría la ruta Bucaramanga-Bogotá, fue secuestrado junto con toda su tripulación y desviado a San Pablo Bolívar, hechos de conocimiento público y atribuidos al grupo subversivo del E.L.N...".

b. *Recurso de revisión (Caso Marco Antonio Monasterios Pérez) (Casimiro José Yánez)* – Sentencia 1747, Exp. No. 06-1656, MP. Carmen Zuleta de Merchán, Tribunal Supremo de Justicia, 10 de agosto de 2007

Recurso de revisión promovido por la Fiscalía Quinta del Ministerio Público para actuar ante la Sala de Casación y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en contra de la resolución de la Sala de Casación Penal del propio Tribunal Supremo de Justicia. Esta última sala decidió el avocamiento solicitado por Casimiro José Yánez, en la causa que se le sigue por la comisión del delito de desaparición forzada de Marco Antonio Monasterios Pérez; determinó, entre otros, que no se podía acusar por este delito ya que el mismo no estaba tipificado en el código penal al momento de los hechos. Casimiro José Yánez se desempeñó como funcionario de la Dirección del Servicio de Inteligencia y Prevención del Ministerio del Interior y Justicia.

CAPÍTULO I
CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

El reconocimiento, por parte de la comunidad internacional, de determinados valores e intereses comunes que han de ser prioritariamente protegidos para garantizar la dignidad del ser humano, así como la seguridad y la paz internacionales, derivaron en el establecimiento de reglas de derecho internacional que proscriben determinadas conductas, que se conocen como "crímenes de derecho internacional", "crímenes bajo derecho internacional" o "crímenes internacionales". El profesor M. Cherif Bassiouni ha definido estos crímenes como "el aspecto penal del derecho internacional consistente en un cuerpo de prohibiciones […] que contienen características penales que evidencian la criminalización de ciertas conductas, independientemente de las modalidades o mecanismos de aplicación"[1].

En la actualidad, importantes estudios académicos en la materia han identificado un conjunto amplio de normas internacionales de este tipo[2]. Entre las conductas proscritas por dichas normas, destacan el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión, por ser objeto de particular condena y reproche[3]. La importancia de los bienes jurídicos que buscan tutelar, el daño que intentan evitar y su gravedad intrínseca son algunas de las características que, de conformidad con la jurisprudencia y doctrina, determinan su naturaleza[4] y hacen de estas conductas el núcleo de los crímenes de derecho internacional[5].

---

1 Bassiouni, M. Cherif, "The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework", en Bassiouni, M. Cherif (ed.), *International Criminal Law. Crimes,* Volumen I, 2da. edición, Transnational Publisher, Inc., Nueva York, 1999, pág. 31 [Ésta y las demás traducciones al español en este texto son traducciones no oficiales realizadas por Ximena Medellín Urquiaga (en adelante "Traducción no oficial")].

2 Entre dichos estudios resaltan los realizados por los profesores Bassiouni y Schabas, quienes coinciden al apuntar que las proscripciones penales internacionales incluyen: piratería, esclavitud, trata de esclavos y personas, secuestro de aeronaves, robo de materiales nucleares, financiamiento de actividades terroristas, actos ilegales en contra de la seguridad en la navegación marítima y de las plataformas en alta mar, entre otras. *Idem*, así como nota *infra* 4.

3 Como reafirmación de la condena unánime por parte de la comunidad internacional, el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala que los crímenes de agresión, genocidio, lesa humanidad y guerra son los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional". Véase, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

4 En un análisis de la naturaleza "internacional" de estos crímenes, el profesor William Schabas enfatizó que "su naturaleza abominable eleva estos [crímenes] a un nivel en el cual los mismos son 'preocupación' de toda la comunidad internacional. [Dichos crímenes] exigen persecución penal porque la humanidad, en su conjunto, es la víctima". Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court,* 3ra edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2007, pág. 83 [Traducción no oficial].

5 La calificación de los crímenes de agresión, genocidio, lesa humanidad y guerra como el "núcleo de los crímenes de derecho internacional" ha sido propuesta, entre otros, por Ciara Damgaard, en su estudio

De manera adicional, pero aún como parte de la reflexión sobre la naturaleza internacional de estos crímenes, el profesor William Schabas ha resaltado que la misma deriva de demandas prácticas y políticas por las cuales los Estados, en su conjunto o de manera individual, adquieren el derecho y el deber de investigarlos y enjuiciarlos, ante la imposibilidad o falta de voluntad del Estado en dónde se han cometido[6]. Otros trabajos académicos en el tema, entre ellos los del profesor Antonio Cassese, han apuntado a la existencia de los llamados "elementos internacionales" o de "contexto de violencia organizada" como las características centrales para la calificación de un hecho como crimen de derecho internacional[7]. Según el profesor Cassese, estos elementos son: (i) en el genocidio, el dolo especial o intención genocida; (ii) para los crímenes de lesa humanidad, la naturaleza sistemática o generalizada del ataque contra la población civil, y (iii) en los crímenes de guerra, el contexto de conflicto armado y la relación directa de la conducta con el mismo[8]. Así, una vez establecidos estos elementos, un hecho de naturaleza abominable en sí mismo, como lo es por ejemplo privar de la vida o torturar a una persona, asciende (por el término en inglés *amounts to)* a la categoría de crimen internacional.

A la luz de las características antes apuntadas, es pertinente hacer una breve reflexión sobre las coincidencias y divergencias entre estos crímenes y las violaciones de derechos humanos. En primer término, ambas categorías constituyen medios jurídicos a través de los cuales la comunidad internacional busca proteger valores considerados como esenciales para la existencia humana, *i.e.* derechos individuales y colectivos de las personas y grupos humanos; en casos particulares, como la prohibición de la tortura y el crimen de lesa humanidad de tortura, el valor que se busca proteger es, incluso, el mismo. Asimismo, la infracción de estas normas internacionales trae aparejada la responsabilidad del sujeto obligado, sea el sujeto activo del crimen, como persona física (en el caso de los delitos y los crímenes), o bien el Estado al cual le es atribuible la conducta (tanto en el caso de las violaciones de derechos humanos como de los crímenes internacionales).

No obstante todas estas similitudes, los crímenes de derecho internacional y las violaciones graves de los derechos humanos no pueden ni deben ser confundidos. Claramente, ante la ausencia de los elementos contextuales antes referidos, la conducta, por abominable que sea, no podría ser calificada como un crimen de derecho internacional en tanto que sí puede ser

Individual Criminal Responsability for Core Internacional Crimes, Cameron May, Reino Unido, 2006. Véase también, por ejemplo, Ferdinandusse, Ward N. , *Direct Application of International Criminal Law in National Courts,* TMC Asser Press, Países Bajos, 2006.

6 A este respecto, es de interés precisar que, para el profesor Schabas, el argumento político en la persecución internacional de los crímenes de agresión, genocidio, lesa humanidad y guerra es un punto crucial que los diferencia de otros crímenes regulados por el derecho internacional que afectan gravemente valores reconocidos y compartidos por todos los Estados, tales como la piratería, esclavitud, secuestro de aeronaves, etcétera. Para Schabas, la dimensión internacional requerida en la persecución penal de este último conjunto de crímenes –a los cuales llama "transnacionales", en coincidencia con las categorías desarrolladas por Bassiouni– se deriva de motivos técnicos y no políticos. Los mismos se desarrollan, muchas veces, en espacios sobre los cuales ningún país o varios países tienen jurisdicción de conformidad con las reglas establecidas sobre territorialidad de las normas penales; por este motivo, se requieren esquemas de alta cooperación penal internacional o mecanismos de naturaleza internacional para su persecución. En contraste, tal como ha revelado la práctica, la deficiencia o ausencia absoluta de investigación, enjuiciamiento y sanción del genocidio, los crímenes de lesa humanidad o de guerra se debe a la falta de voluntad o capacidad del Estado en donde se perpetraron los mismos para cumplir con estas obligaciones. Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court,* nota *supra* 4.

7 Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* 2da edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2008.

8 *Ibídem.*

calificada como una violación grave de derechos humanos. A manera de ejemplo, la masacre de una población cometida por actores estatales en violación de una obligación contenida en un tratado internacional de derechos humanos constituirá, por regla general, una violación grave de derechos humanos; en ausencia de la intención genocida, del ataque generalizado o sistemático contra una población civil o del conflicto armado y su relación con la conducta, ese mismo hecho no podrá calificarse jurídicamente como crimen internacional.

Así, a pesar de la íntima relación que existe entre ambas categorías, la calificación jurídica precisa de una conducta es crucial para, entre otros, (i) hacer una correcta evaluación de los hechos y determinar todos los elementos que los caracterizaron, (ii) delimitar claramente los parámetros de la obligación contenida en las normas relevantes a fin de establecer la o las responsabilidades que correspondan y sus consecuencias, (iii) definir los mecanismos jurídicos apropiados, nacionales o internacionales, para establecer dichas responsabilidades, (iv) y hacer una correcta aplicación del régimen jurídico que corresponda a cada una de las categorías[9].

Con base en esta breve explicación, en este capítulo se presenta la interpretación que las cortes y tribunales latinoamericanos han realizado respecto de estas tres categorías de crímenes de derecho internacional, los cuales han, tristemente, marcado la historia de nuestra región.

Con el objetivo de facilitar el estudio y comprensión del tema, se han seleccionado decisiones en las que se identifican y analizan los distintos elementos materiales y subjetivos de los crímenes; al respecto, es importante precisar que se ha optado por estructurar el capítulo siguiendo, de manera prioritaria, la jurisprudencia internacional en la materia, la cual se ha avocado a identificar con detalle cada uno de estos elementos. De manera complementaria, el lector podrá encontrar otros temas que, a manera de *dicta,* han sido abordados por las cortes y tribunales latinoamericanos. Éstos, si bien no establecen reglas de derecho, demuestran una recepción de las categorías del derecho internacional en el derecho interno y sirven como telón de fondo para el mejor entendimiento de la materia. A manera de ejemplo, entre dichos temas el lector podrá encontrar el recuento sobre el desarrollo histórico de las definiciones legales de los crímenes.

1. ASPECTOS GENERALES

El análisis general del concepto y evolución de los crímenes internacionales ha sido incluido en las decisiones de diversas cortes latinoamericanas, enmarcado en la teoría que sobre los mismos han desarrollado la jurisprudencia y doctrina internacionales. Al respecto, resulta pertinente resaltar tres puntos específicos de la jurisprudencia que a continuación se presenta.

En primer lugar, ésta reconoce la diversidad de los cuerpos normativos que han confluido en el desarrollo de las definiciones convencionales y consuetudinarias de estos crímenes, en

[9] El presente estudio versa, en parte, sobre la interpretación que han realizado las cortes latinoamericanas sobre el régimen jurídico aplicable a los crímenes de derecho internacional, sobre la cual no es necesario entrar en detalles en este momento. Vale la pena, sin embargo, mencionar algunas de las reglas y principios internacionales que caracterizan el régimen jurídico de los crímenes de derecho internacional. Así, por ejemplo, los mismos no pueden estar sujetos a la aplicación de normas de prescripción, amnistías o indultos; los Estados podrán ejercer, de conformidad con la regulación concreta, jurisdicción sobre dichos crímenes con base en el principio de jurisdicción universal y, al mismo tiempo, la perpetración de este tipo de crímenes trae aparejada la responsabilidad penal individual del perpetrador, la cual, atendiendo a las normas de competencia y admisibilidad respectivas, podrá ser determinada por un tribunal internacional.

particular, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Al mismo tiempo, no obstante el énfasis en la vinculación entre estos sistemas normativos, las decisiones presentadas tienen la especificidad y técnica requerida para diferenciar dichos crímenes de las violaciones de los derechos humanos. Por último, es de atención el reconocimiento que algunas de estas decisiones hacen del carácter de norma de *ius cogens* que han adquirido muchas de estas ofensas como, por ejemplo, la prohibición de cometer genocidio.

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 2.2:

> [Uno] de los aspectos sobresalientes de la construcción del consenso de la comunidad internacional para la protección de los valores de la dignidad humana y de repudio a la barbarie, es el reconocimiento de un conjunto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como crímenes internacionales, cuya sanción interesa a toda la comunidad de naciones por constituir un core *delicta iuris gentium,* es decir, el cuerpo fundamental de "graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones" [nota en el original omitida].
>
> A la par de la evolución de las leyes de la guerra, del derecho internacional humanitario, del derecho de los derechos humanos y de la creación de tribunales internacionales para juzgar a los responsables de crímenes atroces, la comunidad internacional fue llegando a un consenso en torno a la necesidad de proscribir en el derecho internacional los crímenes más atroces, cuya gravedad se podía apreciar por las dimensiones en las que ocurrían, por el impacto profundo que tenían sobre la dignidad humana, o por los devastadores efectos que podían tener sobre la paz, la seguridad o la convivencia de la comunidad de naciones. Ese consenso fue construido a lo largo de varios siglos [nota en el original omitida], pero su mayor y acelerado desarrollo se dio después de finalizada la Segunda Guerra Mundial.
>
> Los mayores avances […] en la definición de crímenes internacionales, cuya sanción interesaba a toda la comunidad internacional se logran a partir de 1946, con la creación del Tribunal Militar de Nüremberg y los demás Tribunales Militares creados en la post guerra, así como con la decisión de las Naciones Unidas de establecer una Comisión de Derecho Internacional para la elaboración de un código de delitos contra la paz y la seguridad del género humano, fundado en los principios desarrollados en el Tribunal de Nüremberg, cuyos primeros resultados se dieron en 1950 [nota en el original omitida]. No obstante, la falta de consenso para lograr una definición del crimen de agresión [nota en el original omitida], llevó a que en lugar de la adopción de un código, se optara por instrumentos internacionales separados, para la sanción de distintas conductas cuya gravedad les daba la categoría de crímenes internacionales [nota en el original omitida].

Chile, *Caso de los detenidos-desaparecidos en La Moneda (Fernando Burgos y otros) (Relación de sentencias 3.b),* Considerandos 6 y 7:

[D]e un análisis histórico previo, resulta que en nuestro hemisferio, ya en [1863] el presidente norteamericano Abraham Lincoln, dicta el denominado Código de Lieber u Orden No. [100], tendiente a proporcionar legitimidad jurídica a la lucha de la Unión que la distinguiera sobre la guerra secesionista llevada a cabo por la Conferencia del Sur.

Se ha señalado en él que: "los [157] artículo[s] que componen esta orden del Ejecutivo tienen como núcleo la afirmación de la condición humana de quienes combaten en el campo de batalla y, en consecuencia, la exigencia de reconocerla bajo toda circunstancia en el tratamiento que se proporcionará a quienes se hubieran rendido o no estuvieren en condiciones de defenderse, incluida la población civil no involucrada en las actividades militares" [nota en el original omitida].

Se ha manifestado también que las expresiones "humanidad", "leyes de humanidad" y "dictados de la humanidad" fueron utilizados, por primera vez, en el preámbulo de la Convención IV de La Haya, del 18 de octubre de 1907, respecto a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

El párrafo segundo del preámbulo señala que los Estados contratantes están: "Animados del deseo de atender, aun en esa extrema hipótesis, a los intereses de la humanidad y a las vigencias siempre crecientes de la civilización"; entre tanto, el párrafo 8 del preámbulo —la denominada cláusula Martens— dispone que "… las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas en ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios de derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública" [nota en el original omitida].

[A]sí, desde aquel entonces en el devenir histórico, ante la exigencia que demandaba a la conciencia jurídica internacional el holocausto judío, *el derecho penal internacional logra la concreción de tipos incriminatorios por conductas lesivas en contra de la humanidad* en el literal c) del artículo 6 del "Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg" […] [Énfasis añadido].

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerandos 11-17:

[L]a Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma del modelo de Wesfalia difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. El derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales *inter pares,* y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un *simple pactum asociationis,* sino además, un *pactum subiectionis.* En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no sólo los Estados, sino también los individuos y los pueblos [nota en el original omitida].

[La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta de las Naciones Unidas] importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Esta necesaria protección de los derechos humanos, a la que se han comprometido los estados de la comunidad universal, no se

sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo [nota en el original omitida].

Esta concepción del derecho internacional procura excluir ciertos actos criminales del ejercicio legítimo de las funciones estatales [nota en el original omitida] […] y se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la declaración mencionada y que no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional.

[D]esde sus mismos orígenes se ha considerado que la admisión de la existencia de los delitos relacionados con el derecho de gentes dependía del consenso de las naciones civilizadas, sin perjuicio, claro está, de las facultades de los diversos estados nacionales de establecer y definir los delitos castigados por aquel derecho [nota en el original omitida]. Cabe agregar que la positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico del clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo [nota en el original omitida].

[L]a consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *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 [nota en el original omitida].

[E]xistía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba inadmisible la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes [nota en el original omitida].

Adicionalmente, véase, Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerando 228:

Ningún conflicto armado u objetivo político justifica o disculpa el empleo de la violencia extrema, el terror o la barbarie, por ello existen los crímenes de guerra, los de agresión, los de lesa humanidad, entre otros, aún cuando se trate de conflictos armados entre dos o más Estados. Incluso el paso de los años no genera impunidad ni perdón,

> prueba de ello es que el dos de julio del año en curso, después de cerca de treinta años de producidos los hechos criminales, se ha instalado en Camboya un Tribunal Penal Internacional para juzgar a los dirigentes del Partido Comunista de la llamada Kampuchea Democrática— los Khmer Rouge que estuviera dirigido por el extinto Pol Pot, acusados de ser responsables de la muerte de cerca de dos millones de personas entre mil novecientos setenta y cinco y mil novecientos setenta y nueve, y que se suman a los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex-Yugoslavia.

De manera complementaria a estas decisiones, véase, El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III:

> Desde 1946 —año en el que se formuló el Estatuto del Tribunal de Nüremberg—, se ha creado una serie de normas internacionales cuyo contenido está referido a establecer[,] por una parte, una serie de hechos delictivos o crímenes que atentan contra la humanidad y por otra, el juzgamiento de los responsables de esos hechos. En ese orden, Naciones Unidas las ha sistematizado y las ha adaptado a una serie de instrumentos jurídicos internacionales.
>
> Instrumentos internacionales de entre los que cabe mencionar el *Convenio sobre la Prevención y Castigo del Genocidio* de 1948 […] las cuatro *Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, […] [y] los protocolos adicionales 1 y 2 de dichas convenciones […]. De igual manera cabe señalar la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* […].
>
> Se trata entonces de una serie de instrumentos jurídicos […] que van constituyendo un cuerpo legal a través del cual la *[c]omunidad Internacional protege al individuo*, convirtiéndolo en un *sujeto jurídico internacional*. Son normas jurídicas en las que se tipifica una serie de conductas como delictivas […] [Énfasis en el original].
>
> Conforme a lo anterior, los países firmantes […] se encuentran obligados a perseguir y castigar los delitos allí tipificados, específicamente porque se trata de lesiones a derechos humanos y por ende son bienes jurídicos prioritarios cuyos atentados deben ser imprescriptibles. *Este conjunto de instrumentos han conformado una doctrina distinta del derecho internacional clásico, está destinada a proteger a los individuos, a los grupos sociales y a las poblaciones; son normas que tienen supremacía sobre normas nacionales que obstaculicen su aplicación* [Énfasis añadido].

Para un análisis concreto sobre el reconocimiento y evolución en el derecho internacional de los crímenes de genocidio y lesa humanidad, véase, *"Reconocimiento y evolución del genocidio como crimen de derecho internacional"* y *"Reconocimiento y evolución de los crímenes de lesa humanidad como crímenes de derecho internacional"*, secciones I.2.A. y I.3.A., respectivamente, de este mismo digesto.

A. Elementos contextuales de los crímenes de derecho internacional

Como se ha resaltado ya en la introducción a este capítulo, autores como el profesor Cassese han señalado que los crímenes de derecho internacional se distinguen por los elementos que él mismo ha denominado como "elementos de contexto" o "elementos internacionales".

Los extractos de las dos sentencias que a continuación se presentan apuntan, no a la interpretación que de dichos elementos han realizado las cortes latinoamericanas —lo cual será analizado en la sección correspondiente a cada uno de los crímenes—, sino que sirven como ejemplos del tipo de condiciones históricas, hechos delictivos o estructuras institucionales que han sido considerados por las cortes latinas al presentar el *contexto fáctico* en el que se enmarca el análisis jurídico de los elementos ante mencionados.

Panamá, *Recurso de apelación (Caso Cruz Mojica Flores) (Relación de sentencias 11.c)*, Consideraciones:

> Nos encontramos entonces en dicho momento histórico nacional, [un régimen de fuerza eminentemente militar,] con flagrantes violaciones a los derechos humanos, donde el componente delictivo y las características especiales de las partes marcan una diferencia diametral en el ámbito jurídico. Esta vulneración atañe al ámbito internacional de los derechos humanos incorporado a nuestra legislación por medio de la suscripción de instrumentos aprobados mediante Leyes de la República, en cumplimiento del precepto constitucional normado en el artículo 4.
>
> Desde esta perspectiva la doctrina y jurisprudencia internacional contempla las agresiones de este tipo como delitos de lesa humanidad, donde los crímenes mantienen connotaciones significativas protegidas por el Derecho Penal Internacional, concepto reproducido inalteradamente en diferentes instrumentos internacionales, desde el Estatuto de Nüremberg, la Declaración de los Derechos del Hombre, la Carta de las Naciones Unidas, los Estatutos de los Tribunales Ad Hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda, hasta el Estatuto de Roma.

Adicionalmente, con respecto a ciertas características identificadas por la jurisprudencia nacional y doctrina respecto de la criminalidad estatal y su contexto, véase, Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerandos 625, 735, 747:

> [L]a característica común de un crimen de Estado es la existencia de un plan o diseño en el que participan, según los casos, las FFOO y, por lo general, las cabezas dirigentes del Estado. Ese plan criminal no solo contempla la ejecución de los crímenes previstos, sino también adopta las medidas necesarias para evitar vestigios o huellas materiales, difuminar las pruebas directas; y si se descubren indicios que apunten a la participación de agentes públicos, del aparato estatal, se tiene previsto obstruir la investigación con toda la clase de medios al alcance del Estado —negar su existencia, negar información pública, aludir al secreto de la información oficial, etcétera—, y de no haberse podido paralizar la investigación, intervenir en las consecuencias punitivas, ya sea con el re-

curso a penas simbólicas o empleando la amnistía.

Al respecto, cabe destacar que [el profesor alemán CLAUS] ROXIN considera a la criminalidad de los aparatos de poder organizado estatal, como el *"prototipo de criminalidad organizada"* [nota en el original omitida]. Es más, como refiere ZAFFARONI [nota en el original omitida], la criminología y la criminalística muestran que *"el crimen de estado es un delito altament*e *organizado y jerarquizado, quizá la manifestación de criminalidad realmente organizada por excelencia"* [Énfasis en el original].

Es importante señalar que una particularidad trascendente de este tipo de delincuencia, radica en que el nivel superior estratégico del Estado, esto es, su autoridad central utiliza, en el ejercicio de su cargo, las estructuras del aparato estatal para la comisión sistemática de delitos que por su gravedad y riesgos de impunidad adquieren relevancia internacional [nota en el original omitida]. Esta forma de criminalidad atenta, pues, contra el orden jurídico vigente, dejando al margen el Derecho legalmente estatuido tanto en su dimensión nacional como supranacional. Por lo tanto, un régimen estatal que desde su nivel estratégico superior ordena la comisión de estos graves delitos no puede ser calificado como un Estado de Derecho. En realidad está totalmente apartado de él.

La *desvinculación del ordenamiento jurídico* en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. Primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del Derecho y crear un *sistema normativo totalmente diferente* que no es reconocido ni aceptado por el Derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico. Esto es, inicialmente sólo para la realización de determinados hechos punibles, pero, luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad. Sin embargo, subrepticiamente intenta crear un *sistema normativo alterno* al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves.

Queda claro que la presencia en ambos casos de un apartamiento del Derecho y de la vigencia de dos sistemas normativos paralelos o alternos promovidos desde el mismo Estado, y por quien detenta la máxima autoridad, no pueden ser tolerados por los regímenes democráticos. Por consiguiente, pues, esta situación anómala generará, tarde o temprano, la reacción e intervención de organismos internacionales a los que está vinculado el régimen estatal infractor, para salvaguardar o recuperar el orden jurídico que era reconocido y legitimado por la comunidad internacional.

[En este contexto, es importante mencionar] los gobiernos de facto[,] [que] se constituyen a raíz de "…*hechos que contradicen las normas constitucionales y legales que proveen el modo de constituir un gobierno o el ejercicio mismo del poder político*". En estos casos […] el poder de mando de tales regímenes se encuentra viciado por el *"síndrome de la irregularidad jurídica"*, lo cual conlleva a *"la ruptura total o parcial del ordenamiento constitucional vigente, mediante una acción súbita y violenta"* [nota en el original omitida]. La experiencia latinoamericana ha denunciado que estos regímenes de facto, sobre todo aquellos que surgen de golpes de Estado, paulatinamente se van apartando del

> derecho y auspician un sistema jurídico paralelo dentro del cual la criminalidad de Estado es siempre un efecto latente o manifiesto como se evidenció en varios países de la región en las tres últimas décadas [nota en el original omitida].
>
> Por [todo] ello, la responsabilidad penal se imputa [a las personas que cometen estos crímenes] desde el plano del derecho nacional como del derecho penal internacional. FARALDO CABANA, en este sentido, apunta "…*estas actuaciones de órganos del Estado que suponen la utilización perversa del aparato estatal para su puesta al servicio de la violación sistemática y organizada de derechos humanos son también objeto de Derecho internacional y del Derecho penal internacional cuando pueden encuadrarse entre los crímenes contra la humanidad. Eso sucede en el momento en que la realización de delitos contra bienes jurídicos individuales básicos como la vida, la libertad, la dignidad o la integridad física de las personas, se añade el propósito de destruir de forma organizada y sistemática a un grupo identificable de la población con la tolerancia o participación del poder político de iure o de facto*" [nota en el original omitida] [Énfasis en el original].

Para referencias adicionales sobre los elementos internacionales en cada uno de los crímenes, véase, *"Dolo específico: Intención de destruir total o parcialmente a un grupo específico como tal", "Ataque sistemático o generalizado", "Existencia de un conflicto armado", y "Relación de la conducta con el conflicto armado"*, secciones I.2.B.i, I.3.B.i, I.4.A.i y I.4.A.ii, respectivamente, de este mismo digesto. Así mismo, con respecto a la determinación de delitos que, por sus características, pueden ser subsumidos en normas de derecho internacional, así como las consecuencias jurídicas de dicha subsunción, véase, *"Subsunción de conductas en normas internacionales" y "Consecuencias jurídicas de la subsunción en normas internacionales"*, secciones IV.3.A y IV.3.B, respectivamente, de este mismo digesto.

Por su parte, para un análisis sobre criterios jurisprudenciales propuestos por tribunales y cortes latinoamericanas respecto de la responsabilidad de actores no estatales por la comisión de crímenes de derecho internacional, véase, dentro del tema *"Crímenes de guerra", "Sujeto activo: Actores estatales y no estatales"*, sección I.4.A.iii, así como, dentro del tema *"Autoría mediata", "Existencia de un aparato de poder organizado" y "El caso peruano: Sendero Luminoso (Actores no estatales)"*, secciones I.3.B.i y I.3.C.iii respectivamente, de este mismo digesto.

B. Los crímenes de derecho internacional no pueden considerarse delitos políticos

Sin entrar a una discusión detallada sobre el tema, según la teoría que se adopte, se entiende por delitos políticos aquellos que protegen bienes jurídicos como la integridad del Estado y sus instituciones, y/o bienes, en los cuales la motivación del sujeto activo es el menoscabo "[…] de la integridad jurídica del Estado o regular el funcionamiento de sus instituciones y/o bienes"[10]. Dejando de lado la problemática de la definición de estos delitos, para efectos de este estudio es pertinente resaltar que una de las características más importantes de aquéllos es la limitación

[10] Oñate Laborde, Santiago, "Delito Político", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, pág. 81.

que en diversas normas nacionales e internacionales se ha establecido para conceder la extradición de personas acusadas o condenadas por los mismos[11].

Evidente es, según lo estudiado hasta el momento, que tal imposibilidad sería incompatible con la naturaleza misma de los crímenes de derecho internacional respecto de los cuales la comunidad internacional adquiere el derecho y el deber de perseguirlos penalmente por medio, entre otros mecanismos, de la extradición de sus perpetradores. En este sentido, diversos instrumentos internacionales han apuntado expresamente que los crímenes de derecho internacional no podrán calificarse como delitos políticos de manera que se niegue la extradición.

La jurisprudencia latinoamericana, con base en su propio proceso de análisis, afirma este mismo principio, al tiempo que establece la diferencia entre ambas categorías con base en el estudio de los bienes jurídicos tutelados: por un lado, los delitos políticos, que buscan proteger la integridad del Estado y, por el otro, los crímenes de derecho internacional cuyo bien tutelado es la existencia de grupos, la vida, integridad y seguridad de las personas, sea en tiempos de paz o de conflicto armado.

Venezuela, *Decisión sobre la extradición de José María Ballestas Tirado (Relación de sentencias 15.a),* Considerandos:

> [Es importante] acudir a la diferenciación de los delitos políticos en dos clases: delitos políticos puros y delitos políticos relativos.
>
> Los delitos políticos puros son los que, animados con un móvil político, vulneran sólo el derecho del Estado.
>
> Los delitos políticos relativos son los que, animados con un móvil político, vulneran el derecho del Estado y además los derechos privados o de personas particulares.
>
> Esa distinción de los delitos políticos entre puros y relativos propició otra distinción, más profunda, entre delitos políticos y delitos sociales.
>
> Delitos políticos son los que afectan la organización e intereses de un Estado. Delitos sociales son los que afectan la paz social, la convivencia humana y las instituciones sociales fundamentales, por lo que van contra la humanidad y en consecuencia contra todos los Estados.
>
> Esas distinciones son de suma importancia para resolver la cuestión de si todos los delitos en los cuales se alegue un móvil político, real o ficto, merecerán aquellos beneficios.
>
> El atentar contra personas inocentes, no relacionadas con los intereses en juego ni con el problema, al cual no han dado lugar ni con hechos ni con palabras, no está justificado ni siquiera en la guerra militar, cuyas leyes prohíben atacar blancos civiles o no comprometidos u objetivos sin interés militar, y preceptúan limitar el ataque sólo

[11] Como se ha señalado en estudios sobre el tema, "[l]a no extradición por delitos políticos tiene una doble fundamentación: a) la no injerencia en los conflictos políticos internos de otros países; y b) la circunstancia de que, con mucha frecuencia, hechos que en algunos estados de corte 'totalitario' son estimados como delitos políticos, en estados 'democráticos' son considerados, en ciertas condiciones, como legítimo ejercicio de derechos humanos". Jiménez Becerra, Héctor Daniel, "El Procedimiento de Extradición", en *Anales de Jurisprudencia,* Sexta Época, Segunda Etapa, Número 252, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, julio-agosto 2001, págs. 333-334.

a los específicos blancos guerreros o militares. En la guerra se debe diferenciar entre combatientes y no combatientes. Para no afectar a éstos se delimitan las zonas y algunas se declaran de exclusión: desmilitarizadas, desnuclearizadas, sanitarias y neutralizadas. Por todo ello, en conclusión, aun en las guerras convencionales entre potencias militares, la agresión es seleccionada para no dañar a los inocentes.

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 [Énfasis en el original].

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Décimo Primero:

[El quejoso argumenta] [q]ue […] los delitos políticos no sólo son el de rebelión, sedición, motín y de conspiración, sino también todos aquellos ilícitos que sirvieron como instrumento para cometer aquéllos, en virtud de que resulta atrayente la naturaleza política de cualquier conducta desplegada para la comisión de un delito netamente político[;] que como ejemplo de lo anterior lo constituyen las leyes de amnistía en las cuales se han incorporado como delitos políticos no sólo aquéllos que constituyen ataques contra la seguridad interior o exterior de las naciones con miras a sustituir o derrocar a sus gobiernos, sino también los delitos comunes cuyo móvil o consecuencia fue la comisión de los delitos calificados de naturaleza política, como sucede con los ilícitos que indebida y arbitrariamente se le atribuyen, esto es el de genocidio, terrorismo y tortura, ya que los mismos constituyeron el medio político o la consecuencia de igual naturaleza para sustituir las instituciones gubernativas y el sistema de gobierno de Argentina, así como para derrocar a las personas que ejercieron dicho gobierno, ya que de considerar lo contrario, esto es, que los delitos políticos son sólo aquéllos que tienen como finalidad o consecuencia sustituir las instituciones gubernativas, el sistema de gobierno o derrocar a éste y no aquellos ilícitos que se perpetren con dicha finalidad o como consecuencia de ella, equivaldría a considerar que por la vía de la paz, la tranquilidad, la seguridad jurídica y la felicidad social, es decir, sin la comisión de conductas delictivas, es factible el derrocamiento de un sistema de gobierno y la sustitución de éste, lo cual es inaudito además de imposible.

[Al respecto, este Alto Tribunal sostiene que] el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio reclamado, no contraviene el artículo 15 de la Constitución Federal, ya que efectivamente ***el delito de genocidio no es de naturaleza política*** [Énfasis añadido].

Al respecto, es pertinente precisar que este Alto Tribunal ha sustentado el criterio de que dada la connotación que a la palabra política se le da en el lenguaje corriente y en el científico, el delito político debe entenderse como aquél que se comete en contra del Estado.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México […] define a los delitos políticos como **"(...) aquéllos que tienen por 'bien jurídico' tutelado la integridad jurídica del Estado y el 'funcionamiento normal de sus instituciones'. En ese sentido**

los delitos políticos constituyen la salvaguardia extrema de las decisiones políticas fundamentales constitucionales consagradas (...)" [Énfasis en el original].

Por otro lado, los doctrinarios afirman que existen tres teorías diferentes para clasificar los delitos políticos, a saber la objetiva, la subjetiva y la mixta; en la primera de ellas se sostiene que la cualidad de político debe referirse de modo claro a la naturaleza del bien jurídico o interés legítimo que mediante el tipo delictivo se pretende tutelar; por su parte la teoría subjetiva se apoya en la idea de que los delitos políticos son aquéllos en los que su autor, independientemente del bien jurídico violado o puesto en peligro, haya realizado la conducta típica con la intención de menoscabar la integridad jurídica del Estado o regular el funcionamiento de sus instituciones; finalmente, para la teoría mixta, para que se configure el delito político, es preciso que en él concurran los elementos subjetivos (intención expresa de menoscabar la integridad del Estado) así como los elementos subjetivos *[sic]* (lesión de un bien jurídico y de carácter político).

2. GENOCIDIO

Si bien no es apropiado establecer una jerarquía entre los crímenes de derecho internacional, debido a la naturaleza atroz de los ataques que en décadas recientes y en todas las regiones del mundo se han perpetrado en contra de grupos específicos con la intención de destruirlos, así como las brutales consecuencias que los mismos han tenido, distintos trabajos académicos, e incluso decisiones judiciales, han denominado el crimen de genocidio como el "crimen de crímenes"[12]. Esto, sin embargo, por ningún motivo puede ser un argumento contra la incuestionable gravedad y condena absoluta de los crímenes de lesa humanidad y de guerra.

Los siguientes extractos de la jurisprudencia latinoamericana recuperan el proceso a través del cual el genocidio fue reconocido como un crimen de derecho internacional, cuya comisión trae aparejada responsabilidad individual. En este sentido, vale la pena apuntar que, tal como otras cortes lo han hecho al abordar de manera general el conjunto de estos crímenes, estas sentencias resaltan los distintos cuerpos normativos que se entretejieron en el proceso de creación de la definición internacional de genocidio. Al mismo tiempo, la jurisprudencia resalta cómo dicha definición fue analizada y negociada en distintos foros, lo que sirve para enfatizar el amplio consenso internacional sobre el cual se forjó. Como última nota relevante, en estas mismas sentencias se resalta la naturaleza de norma de *ius cogens* de la prohibición del genocidio.

A. Reconocimiento y evolución del genocidio como crimen de derecho internacional

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c),* Considerando 3:

[12] Véase, por ejemplo, Schabas, William A., "The Crime of Genocide", en Kalliopi Koufa (ed.), *The New International Criminal Law,* Thesaurus Acroasium, Volumen III, Institute of International Public Law and International Relations of Thessaliniki, Sakkoulas Publications, Grecia, 2003, págs. 467-503.

El genocidio es considerado por la comunidad universal como un delito de Derecho Internacional, contrario al espíritu y a los fines que persigue las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena en su conjunto.

[E]l jurista Rafael Lemkin, en 1944, [inventó] el neologismo "genocidio", uniendo la palabra griega "*genos*" (raza) y el sufijo latino "*cide*" (matar).

Y esa expresión, y los recuerdos del nazismo, orientaron la redacción de la "Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio" que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante Resolución 260ª de 9 de diciembre de 1.948 […] que entró en vigor el 12 de enero de 1.951 […].

A este respecto debe además mencionarse que [el] cuerpo normativo [en donde se enmarca la prohibición de genocidio], está integrado, por una parte, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual, a su turno, está conformado por el conjunto de normas internacionales de índole convencional cuyo objeto y fin es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes" [nota en el original omitida].

Es, pues, pertinente recordar que este ordenamiento normativo de protección se halla contenido en los instrumentos internacionales, de ámbito universal o regional, suscritos para otorgar fuerza vinculante indiscutible a los derechos reconocidos y enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como en los preceptos y principios que integran el denominado "*ius cogens*".

[E]l tipo penal sobre genocidio que consagró el artículo 322ª de la Ley 589 del 2000, debe ser interpretado a la luz de los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución y de acuerdo con los principios y preceptos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que forman parte del "*ius cogens*".

[I]mporta tener en cuenta, en especial, la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948.

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Décimo Primero:

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión de nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, envió a su Comité Jurídico un proyecto de resolución, invitando al Consejo Económico y Social a estudiar el problema del delito de genocidio y a informar sobre la posibilidad de declararlo crimen internacional.

El referido Comité Jurídico (Sexto) elevó una recomendación a la Asamblea General y finalmente el once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, esta adoptó la resolución 96 (I) en la que se afirma que *el genocidio es un delito de derecho internacional que el mundo civilizado condena, por cuya comisión serán castigados autores y cómplices,* encomendándose la realización de los estudios necesarios con el propósito de elaborar un proyecto de convención sobre el crimen de genocidio [Énfasis añadido].

Después de diversos trabajos en ese sentido, el Consejo Económico y Social del Secretario General de las Naciones Unidas y del Comité, establecido expresamente para elaborar el proyecto de convención, se contó con un proyecto final elaborado por éste último comité, de Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en que se declaró que el genocidio es un delito de derecho internacional, tanto en tiempo de guerra como de paz, definiéndose el delito de genocidio físico y el cultural; estableciéndose además que el castigo debía extenderse a la conspiración, inducción, complicidad y tentativa para cometerlo; que cualquier persona que cometiera ese delito debería de ser castigado con independencia de su carácter de jefe de Estado, funcionario público o individuo privado; y, que el enjuiciamiento lo realizarían el país donde se cometiera el delito o un tribunal internacional competente.

En las sesiones plenarias del Consejo Económico y Social, en las que se analizó el proyecto, la discusión versó en el castigo de la inducción al genocidio; la oportunidad o no de incluir al genocidio cultural; la conveniencia de la protección de los grupos políticos como tales y la creación de un tribunal internacional.

El proyecto final contenía los siguientes puntos: la preferencia de una enumeración taxativa de las conductas constitutivas de genocidio en lugar de la adopción de una definición genérica; la exclusión de los grupos políticos; la exclusión de los motivos del ataque; la inclusión de las lesiones psíquicas y de la transferencia forzosa de niños de un grupo a otro; la inclusión del genocidio cultural; la exclusión de la "incitación" ineficaz y de la cometida en privado; no inclusión de una previsión relativa a la obediencia debida; sustitución de la responsabilidad de los jefes de Estado por la de los gobernantes constitucionalmente responsables; y, el mantenimiento de la referencia a un tribunal penal internacional pero limitando su jurisdicción mediante la necesaria aceptación de la misma por las partes contratantes.

Para un análisis más detallado sobre el delito de genocidio, su reconocimiento internacional y su carácter de norma de *ius cogens*, véase, Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c)*, Considerando Tercero. También véase, Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f)* Considerando 2.1; Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h)*, Considerando 3.3.1.

B. Elementos del crimen de genocidio

i. Dolo específico: intención de destruir total o parcialmente a un grupo específico como tal

El primer elemento del crimen de genocidio —denominado como dolo específico, *dolo specialis,* intención específica o intención genocidia— consite en la intención de destruir total o parcialmente a un grupo determinado como tal. Este elemento ha sido identificado por la jurisprudencia nacional e internacional, así como por la doctrina, como aquél que determina la naturaleza internacional y especialísima de este crimen.

De manera relevante, la jurisprudencia latinoamericana ha desarrollado algunos de los aspectos claves para la determinación de la existencia del dolo específico requerido para el crimen de genocidio. En primer término, tal como se resalta en los párrafos que a continuación se transcriben, se requiere no sólo que el actor realice la conducta de manera intencional, por ejemplo, buscar la muerte de una o más personas, sino que además es necesario que tenga la intención específica de cometer la conducta buscando la destrucción total o parcial de uno o más de los grupos señalados en la descripción típica del crimen. Adicionalmente, es importante enfatizar, como lo hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la diferencia entre la intención y el motivo[13].

No obstante la precisión de la jurisprudencia latinoamericana, es importante hacer notar, como lo hace la jurisprudencia internacional, que para establecer la intención genocida en el marco de un juicio de responsabilidad individual se requiere probar: (i) la intención de cometer la conducta; (ii) la intención de destruir al grupo específico objeto del ataque[14], y (iii) que la persona acusada tenía la intención de participar en el ataque diseñado para este fin específico[15]. Asimismo, la jurisprudencia internacional ha apuntado que el crimen de genocidio no requiere, como elemento, un largo periodo de premeditación y, por ende, la intención genocida puede desarrollarse en el transcurso de un ataque, aún cuando la misma no haya sido el objetivo específico durante la planeación[16]. Los tribunales penales internacionales también han

---

13 Al respecto, en la jurisprudencia internacional también se ha establecido "la necesidad de distinguir la intención específica de la motivación. La motivación personal del perpetrador del crimen de genocidio puede ser, por ejemplo, la obtención de beneficios económicos personales, o ventajas políticas o alguna forma de poder. La existencia de una motivación personal no excluye que el perpetrador tenga, también, una intención específica de cometer genocidio". TPIY, *El Fiscal vs. Goran Jelisic,* Caso No. IT-95-10-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 5 de julio de 2001, párr. 49 [Traducción no oficial]. Véase también, de manera complementaria: "*Mens rea* es el estado mental o el grado de culpabilidad en que la persona acusada se encontraba en el momento relevante. La motivación es generalmente considerada como aquello que causa que una persona actúe. La Sala de Apelaciones ha sostenido que, en lo concerniente a la responsabilidad penal en derecho penal internacional, la motivación es generalmente irrelevante, pero 'se torna relevante en la etapa de la sentencia, para mitigarla o agravarla'". TPIY, *El Fiscal vs. Tihomir Blaskic,* Caso No. IT-95-14-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 29 de julio de 2004, párr. 694 [Traducción no oficial].

14 Entiéndase, en este contexto, el concepto "ataque" en su sentido más amplio; es decir, cualquier línea de conductas perpetradas en contra del grupo específico, medie o no uso de la fuerza armada o, incluso, violencia física.

15 Véase, por ejemplo, TPIY, *El Fiscal vs. Goran Jelisic,* nota *supra* 13, párr. 78. En aplicación de este criterio, véase, TPIY, *El Fiscal vs. Radislav Krstic,* Caso No. IT-98-33-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 19 de abril de 2004, párrs. 134 y ss. En este caso, el tribunal sostuvo que "todas las pruebas pueden establecer que Krstic estaba consciente de la intención de cometer un genocidio por parte de algunos miembros del Estado Mayor [del Ejército Serbio Bosnio], y con ese conocimiento, no hizo nada para prevenir el uso de [las fuerzas a su mando] durante la ejecuciones. Este conocimiento por parte [de Krstic] no puede soportar, por sí mismo, una inferencia sobre su intención genocida. El genocidio es uno de los peores crímenes conocidos por la humanidad, y su gravedad se refleja en el estricto requisito de la intención específica" [Traducción no oficial]. Con base en este razonamiento, la Sala de Apelaciones revocó la conclusión de culpable como autor del crimen de genocidio a la que había llegado la Sala de Primera Instancia. Krstic sí fue encontrado responsable, sin embargo, por asistir *(aid and abett)* en la perpetración del crimen de genocidio.

16 TPIY, *El Fiscal vs. Radislav Krstic,* Caso No. IT-98-33-A, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 2 de agosto de 2001, párr. 572. No obstante esta interpretación, el TPIR parece sostener una interpretación más estricta al respecto: "El mens rea [intención genocida, en este caso] debe formarse con anterioridad a la comisión de los actos genocidas […] no se requiere, sin embargo, que cada uno de los actos individuales sean

establecido ciertos criterios con base en los cuales se podrá inferir la intención genocida[17].

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 3.1.1:

> De conformidad con el Estatuto de Roma, así como con la Convención contra el Genocidio, éste crimen requiere un dolo especial, que lo distingue de otros crímenes contra la humanidad. Deberá demostrarse que la persona actuó con la intención de destruir un grupo 'en su totalidad o en parte', lo cual lleva, por ejemplo, a que un acto aislado de violencia racista no constituya genocidio, por ausencia de ese elemento intencional especial. De otro lado, no es necesario que se logre la destrucción completa del grupo, puesto que lo relevante es la intención de obtener ese resultado. Por la misma razón, tampoco se requiere que se realicen acciones de manera sistemática.
>
> Aun cuando el Estatuto no resuelve el debate doctrinario sobre el número de muertes necesario para que se tipifique el genocidio, debe tenerse en cuenta que el factor numérico tiene relación en realidad con el *dolus specialis* del genocidio, no con su resultado [nota en el original omitida].

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Décimo Primero:

> [Las] conductas individuales [enunciadas en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio] que son únicamente la forma mediante la que el autor persigue la destrucción del grupo […] es necesario que sean cometidas con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, racial, étnico o religioso, debiendo distinguirse que esa intención de destruir a un grupo, no se trata del móvil del delito, sino del elemento subjetivo del injusto, lo que se traduce en que el móvil con el que se actúe es irrelevante para la existencia del delito, ya que se puede actuar con el propósito de destruir al grupo por motivos políticos, económicos, por venganza u otros, es decir, para la configuración del delito de genocidio, no es necesario conocer las razones o móvil de la intención de destruir a un grupo.

---

premeditados; la única consideración será que los actos se realicen como parte [o fomento] de la intención genocida". TPIR, *El Fiscal vs. Clement Kayishema y Obed Ruzindana,* Caso No. ICTR-95-1-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 21 de mayo de 1999, párr. 91 [Traducción no oficial].

17 Algunos de los factores identificados por los tribunales, con base en los cuales se puede inferir la intención genocida son: "(a) el contexto general en la perpetración de otros actos culpables y sistemáticos dirigidos en contra del mismo grupo, sea que estos actos hayan sido cometidos por el mismo perpetrador u otros; (b) la escala de las atrocidades cometidas; (c) su naturaleza, en general; (d) su ejecución en una región o país; (e) el hecho de que las víctimas fueran deliberada y sistemáticamente seleccionadas con base en su pertenencia a un grupo específico; (f) la exclusión, a este respecto, de miembros de otros grupos; (g) la doctrina política que dio origen a los actos referidos; (h) la repetición de actos destructivos y discriminatorios, y (i) la perpetración de actos que violenten la fundamentación misma del grupo, o que sean considerados como tal por el perpetrador". TPIR, *El Fiscal vs. Athanase Seromba,* Caso No. ICTR-2001-66-I, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 13 de diciembre de 2006, párr. 320 [Traducción no oficial].

> La anterior conclusión, encuentra sustento en el hecho de que *no se aprobó* la propuesta de definir el delito de genocidio como los actos deliberados cometidos con la intención de destruir a un grupo nacional, racial, religioso o político, *por razón* de la nacionalidad o del origen racial, creencias religiosas u opiniones políticas de sus miembros, ya que en contra de esa definición se argumentó por parte de la Delegación Británica, que lo esencial era la intención de cometer el delito, cualesquiera que fuesen las razones del autor, además de la innecesaria inclusión de los motivos que podrían ser utilizados, por su naturaleza limitativa para escapar de la acusación del genocidio aduciendo móviles diferentes [Énfasis añadido].

Véase también, México, *Recurso de apelación (Caso de la masacre de Corpus Christi) (Luis Echeverría Álvarez y otros) (Relación de sentencias 10.c)*, Voto Particular del Ministro Juan N. Silva Meza (igual).

ii. Sujeto pasivo: grupo nacional, étnico, racial o religioso

El segundo elemento del crimen de genocidio, *i.e.* el grupo específico como sujeto pasivo del crimen, ha sido, a la fecha, sólo marginalmente analizado por la jurisprudencia latinoamericana y, como consecuencia, no se ha dado respuesta a algunas de las complejas preguntas jurídicas que sí han sido estudiadas por la jurisprudencia internacional.

De manera breve, vale resaltar tres puntos de importancia particular que, con respecto a la determinación del "grupo", han sido establecidos por los tribunales penales internacionales: (i) en tanto la definición y jurisdicción internacional, el "grupo" está limitado a aquéllos establecidos por la norma internacional y, como resultado, los grupos sociales y políticos quedan excluidos; (ii) la determinación del grupo se realiza con base en criterios subjetivos, aunque también se deben considerar criterios objetivos[18], y (iii) a pesar de que se pueden establecer líneas generales sobre la definición de cada grupo, la determinación definitiva se debe realizar caso por caso, con base en factores culturales y sociales, y teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es la protección de grupos estables[19].

Bolivia, *Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 138 del Código Penal (Relación de sentencias 2.b),* Fundamento II.3.2:

> [E]l sujeto pasivo necesariamente está constituido por el grupo nacional, étnico [racial], o religioso [como tal].

---

[18] De conformidad con las decisiones internacionales, "[l]a pertenencia al grupo es un concepto subjetivo más que objetivo. En la percepción del perpetrador, la víctima pertenece al grupo en miras para destruir [nota en el original omitida], pero la determinación del grupo objetivo del ataque debe ser realizada caso por caso, considerando tanto criterios objetivos como subjetivos [nota en el original omitida]". TPIR, *El Fiscal vs. Sylvestre Gacumbtsi,* Caso No. ICTR-2001-64-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 17 de junio de 2004, párr. 254 [Traducción no oficial]. Véase también, por ejemplo, TPIR, *El Fiscal vs. Athanase Seromba,* nota *supra* 17; TPIY, *El Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic,* Caso No. IT-02-60-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 17 de enero de 2005, párr. 667.

[19] Véase, por ejemplo, TPIR, *El Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu,* Caso No. ICTR-96-4-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, y TPIR, *El Fiscal vs. George Rutaganda,* Caso No. ICTR-96-03, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 6 de diciembre de 1999. Véase también, TPIY, *El Fiscal vs. Radislav Krstic,* nota *supra* 16, párrs. 555-557.

Para una discusión más detallada sobre la interpretación que algunos tribunales nacionales han dado al concepto de "grupo nacional", véase, *"El caso argentino: Determinación del grupo"*, sección I.2.D.ii, de este mismo digesto.

a. Genocidio y grupos políticos

Según ya se ha apuntado, como resultado de la interpretación que han realizado los tribunales internacionales de los instrumentos relevantes, los grupos políticos o sociales han sido expresamente excluidos como sujetos pasivos del crimen de genocidio, al menos a nivel de la jurisdicción internacional. Esta posición, sin embargo, no tiene que traducirse forzosamente en una limitación para los sistemas nacionales que, de conformidad con sus propios consensos y procesos legislativos, podrán ampliar la definición internacional para establecer otros grupos como sujeto pasivo del tipo nacional[20].

Los dos extractos de la jurisprudencia que a continuación se transcriben analizan directamente el tema de los grupos políticos y el crimen de genocidio. Por un lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha enfatizado en la historia de la definición internacional del genocidio y, en particular, en las discusiones y evolución de la definición en lo correspondiente a la inclusión de los grupos políticos como sujetos pasivos del crimen. Dicho análisis resalta que estos grupos fueron finalmente excluidos de la definición debido a concesiones y acuerdos políticos entre la comunidad internacional, y no por motivos técnico-jurídicos. Esto, como señala la segunda decisión, respalda la conclusión de que en un país en el que se alcance el acuerdo político necesario para ampliar la protección a otros grupos se estará en perfecta posibilidad de hacerlo, ya que dicha ampliación no es contraria a los valores que se buscan proteger con la norma internacional o con las obligaciones internacionales que se derivan de esta definición de *ius cogens,* ni existen otros impedimentos que se deriven de la naturaleza del crimen.

Argentina, *Caso "Circuito Camps" y otros (Miguel Osvaldo Etchecolatz) (Relación de sentencias 1.d),* Considerando IV.b[21]:

> [L]uego de la Segunda Guerra Mundial comenzó una discusión a nivel internacional acerca de cuál era la definición más adecuada del concepto de genocidio. Esa discusión —que se mantiene en la actualidad—, tuvo un hito en la Convención para la Prevención y Sanción del [D]elito de [G]enocidio aprobada por las Naciones Unidas en diciembre de 1948.
>
> Dicha Convención, tiene a su vez un antecedente que no puede pasarse por alto por sus implicancias en las conclusiones a las que arribó este Tribunal en el fallo hoy fundamentado.

---

[20] Con respecto a los criterios establecidos por los tribunales latinoamericanos con respecto a la modificación de definiciones internacionales de cualquiera de estos tres crímenes en la legislación nacional, véase, *"Los mínimos de protección establecidos por el derecho internacional pueden ser ampliados por tipos penales en derecho nacional"*, sección IV.2.1.C, de este mismo digesto.

[21] La sentencia emitida por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata en la causa No. 2251/06 ha sido ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el fallo *"Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario"*, E. 191. XLIII, del 17 de febrero de 2009.

Así, en la **Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946**, como consecuencia de los hechos vividos a raíz del nazismo, las Naciones Unidas invitaron a los Estados Miembros a promulgar las leyes necesarias para la prevención y castigo del genocidio [Énfasis en el original].

En ese sentido se declaró que: ***"el genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas. Muchos crímenes de genocidio han ocurrido al ser destruídos completamente o en parte, grupos raciales, religiosos, políticos y otros"***. Continúa luego señalando que: ***"La Asamblea General por lo tanto: Afirma que el genocidio es un crimen de Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza"*** [Énfasis en el original].

De la transcripción efectuada surge claro y es de sumo interés para este punto que en la Resolución citada, la comunidad internacional, horrorizada por el conocimiento de los crímenes cometidos por los nazis durante la segunda guerra mundial, sin vacilación incluyó en el concepto de genocidio, a los **"grupos políticos, y otros"** (SIC) en el primer párrafo transcripto y luego a los **"motivos... políticos, o de cualqueir otra naturaleza"** (SIC) [Énfasis en el original].

A su vez, el art. 2º del primer proyecto de Naciones Unidas de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio señalaba: "En esta Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos deliberados siguientes, cometidos con el propósito de destruir un grupo nacional, racial, religioso o **político**, por motivos fundados en el origen racial o nacional, en las creencias religiosas o **en las opiniones políticas de sus miembros:** 1) matando a los miembros del grupo; 2) perjudicando la integridad física de los miembros del grupo; 3) infringiendo a los miembros del grupo medidas o condiciones de vida dirigidas a ocasionar la muerte: imponiendo medidas tendientes a prevenir los nacimientos dentro del grupo [Énfasis en el original].

Como se ve se mantuvo en el proyecto el carácter inclusivo tanto de los grupos políticos como de las opiniones políticas de sus miembros.

Sin embargo, debido a circunstancias políticas imperantes en la época en algunos Estados, la Convención sancionada en 1948 definió la figura […] [de manera] que tanto los grupos políticos como las motivaciones políticas quedaron excluidas de la nueva definición.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c),* Considerando 4:

[L]a incriminación de la conducta sistemática de aniquilación de un grupo político, mediante el exterminio de sus miembros, antes que suscitar cuestionamientos de constitucionalidad, encuentra pleno respaldo en los valores y principios que informan la

> Constitución Política [colombiana] de 1991 entre los que se cuentan la convivencia, la paz y el respeto irrestricto a la vida y a la existencia de los grupos humanos, considerados como tales, con independencia de su etnia, nacionalidad, credos políticos, filosóficos o religiosos. No se olvide que los trabajos de la Asamblea Constituyente precisamente propendieron por institucionalizar estrategias constructivas de convivencia política, en respuesta a la situación de violencia y de conflicto armado, por lo que, muchas de las disposiciones de la Carta Política se inspiran en el anhelo de consolidar la paz de los colombianos y buscan responder a ese propósito.

iii. Sujeto activo: actores estatales o no estatales[22]

Bolivia, *Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 138 del Código Penal (Relación de sentencias 2.b)*, Fundamento II.3.2:

> El sujeto activo de este tipo penal, genocidio, es indeterminado, es decir que puede ser cualquier persona [sea actor estatal o no estatal].

iv. Conductas constitutivas del crimen de genocidio

De conformidad con los instrumentos internacionales relevantes, el crimen de genocidio puede ser cometido mediante cinco conductas constitutivas: (i) matanza de miembros del grupo; (ii) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (iii) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; (iv) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; (v) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. Estas mismas conductas han sido incluidas en muchos de los tipos nacionales de los países de la región.

En términos generales, la jurisprudencia latinoamericana no ha hecho un análisis exhaustivo de cada una de estas conductas; a lo sumo, algunas sentencias se han limitado a hacer mención de las mismas, en coincidencia con la definición internacional sobre este crimen. No obstante, es de resaltar la siguiente decisión de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se establece un aspecto crucial que ha sido también recogido por la jurisprudencia internacional. Como resultado de la especificidad del elemento subjetivo y del sujeto pasivo del crimen, a fin de establecer la responsabilidad del perpetrador no es necesario probar que, de hecho, se ha al-

[22] Con base en los elementos de las definiciones internacionales de los crímenes, tanto el genocidio como los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra pueden ser perpetrados por cualquier individuo, sin que se requiera que éste actúe en calidad de actor estatal, o que su conducta haya estado favorecida, auspiciada o tolerada por un Estado; tampoco se requiere una conducta omisa por parte de una autoridad estatal, de manera que el hecho sea atribuido al Estado. No obstante lo anterior, es de resaltar que para autores como el profesor Bassiouni, en la práctica, los crímenes de derecho internacional son típicamente cometidos por actores estatales o por personas favorecidas por algún tipo de política estatal. En un análisis próximo, el profesor Antonio Cassese ha señalado que, si bien estos crímenes son cometidos por individuos, los mismos siempre actuarán dentro de una política estatal, estarán favorecidos por la misma, o serán parte de un esquema criminal no estatal de alto grado de organización. Véase, Bassiouni, M. Cherif, "The sources and content of International Criminal Law: A Theoretical Framework", nota *supra* 1; Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* nota *supra* 7.

canzado la destrucción de la totalidad o parte del grupo bajo ataque. Lo relevante será, entonces, probar que los actos realizados potencialmente tendrían la severidad y gravedad necesarias para que, de continuar el curso de los acontecimientos, efectivamente pudieran llevar a la destrucción física o biológica del grupo[23]. También es relevante el criterio de la jurisprudencia internacional según el cual no es necesario establecer que los perpetradores han elegido los medios idóneos o más efectivos para la consecución de la intención genocida, una vez que ésta haya sido establecida[24].

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h),* Considerando 4.1:

> [El] bien jurídico específico [tutelado por el delito de genocidio] y [la] intencionalidad igualmente específica hacen que de la misma manera que no cualquier agresión racista pueda considerarse como genocidio [nota en el original omitida], no toda lesión a la integridad física o mental de los miembros del grupo deba calificarse como tal.
>
> En ese orden de ideas asiste razón al señor Procurador cuando pone de presente que son las lesiones graves y no las leves, las que tienen eficacia para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos que se busca proteger con la tipificación del delito de genocidio y que no sería razonable que el legislador penalizara como genocidio actos ajenos a su esencia, que no es otra que la destrucción deliberada de un grupo humano que tenga una identidad definida [nota en el original omitida].
>
> En esa medida la simple existencia del elemento subjetivo del tipo penal genocidio, —sin que la conducta que se desarrolle sea consecuente con la intención, por carecer en sí misma de eficacia para obtener dicho resultado— no puede llevar a la conclusión de que necesariamente el legislador deba tipificar como una de las modalidades de genocidio cualquier lesión a la integridad física o mental de los miembros del grupo sea este nacional, étnico, religioso o político.
>
> Si bien la Corte [previamente] precisó que no es necesario que el resultado querido por el genocida —a saber la destrucción total del grupo— se produzca para que determinadas conductas se tipifiquen como genocidio, es claro que para que la Ley penalice una conducta de esta manera es necesario que la actuación que se sanciona pueda en sí misma conducir a dicho resultado y esté en posibilidad real de amenazar el bien jurídico que se pretende proteger.

Con respecto a la enumeración de las conductas constitutivas del crimen de genocidio, véase, por ejemplo, Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c)*; Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f)*; México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a)*; Colombia, *De-*

[23] Véase, por ejemplo, TPIY, *El Fiscal vs. Radislav Krstic,* nota *supra* 15, párr. 25; TPIY, *El Fiscal vs. Rodoslav Bradjanim,* Caso No. IT-99-36-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 1 de septiembre de 2004, párr. 694.

[24] TPIY, *El Fiscal vs. Radislav Krstic,* nota *supra* 15, párr. 32.

manda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h).

C. Bien jurídico tutelado en el crimen de genocidio

Uno de los aspectos que ha recibido particular atención, con respecto al crimen de genocidio, es la determinación judicial y doctrinaria sobre el bien jurídico tutelado por este crimen. Parece razonable que, debido a la confluencia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario en la evolución de las normas internacionales relevantes, se piense que el genocidio busca proteger derechos tan fundamentales de toda persona como la vida y la integridad personal. Sin embargo, tal como se resalta en la jurisprudencia latinoamericana que a continuación se transcribe, el bien jurídico tutelado por el crimen de genocidio es, de hecho, la existencia del grupo mismo y no los derechos de los individuos que lo conforman. En esta misma línea, la jurisprudencia internacional ha resaltado que "[l]a víctima final del genocidio es el grupo, a pesar de que la destrucción requiera necesariamente la comisión de crímenes contra sus miembros, esto es, contra los individuos que pertenecen a ese grupo"[25]. De esta forma, las víctimas individuales de las conductas han de ser seleccionadas precisamente por su pertenencia al grupo específico objeto del ataque; debe haber un claro proceso discriminatorio en la selección de las víctimas.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h)*, Considerando 4.1:

> [E]l bien jurídico que se busca proteger al penalizar el genocidio, no es tan sólo la vida e integridad sino el derecho a la existencia misma de los grupos humanos, sin supeditarlo a su nacionalidad, raza, credo religioso o político [nota en el original omitida].

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a)*, Considerando Undécimo:

> [L]a finalidad del delito de genocidio es la protección de la existencia de determinados grupos humanos considerados estables, que constituyen el ámbito en el que se desarrolla el individuo en prácticamente todas las facetas sociales y culturales de su existencia y que forman el sustrato de la comunidad internacional siendo, en relación a su funcionalidad para el individuo, de importancia casi comparable a los propios Estados.

Adicionalmente, véase, México, *Recurso de apelación (Caso de la masacre de Corpus Christi) (Luis Echeverría Álvarez y otros) (Relación de sentencias 10.c),* Voto Particular del Ministro Juan N. Silva Meza (igual, pero en el que se agrega):

> Por ello, debe concluirse que el delito de genocidio protege la existencia de determina-

[25] TPIY, *El Fiscal vs. Milomir Stakic,* Caso No. IT-97-24-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 31 de julio de 2003, párr. 521, citando a la Sala de Primera Instancia en la Petición de Absolución del 3 de septiembre de 2001, en el caso de *El Fiscal vs. Dusko Sikirica y otros* [Traducción no oficial].

> dos grupos humanos, es decir, se trata de un bien jurídico supraindividual, cuyo titular no es la persona física sino el grupo como colectividad.

De manera complementaria a las decisiones antes referidas, véase, El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III:

> [A]l final de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional asumió la necesidad de regular penalmente diversas conductas delictivas consideradas como *crímines contra humanidad*, en virtud que la ofensa que producen no sólo afecta a las personas que los padecen sino a la especie humana en general, de manera que su trascendencia va más allá de los países en los que tales crímenes se cometen. Como se señala en el texto *"Crimen Internacional y Jurisdicción Universal"* de Concepción Escobar Hernández y otros, "Al aprobarse en 1948 el Convenio de Nueva York contra el Genocidio, la Organización de Naciones Unidas quiso ofrecer a todos los ciudadanos del mundo una protección adicional; no se trataba ya de garantizar el derecho a la vida, que estaba por todos los Códigos Penales: se quiso proteger al ser humano en la medida en que podría ser objeto de una persecución indiscriminada, no por sus circunstancias personales, sino por estar integrado en un grupo de características colectivas determinadas. La eliminación sistemática y ordenada de determinados sectores de población fue tipificada como genocidio, y se dispuso que tal crimen fuera perseguible con independencia del tiempo y lugar de su comisión, de la nacionalidad de las víctimas, de la de los verdugos (...); que tales crímenes son imprescriptibles, que sus responsables no tienen ni pueden obtener derecho de asilo, ni estatuto de refugiado, que no pueden excusar su conducta en virtud de obediencia debida, que no pueden obtener perdón, que sus víctimas tienen el derecho fundamental a la justicia. Se estableció la jurisdicción universal, en virtud de la cual todos los Estados están obligados a perseguir los crímenes de lesa humanidad y a posibilitar su persecución por los demás".

D. Aplicación: genocidio

i. El caso guatemalteco: la calificación de los hechos como genocidio

Guatemala, *Caso Masacre de Río Negro (Macario Alvarado Toj y otros) (Relación de sentencias 8.b)*, Fundamentos Jurídicos I y II:

> Al analizar la extensión e intensidad de los daños [el tribunal de primera instancia] tomó en cuenta la pérdida de la vida de las víctimas, pero razona que el daño no solo se limita a esa perdida, ya que de por si es incalculable, sino tiene una trascendencia mayor, porque *los hechos significaron la desaparición completa de la comunidad de Río Negro* por lo reiterado por los testigos y que los pocos sobrevivientes que tuvieron que refugiarse en las montañas durante un tiempo prolongado, en otras comunidades […]; además sucedió el traslado forzoso de niños sobrevivientes […] donde fueron obliga-

dos a convivir con algunos de sus victimarios […] habiéndolos sometido a condiciones de servidumbre con tratos denigrantes, desarraigándolos por completo de sus familias en su mayoría asesinadas, de su entorno social y de los valores éticos y morales de su comunidad.

De conformidad con el artículo 421 del Código Procesal Penal esta Sala está limitada a conocer los motivos invocados y no puede entrar a conocer de oficio otros aspectos, pero vale la pena considerar que en el presente caso el hecho constituye una matanza de miembros de un grupo, que hay una lesión grave a la integridad física y mental de los miembros del grupo, que es evidente un sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que acarrea su destrucción física y hay un traslado por la fuerza de niños, de un grupo a otro grupo, esto de conformidad con un proceso normativo internacional que comenzó con el Acuerdo de Londres del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, que continuó con el Tribunal de Nüremberg que se proponía juzgar delitos graves cometidos sobre cualquier ubicación en el espacio: esta Sala estima que la calificación adecuada a la masacre de Río Negro era la de GENOCIDIO [Énfasis en el original].

ii. El caso argentino: determinación del grupo

Argentina, *Caso "Circuito Camps" y otros (Miguel Osvaldo Etchecolatz) (Relación de sentencias 1.d)*, Considerando IV.b[26]:

[Con la adopción de la definición convencional de crimen de genocidio] [s]e abrió a partir de allí y especialmente respecto de lo sucedido en nuestro país durante la dictadura militar comenzada en 1976, una interesante cuestión acerca de si las decenas de miles de víctimas de aquel terrorismo de Estado integran o no el llamado "grupo nacional" al que alude la Convención.

Entiendo que la respuesta afirmativa se impone [,] […] [dicha] afirmación […] proviene del análisis que sigue y es el resultado de la utilización de la lógica más elemental.

Ya en la sentencia de la histórica causa 13 [de los Juicios contra las Juntas Militares] se dio por probada la mecánica de destrucción masiva instrumentada por quienes se autodenominaron "Proceso de Reorganización Nacional".

Así, en la causa 13/84 donde se condenó a los ex integrantes de las Juntas Militares se dijo: ***"El sistema puesto en práctica -secuestro, interrogatorio bajo tormentos, clandestinidad e ilegitimidad de la privación de libertad y, en muchos casos eliminación de las víctimas-, fue sustancialmente idéntico en todo el territorio de la Nación y prolongado en el tiempo"*** [Énfasis en el original].

[A este respecto] es interesante recordar algunos conceptos de la justicia española sobre el tema.

Así, el 4 de Noviembre de 1998 el 'Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional' de España […] al intervenir en la causa donde luego se condenó a Adolfo Francisco Scilingo, y respecto del punto aquí tratado, consideró que los hechos sucedi-

[26] Véase, nota *supra* 21.

dos en Argentina constituían genocidio, aún cuando el propio Código Penal Español vigente ignora como víctimas a los grupos políticos.

Resulta interesante transcribir los principales argumentos desarrollados por los magistrados españoles en la ocasión[.] Señalaron los jueces: **"La acción plural y pluripersonal imputada, en los términos en que aparece en el sumario, es de actuación contra un grupo de argentinos o residentes en Argentina susceptible de diferenciación y que, indudablemente, fue diferenciado por los artífices de la persecución y hostigamiento. Y las acciones de persecución y hostigamiento consistieron en muertes, detenciones ilegales prolongadas, sin que en muchos casos haya podido determinarse cuál fue la suerte corrida por los detenidos —repentinamente extraídos de sus casas, súbitamente expulsados de la sociedad, y para siempre—, dando así vida al concepto incierto de 'desaparecidos', torturas, encierros en centros clandestinos de detención, sin respeto de los derechos que cualquier legislación reconoce a los detenidos, presos o penados en centros penitenciarios, sin que los familiares de los detenidos supiesen su paradero, sustracción de niños de detenidos para entregarlos a otras familias —el traslado por fuerza de niños del grupo perseguido a otro grupo—. En los hechos imputados en el sumario, objeto de investigación, está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población argentina, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de exterminio, que no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado estaba integrado por aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen, pero también ciudadanos indiferentes al régimen. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación con el nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los miembros del grupo. Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio"** [Énfasis en el original].

[L]os magistrados [españoles] apuntaron lo siguiente: "El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos 'grupo nacional' no signifiquen '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... Esa concepción social de genocidio —sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito— no permitiría exclusiones como las apuntadas [con respecto a los grupos políticos]" [nota en el original omitida].

Igualmente importante resulta lo dicho sobre el tema por el juez de la Audiencia Nacional de España, Baltazar Garzón, quien en el fallo de fecha 2 de noviembre de 1999 afirmó: "En Argentina las Juntas Militares imponen en marzo de 1976, con el Golpe de Estado, un régimen de terror basado en la eliminación calculada y sistemática

desde el Estado, a lo largo de varios años, y disfrazada bajo la denominación de guerra contra la subversión, de miles de personas […] en forma violenta. La finalidad de la dicha acción sistemática es conseguir la instauración de un nuevo orden como en Alemania pretendía Hitler en el que no cabían determinadas clases de personas aquellas que no encajaban en el cliché establecido de nacionalidad, occidentalidad y moral cristiana occidental. Es decir, todos aquellos que, según la Jerarquía dominante, no defendían un concepto de ultranacionalismo de corte fascista de la sociedad, obedeciendo a 'consignas internacionales como el marxismo o el ateísmo'. En función de este planteamiento se elaboró todo un plan de 'eliminación selectiva' o por sectores de población integrantes del pueblo argentino, de modo que puede afirmarse, que la selección no fue tanto como personas concretas, ya que hicieron desaparecer o mataron a miles de ellas sin ningún tipo de acepción política o ideológica, como por su integración en determinados colectivos, Sectores o Grupos de la Nación Argentina, (Grupo Nacional) a los que en su inconcebible dinámica criminal, consideraban contrarios al Proceso. […] El objetivo de esta selección, arbitrario en cuanto a las personas individuales, estuvo perfectamente calculado si se pone en relación con lo que era el objetivo del denominado 'Proceso de Reorganización Nacional' basado en la desaparición 'necesaria' de determinada 'cantidad' de personas ubicadas en aquellos sectores que estorbaban a la configuración ideal de la nueva Nación Argentina[.] Eran 'los enemigos del alma argentina', así los denominaba el General Luciano Benjamín Menéndez, imputado en esta Causa, que, por alterar el equilibrio **debían ser eliminados"** [Énfasis en el original].

Un sociólogo argentino, notable estudioso del tema, señala respecto de la división del territorio argentino en zonas de operación, subzonas y de los cientos de centros clandestinos de detención lo siguiente: "Uno de los elementos que llama la atención en estos hechos es la exhaustiva planificación previa... El exterminio se realizó con una velocidad y precisión que denotaron años de elaboración conceptual y aprendizaje previos. Los perpetradores no se privaron de aplicar ninguno de los mecanismos de destrucción de la subjetividad de experiencias genocidas o represivas anteriores. Los campos de concentración argentinos constituían un compendio de lo peor de las experiencias de los campos de concentración del nazismo, de los campos de internación franceses en Argelia o de las prácticas de contrainteligencia norteamericanas en Viet Nam. Figuras como la tortura por medio de la 'picana eléctrica', el 'submarino' (sumergir sistemáticamente la cabeza de la víctima en un balde de agua hasta casi provocar su asfixia), la introducción de roedores al interior de los cuerpos humanos, la humillación y denigración cotidianas de los prisioneros, el maltrato, los golpes, el hacinamiento, el hambre, se sumaron algunas especificidades de la experiencia argentina como la tortura de prisioneros delante de sus hijos o la tortura de hijos o cónyuges de los prisioneros delante de sus padres o esposos y la apropiación ilegal (y la entrega a familias militares) de muchos hijos de los 'desaparecidos'... Cual una competencia del horror, los genocidas argentinos evaluaron y utilizaron lo más degradante de cada experiencia genocida anterior, con un nivel de sofisticación que aventa[27] dudas sobre posible improvisación o

[27] Nota de edición: Según el Diccionario de la Lengua Española, entre los significados de la palabra "aventar" se incluye "huir, escaparse". Por lo anterior, esta frase debe entenderse como "[…] sofisticación que [escapa de] dudas sobre posible improvisación […]".

sobre un odio surgido espontáneamente...” [nota en el original omitida].

Respecto de si lo sucedido en nuestro país debe ser encuadrado en el concepto de “grupo nacional” […] resulta ilustrativo lo reflexionado por el autor citado sobre el particular. “...la caracterización de ‘grupo nacional’ es absolutamente válida para analizar los hechos ocurridos en la Argentina, dado que los perpetradores se proponen destruir un determinado tramado de las relaciones sociales en un Estado para producir una modificación lo suficientemente sustancial para alterar la vida del conjunto. Dada la inclusión del término ‘en todo o en parte’ en la definición de la Convención de 1948, es evidente que el grupo nacional argentino ha sido aniquilado ‘en parte’ y en una parte suficientemente sustancial como para alterar las relaciones sociales al interior de la propia nación... El aniquilamiento en la argentina no es espontáneo, no es casual, no es irracional: se trata de la destrucción sistemática de una ‘parte sustancial’ del grupo nacional argentino, destinado a transformarlo como tal, a redefinir su modo de ser, sus relaciones sociales, su destino, su futuro” [nota en el original omitida].

Entiendo que de todo lo señalado surge irrebatible que no estamos como se anticipara ante una mera sucesión de delitos sino ante algo significativamente mayor que corresponde denominar “genocidio”. Pero cabe aclarar que ello no puede ni debe interpretarse como un menosprecio de las diferencias importantes entre lo sucedido en Argentina y los exterminios que tuvieron como víctimas (más de un millón) al pueblo armenio (primer genocidio del siglo XX producido a partir de 1915), el de los millones de víctimas del nazismo durante la segunda guerra mundial o la matanza en Rwanda *[sic]* de un millón de personas en 1994, para citar algunos ejemplos notorios.

No se trata de una competencia sobre qué pueblo sufrió más o qué comunidad tiene mayor cantidad de víctimas. Se trata de llamar por su nombre correcto a fenómenos que, aún con diferencias contextuales y sucedidos en tiempos y espacios distintos registran una similitud que debe ser reconocida. Es que, como concluye Feierstein al dar las razones por las que distintos procesos históricos pueden llamarse de la misma manera “...utilizar el mismo concepto sí implica postular la existencia de un hilo conductor que remite a una tecnología de poder en la que la ‘negación del otro’ llega a su punto límite: su desaparición material (la de sus cuerpos) y simbólica (la de la memoria de su existencia)” [nota en el original omitida].

3. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Los crímenes de lesa humanidad, tal como ha sido apuntado por Carolina Fournet en su estudio sobre crímenes de derecho internacional, son tan antiguos como la humanidad misma y, sin embargo, no surgieron como categoría jurídica sino hasta principios del siglo XX cuando las Potencias Aliadas se pronunciaron declarando la masacre de la población armenia como un “crimen contra la humanidad y la civilización”[28]. Desde entonces, y hasta nuestros días, la definición internacional de estos crímenes ha sufrido varias transformaciones; esto como resultado de la pugna entre la indiscutible brutalidad de dichos crímenes, por un lado, y las

[28] Fournet, Caroline, *International Crimes. Theories, Practice and Evolution,* Cameron May – Cambridge University Press, Reino Unido, 2006.

reticencias políticas presentadas por distintos Estados, por el otro[29].

Como probablemente ningún otro crimen de derecho internacional, actualmente los crímenes de lesa humanidad están intrínsecamente relacionados con el derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de tener sus raíces en el derecho internacional humanitario[30]. Tal como lo resalta la jurisprudencia latinoamericana, en concordancia con las decisiones internacionales, los crímenes de lesa humanidad se dirigen directamente a la protección de derechos fundamentales como la vida, la libertad, la integridad física y la libertad psico-sexual, entre otros. Las mismas decisiones establecen, como otras características de estos crímenes, la gravedad del daño sufrido, así como las atroces consecuencias para las víctimas, sus familiares y la sociedad. Asimismo, las cortes latinoamericanas enfáticamente han resaltado que los crímenes de lesa humanidad deben ser extensos en naturaleza, es decir, deben ser cometidos de manera sistemática o generalizada. Este es, precisamente, el elemento contextual que distingue un crimen de lesa humanidad de las violaciones de los derechos humanos.

En cuanto al proceso de reconocimiento y evolución de la definición internacional de los crímenes de lesa humanidad, la jurisprudencia latinoamericana ha sido particularmente detallada y ha resaltado todos los momentos histórico-legales de relevancia. Al respecto, vale la pena únicamente agregar que, tras las brutalidades vividas durante la Segunda Guerra Mundial, los crímenes de lesa humanidad fueron concebidos como la respuesta a las atrocidades cometidas contra personas que no estaban protegidas por las leyes de la guerra y, en particular, teniendo en mente los crímenes perpetrados por un Estado en contra de su propia población o de personas que estaban bajo su jurisdicción[31]. Esto fue, eventualmente, un elemento determinante para la total "emancipación" de estos crímenes frente a los crímenes de guerra y agresión, y para afirmar su propia naturaleza como hechos criminales de naturaleza brutal que pueden ser cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, en contra de cualquier población civil, en tanto se cometan de manera sistemática o generalizada.

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerando 16:

> [L]os delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos —entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar

---

29 Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity in International Criminal Law,* Kluwer Law International, Países Bajos-EUA, 1999.

30 Tal como ha sido apuntado por el profesor Bassiouni, durante el proceso de elaboración de los documentos base para los procesos judiciales que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, en los que se acuña por primera vez la definición legal de los crímenes de lesa humanidad, "los redactores pueden haber estado preocupados por la naturaleza de [estos crímenes], y el problema que esta categoría planteaba con respecto al 'principio de legalidad' [nota en el original omitida] […]. [Se concluyó] que 'los crímenes de lesa humanidad' son simplemente una extensión de los crímenes de guerra porque las categorías de personas protegidas son las mismas en los dos crímenes, y la diferencia era si el perpetrador era de la misma u otra nacionalidad. Así, la fundamentación histórico-legal de los crímenes de lesa humanidad se encuentra en el derecho internacional humanitario y en el aspecto normativo de la regulación internacional de los conflictos armados". *Idem,* pág. 10 [Traducción no oficial].

31 Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity in International Criminal Law,* nota *supra* 29, y Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* nota *supra* 7.

> adelante esta persecución—, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, *porque atentan contra el derecho de gentes* tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional [Énfasis añadido].

Chile, *Caso de los detenidos-desaparecidos en La Moneda (Fernando Burgos y otros) (Relación de sentencias 3.b)*, Considerando 4:

> [E]sta Corte comparte el criterio de que un crimen de lesa humanidad es aquel que ofende los principios generales del derecho y se convierte en una preocupación para la comunidad internacional.
>
> Así, a la luz del derecho, éstas conductas deben realizarse -conforme lo consagra la Constitución Política de la República, que ha internacionalizado el Derecho penal a partir del "ius cogens"- teniendo en consideración que son producto del atropello masivo de los derechos fundamentales de las víctimas en un contexto de persecución, secuestro y desaparición forzada de las mismas.

Argentina, *Caso "Circuito Camps" y otros (Miguel Osvaldo Etchecolatz) (Relación de sentencias 1.d)*, Considerando IV.a[32]:

> [R]especto [de la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad], cabe recordar lo dicho por el tribunal internacional para la ex Yugoslavia en el caso Endemovic: "Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima [nota en el original omitida].

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f)*, Considerando 23:

> [E]n el caso "Almonacid" [contra Chile], la Corte Interamericana señaló que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo.

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 5:

---

[32] Véase, nota *supra* 21.

La ocurrencia de delitos —cada uno violando gran cantidad de derechos humanos— cometidos durante el gobierno de facto, en el marco del terrorismo de Estado y en forma sistemática, masiva, planificada, como la desaparición forzada, los homicidios, las torturas, las prohibiciones de derechos políticos, sociales y gremiales, la libertad de expresión, la violación a la libertad ambulatoria, etc., comprenden las prácticas que el Derecho Internacional considera "crímenes de lesa humanidad", crímenes imprescriptibles y cuyo juzgamiento es irrenunciable por todos los Estados.

La noción de "crimen contra la humanidad" no quedó congelada en el Estatuto de Nüremberg, sino que evolucionó, se perfeccionó y logró autonomía, definió sus características esenciales (imprescriptibilidad, improcedencia de la amnistía, indulto, gracia, asilo político y refugio) y se materializó en un principio de Derecho Internacional general con rango de "jus cogens", por el cual el castigo a los autores de crímenes contra la humanidad devino un imperativo universal.

Las normas que sancionan los crímenes de lesa humanidad tienen naturaleza de "jus cogens", son de general observación y constituyen normas penales universales y fuentes de obligaciones penales individuales.

La existencia de la norma de "jus cogens" que establece el castigo para los crímenes contra la humanidad tiene la naturaleza mixta, convencional y consuetudinaria (práctica interna y "opinio iuris" de los Estados).

A. Reconocimiento y evolución de los crímenes de lesa humanidad como crímenes de derecho internacional

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 2.2:

En cuanto a la evolución del concepto de crímenes de lesa humanidad, este cobija un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática, cuyo origen es principalmente consuetudinario, y que han sido proscritas por el derecho internacional desde hace varios siglos. Aun cuando en un principio se exigía su conexidad con crímenes de guerra o contra la paz, esta condición ha ido desapareciendo.

El primer intento moderno para imputar responsabilidad penal individual tiene lugar durante la Primera Guerra Mundial. A pesar de que en 1919, durante la Conferencia de Paz, las Potencias Aliadas encontraron que hechos como la masacre de armenios por parte de los turcos y otros de similar gravedad eran "violatorios de las leyes y costumbres de guerra y de las leyes elementales de humanidad", el Tratado de Versalles no ordenó la realización juicios de responsabilidad penal contra sus autores, por considerar que el concepto de leyes de humanidad señalaba un asunto de carácter moral respecto del cual no existía un estándar fijo que permitiera su juzgamiento por una corte [nota en el original omitida].

La noción moderna de crímenes contra la humanidad nace en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y está contenida en su artículo 6(c) […]. Aun cuando la mayor parte de las violaciones imputadas a criminales nazis fueron crímenes de guerra cuyo origen estaba

en el derecho de la Haya, la consagración de esta nueva categoría de crímenes contra la humanidad era necesaria para poder extender la responsabilidad penal de altos oficiales nazis por actos cometidos contra la población civil. El problema que planteaba esta nueva categoría era que se acusara a los Aliados de juzgar *ex post facto* si se hacía una interpretación estricta del principio de legalidad. Con el fin de evitar ese cuestionamiento, se optó por establecer una conexión con los crímenes de guerra y contra la paz. La extensión de la responsabilidad penal se sustentó en el reconocimiento de que la aplicación de ciertas provisiones sobre crímenes de guerra, se aplicaban a civiles y otras personas protegidas, por lo cual su sanción se justificaba si existía una conexión con algún crimen de guerra o contra la paz de competencia del Tribunal de Nuremberg [nota en el original omitida]. […] Bajo la Ley No. 10 del Consejo de Control, los Aliados juzgaron oficiales y soldados alemanes en sus respectivas zonas de ocupación por crímenes contra la humanidad, pero sin la exigencia de conexidad de los crímenes contra la humanidad con la iniciación de la guerra o con los crímenes de guerra, […] [nota en el original omitida]. Debido a que muchos criminales nazis se ocultaron para evitar su juzgamiento, varios Estados mantuvieron abiertos, por años los procesos criminales iniciados a principios de los años 50. Así, por ejemplo, durante la década de los años 80 y principios de la década de los 90, Francia juzgó a Klaus Barbie y a Paul Touvier por crímenes contra la humanidad [nota en el original omitida].

Por fuera del contexto de la Segunda Guerra Mundial, otros estados han juzgado crímenes atroces contra la humanidad, como es el caso de Latvia y Estonia que juzgaron oficiales de policía por asesinato, tortura y deportaciones forzadas. En Etiopía los líderes del régimen Dergue también fueron procesados por crímenes atroces contra la humanidad [nota en el original omitida].

Durante el debate de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad [nota en el original omitida], se propuso eliminar el requisito del nexo de los crímenes de lesa humanidad con la guerra. Finalmente, se aceptó que tales crímenes podían cometerse "tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz" [nota en el original omitida], definición que, a pesar de los esfuerzos, no eliminó totalmente el nexo con la guerra. Este nexo se mantuvo en el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia, pero no para el Tribunal de Ruanda [nota en el original omitida]. En el Estatuto de Roma optó por desvincularlos de la existencia de un conflicto armado.

Coetáneamente con el desarrollo y consolidación del derecho internacional humanitario, la Asamblea General de la ONU, adoptó varias declaraciones relativas a la protección de los derechos humanos que fueron cristalizando el consenso internacional de repudio a [ciertas] conductas […].

Un ejemplo de ello es la prohibición general de la discriminación racial, plasmada en instrumentos de carácter vinculante, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965 [nota en el original omitida]. Esta sirvió como punto de partida para el posterior reconocimiento del *apartheid* como crimen internacional [nota en el original omitida]. Fue en 1973, cuando la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, en el cual se califican como crímenes de lesa humanidad las

políticas y las prácticas de segregación y de discriminación racial implementadas con el fin de mantener la dominación de un grupo racial sobre otro [nota en el original omitida]. Este crimen fue expresamente recogido por el Estatuto de Roma en el artículo 7, literal j) como uno de las conductas que se consideran crímenes de lesa humanidad.

Algo similar ocurrió con la tortura, prohibida por un amplio número de tratados sobre derechos humanos [nota en el original omitida]. Su definición como crimen internacional se hizo tanto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes […] [nota en el original omitida], y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura […] [nota en el original omitida].

El listado de conductas consideradas como crímenes [de lesa humanidad], cuya sanción le interesa a la comunidad internacional, se ha ido ampliando con conductas como la desaparición forzada [nota en el original omitida] o las ejecuciones sumarias [nota en el original omitida].

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 710:

[Los crímenes de lesa humanidad] han ido evolucionando respecto a sus elementos, [a través de distintos instrumentos internacionales,] principalmente con: (i) la Declaración del veintiocho de mayo de mil novecientos quince de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia; (ii) la Conferencia Preliminar de Paz de enero de mil novecientos diecinueve; (iii) el artículo 6°, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco —la noción de "crimen contra la humanidad" fue consagrada por primera vez de manera explícita por el citado Estatuto—; (iv) el artículo 5°, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente [nota en el original omitida]; (v) la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado del veinte de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco; (vi) el artículo 5° del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia […]; (vii) el artículo 3° del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda […] (ambos Estatutos contribuyeron a reforzar la punibilidad consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad [nota en el original omitida]); y (viii) el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho —en vigor desde el uno de julio de dos mil dos—, que formuló un tipo penal comparativamente más preciso, cuyas referencias más cercanas fueron, de un lado, los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y del Lejano Oriente, y, de otro lado, los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda [nota en el original omitida].

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 5:

El desarrollo de la noción "crimen contra la humanidad" consolidó principios jurídicos esenciales para su juzgamiento: los responsables no pueden estar amparados por el

refugio, ni asilo; los delitos son imprescriptibles y se prohíbe que los Estados adopten medidas que impidan su juzgamiento.

[La existencia de los crímenes de lesa humanidad] ha sido confirmada por la evolución jurisprudencial y normativa de las últimas décadas. Debe tenerse presente que mucho antes de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional repudió los excesos que se cometían durante los conflictos bélicos y manifestó su intención de proceder al juzgamiento de los responsables, estableciendo valores que paulatinamente se fueron asentando como pilares del derecho penal internacional y, fundamentalmente, de los crímenes contra el derecho de gentes y de lesa humanidad.— Cabe mencionar, por ejemplo, la ll Convención de La Haya de 1899 —en la cual la "Cláusula Martens" introduce la protección de los principios del derecho de gentes-; la IV Convención de La Haya de 1907 que la reitera; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 disponiendo que su denuncia "no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública" —arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios I al IV.— Luego[,] la barbarie de los hechos cometidos durante [la] Segunda Guerra Mundial movilizó la conciencia pública internacional. […] El Estatuto del Tribunal de Nüremberg, tipifica tres categorías de crímenes: Crímenes contra la paz, Crímenes de guerra y Crímenes contra la Humanidad. […].

En el marco de dicha evolución, la práctica sistemática de torturas, desapariciones forzadas y homicidios, respaldada ideológicamente por la doctrina de la seguridad nacional, constituye un "crimen de lesa humanidad".— Dicha asimilación se produce por mandato de una norma de "jus cogens" de progresiva formación en la conciencia pública internacional y exteriorizada en convenciones, declaraciones y jurisprudencia internacional que evidencian la voluntad de reprimir conductas violatorias de valores inherentes a la Humanidad considerada en su conjunto.— Corresponde destacar parte del considerando lll de la Sentencia del 6 de marzo de 2001, dictada en Buenos Aires por el Juez Federal Dr. Gabriel R. Cavallo, por la cual declara inválidas, inconstitucionales y nulas, las llamadas leyes de "PUNTO FINAL" y " OBEDIENCIA DEBIDA": "*(...) los hechos sufridos por (...) fueron cometidos en el marco del plan sistemático de represión llevado a cabo por el gobierno de facto (1976-1983).— En lo que sigue, veremos cómo esos hechos por el contexto en que ocurrieron, deben ser y son considerados, a la luz del derecho de gentes, crímenes contra la humanidad.— Ello implica reconocer que, la magnitud y la extrema gravedad de los hechos que ocurrieron en nuestro país en el período señalado, son lesivos de normas jurídicas que reflejan los valores más fundamentales que la humanidad reconoce como inherentes a todos sus integrantes en tanto personas humanas.— En otras palabras, los hechos descriptos tienen el triste privilegio de poder integrar el puñado de conductas señaladas por la ley de las naciones como criminales, con independencia del lugar donde ocurrieron y de la nacionalidad de las víctimas y autores.— […].*

B. Elementos de los crímenes de lesa humanidad

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerandos 712 y 714:

> Así las cosas, en función al desarrollo o evolución de [la definición] penal internacional, es posible definir el delito contra la humanidad, de modo general, siguiendo a [la profesora española Alicia] GIL GIL como todo atentado contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto.*
>
> Si se entiende, conforme a la jurisprudencia internacional, que el crimen contra la humanidad es de una naturaleza especial con un grado mayor de inmoralidad en su conducta frente a delitos comunes [nota en el original omitida], requiere que se verifique:
>
> 1. Desde el aspecto objetivo o material, la concurrencia de determinados presupuestos que se han ido configurando y reconociendo en base al ordenamiento positivo o consuetudinario de protección a los derechos humanos. Específicamente, los requisitos exigidos por los instrumentos y tribunales internacionales se han referido siempre (i) a la condición del autor (órgano de poder estatal, o de una organización delictiva que asume control de facto de un territorio [nota en el original omitida]), (ii) a la naturaleza de la infracción (actos organizados, y generalizados o sistemáticos —el término "generalizado", de orden cuantitativo, alude al número de víctimas, mientras que el adjetivo "sistemático" contiene la idea de un plan metódico [nota en el original omitida]), (iii) a la oportunidad de ejecución del ilícito (situación de conflicto interno o externo) [nota en el original omitida], así como (iv) a las calidades y situación de las víctimas (población civil e indefensión) [nota en el original omitida].
>
> Desde el aspecto subjetivo, se requiere que el agente o sujeto activo conozca el contexto amplio y general en que el acto ocurre, así como que la conducta es o será parte de un ataque generalizado o sistemático —violencia organizada— en contra de la población civil en desarrollo de un plan o política [nota en el original omitida]. Es claro que el Derecho Internacional consuetudinario no había reconocido nunca como crimen contra la humanidad cualquier comisión de un acto inhumano aislado, el acto debía ser parte de una campaña mayor de atrocidades cometidas contra civiles.

i. Ataque sistemático o generalizado contra la población civil

La jurisprudencia latinoamericana ha sido constante al afirmar que los crímenes de lesa humanidad deben ser cometidos como parte de un ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil; este es, actualmente, el que hemos venido denominando como el "elemento internacional" o "elemento contextual" que distingue estos crímenes de otros delitos ordinarios e, incluso, de las violaciones graves de los derechos humanos. Al respecto, es importante apuntar que, de conformidad con el actual estado de desarrollo del derecho internacional, por "ataque" deberá entenderse "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de determinados

actos criminales contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política"[33].

En las decisiones que a continuación se transcriben es de reconocer particularmente la jurisprudencia panameña, la cual presenta una interpretación precisa respecto de los conceptos de sistematicidad y generalidad. Por su lado, la jurisprudencia peruana hace una importante y clara distinción entre actos de individuos que, aun cuando se cometan a gran escala no están respaldados, coordinados o incluso tolerados por una política o plan estatal, o de una estructura de poder altamente organizada que ejerce algún tipo de control de facto, de manera que no se incluyan actos aislados o al azar. Asimismo, esta decisión recupera el criterio establecido por los tribunales *ad hoc,* de conformidad con el cual la naturaleza sistemática o generalizada se refiere a la totalidad del ataque y no a cada una de las conductas perpetradas por la persona acusada. En otras palabras, "[s]iempre que los actos individuales estén suficientemente vinculados al ataque sistemático y generalizado, y no se determine que los mismos son aleatorios o aislados, es posible concluir que un solo acto es un crimen de lesa humanidad"[34].

Chile, *Caso de los detenidos-desaparecidos en La Moneda (Fernando Burgos y otros) (Relación de sentencias 3.b)*, Considerandos 22 y 24:

> [E]n este momento, en cuanto a la calificación jurídica, el delito aparece provisionalmente cometido […] en el contexto de un plan o política o la ejecución del mismo, conforme a un modo de actuar planificado.
>
> [E]n efecto, este es un segundo elemento que permite calificar el hecho como delito de lesa humanidad, esto es, ser éste "parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque".

Panamá, *Recurso de apelación (Caso Cruz Mojica Flores) (Relación de sentencias 11.c)*, Consideraciones:

> Importantes características concurren en [la] acepción [de los crímenes de lesa humanidad] que guarda[n] relación con los actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, dentro de las cuales se contempla el asesinato y la desaparición forzada de personas. En este contexto, se define como una línea de conducta que conlleva la comisión múltiple de tales actos contra una población civil, de acuerdo a la política estatal, a la organización que comete dichos actos para promover esa política o a la agrupación que ostente el poder político de facto. El elemento sistemático o generalizado redunda en

[33] Esta es, textualmente, la definición de "ataque en contra de la población civil" establecida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La misma tiene, sin embargo, una relevancia que va más allá de dicho instrumento o la jurisdicción de esta corte, al ser el resultado de un amplio proceso de negociación y consenso entre la comunidad internacional, y un reflejo de la interpretación judicial y desarrollo doctrinario en el ámbito internacional. Al respecto, véase, por ejemplo, Robinson, Darryl, "*The elements of crimes agaist humanity*", en Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence,* Transnational Publishers, EUA, 2001.

[34] TPIY, *El Fiscal vs. Blagoje Simic y otros,* Caso No. IT-95-9-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 17 de octubre de 2003, párr. 43 [Traducción no oficial].

> un número plural de personas afectada por una multiplicidad de actos. El término política requiere que el Estado promueva, estimule o deliberadamente omita actuar para evitar dichos ataque[s].

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j),* Considerandos 715 y 716:

> En base [al] enunciado normativo, la doctrina ha enfatizado sobre el nivel estructurado, político y sistemático de los actos de agresión que configuran delitos contra la humanidad. Con relación a ello [el profesor KAI AMBOS ha señalado: "*El común denominador de un ataque sistemático es que se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido, destacando la naturaleza organizada del ataque. El ataque es sistemático si se basa en una política (policy) o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, i.e., las victimas específicas Este 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, aún si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad, si no son tolerados, por lo menos por algún Estado o una 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 esta*" [Énfasis en el original].
>
> Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el asunto PROSECUTOR V. BLASKIC reconoce lo sistemático de un ataque en base a los siguientes indicadores, siempre inferibles del contexto: *"a) la existencia de un objetivo político, un plan de conformidad por el cual el ataque es cometido, o una ideología diseñada para destruir, perseguir, o debilitar la comunidad; b) la perpetración de un acto criminal a una escala muy grande contra un grupo de civiles, o el repetido y continuado cometido de actos inhumanos vinculados entre sí; c) la preparación y empleo significativo de recursos públicos o privados, sean militares o de otro tipo; d) la implicación de autoridades políticas y/o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan metódico"* [nota en el original omitida].
>
> Como se indica en el AMICUS CURIAE de la Universidad de Texas at Austin, con citas de la sentencia de apelación PROSECUTOR V. BLASKIC […] sólo el ataque —no los actos específicos por los que el imputado es acusado- debe ser generalizado o sistemático; además, con cita de la SCIDH *(sic)* ALMONACID ARELLANO V. CHILE, del veintiséis de septiembre de dos mil seis, párrafo 96, aún un acto solo, cometido dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático, es suficiente para producir un crimen contra la humanidad.

a. Población civil

Como se desprende de la propia definición internacional, el ataque debe ser dirigido en contra

de "*cualquier población civil*"[35]. Si bien esto podría identificarse como un elemento que determina la calidad específica del sujeto pasivo del crimen, es importante hacer una lectura más precisa de la jurisprudencia latinoamericana e internacional al respecto.

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha concluido que el término "población civil"[36] se refiere, no a la calidad de las víctimas individuales de los crímenes, sino a la calificación del ataque en el cual se insertan los crímenes específicos. Como consecuencia, no es preciso establecer que cada una de las víctimas individuales de los crímenes tenía la calidad de civil, en tanto que sí se requerirá probar que los hechos criminales eran parte de un ataque sistemático y generalizado dirigido contra la población civil[37]. Así, siguiendo el argumento del propio tribunal, el personal militar, los miembros de milicias, los grupos de voluntarios o de resistencia organizados que hayan sido puestos fuera de combate pueden ser víctimas de crímenes de lesa humanidad, a pesar de no tener la calidad de civiles. Esta jurisprudencia internacional llama a una lectura cuidadosa de la jurisprudencia latinoamericana, la cual parece optar por una interpretación distinta, de manera que se incluye dentro de la población civil aún a personas que "habrían estado realizando una conducta de resistencia armada".

Chile, *Caso de los detenidos-desaparecidos en La Moneda (Fernando Burgos y otros) (Relación de sentencias 3.b)*, Considerandos 25-26:

> [Las características de generalidad y sistematicidad] deben ser elementos determinantes para que se configure cualquiera de los crímenes de lesa humanidad, es decir, un ataque por parte de agentes del Estado *y que dicho ataque lo sea en contra de cualquier población civil*, denominación esta última empleada y trasladada normativamente desde el Derecho penal Internacional a partir de la Ley No. 10 de Control Aliado, [y] en el literal c), del artículo 6 del Estatuto de Nüremberg [Énfasis añadido].

---

35 En su origen normativo, los crímenes de lesa humanidad fueron concebidos para poder perseguir penalmente, en los procesos que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, aquellas atrocidades cometidas por un Estado en contra de su propia población civil, lo cual escapaba de los crímenes de guerra. De manera particular, el profesor Cassese ha apuntado que "por lo que toca a [la palabra] 'cualquier', parece aparente, tanto por el texto de la norma como por la historia legislativa del artículo 6 (c) [del Estatuto del Tribunal de Nüremberg], que la intención era cubrir a los civiles, otros que aquéllos asociados con el enemigo, quienes eran ya protegidos por las reglas tradicionales de los conflictos armados. En otras palabras, al usar 'cualquiera', los redactores tenían la intención de proteger a la población civil del Estado que perpetraba los crímenes […], así como a los civiles de sus países aliados, o países bajo control […]". Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* nota *supra* 7, pág. 118. [Traducción no oficial]. Véase también, Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, nota *supra* 29.

36 Como se establece en las normas relevantes, la jurisprudencia y la doctrina, "la población civil comprende a todas las personas civiles", y "la presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil". Al respecto, véase, el artículo 50 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 1977.

37 En interpretación de las normas relevantes para la cuestión, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha determinado que los miembros de fuerzas armadas, milicias, cuerpos voluntarios o grupos organizados de resistencia puestos fuera de combate no se consideran, en su calidad individual, como "civiles". Véase, por ejemplo, TPIY, *El Fiscal vs. Milan Martic,* Caso No. IT-95-11-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 8 de octubre de 2008, y TPIY, *El Fiscal vs. Mile Mrksic y Vaselin Sljivancanin,* Caso No. IT-95-13/1-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 9 de mayo de 2009.

> [E]ste segundo elemento da más de una dificultad de interpretación, por cuanto ello es lo que se dice de la víctima o "la condición susceptible de predicarse de la víctima […], cuya dilucidación o interpretación debe estar acorde con el propósito de extender al máximo a 'cualquier clase de sujetos individuales', por lo que […] aún tratándose de un número de personas en la que parte de ellas habrían estado realizando una conducta de resistencia armada, debe entenderse que formaban parte de 'cualquier población civil'".

Para mayor análisis respecto de la interpretación que las cortes latinoamericanas han realizado de los conceptos "persona civil" y "población civil", véase, *"Sujeto pasivo en los crímenes de guerra contra personas protegidas"*, sección I.4.A.iv, de este mismo digesto.

ii. Conocimiento general del ataque

Como segundo elemento de los crímenes, la jurisprudencia latinoamericana ha identificado, en coincidencia con la jurisprudencia internacional, el conocimiento, por parte del perpetrador, del ataque sistemático o generalizado dirigido directamente contra la población civil; este es, precisamente, el elemento subjetivo de los crímenes de lesa humanidad. Al respecto, los tribunales penales internacionales han señalado que se debe probar que la persona acusada: (i) tenía la intención de cometer la conducta por la que se le acusa; (ii) conocía del ataque sistemático o generalizado, aunque no se requiere que conociera todos los detalles del mismo[38], y (iii) estaba consciente de que su conducta era parte de dicho ataque[39].

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 713:

> [E]n virtud del reconocimiento del principio de culpabilidad individual, que la conducta, comisiva u omisiva, debe ser dolosa, dolo —de cualquier clase— que debe extenderse a todos los elementos del delito, básicamente saber que la muerte se incardina en un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.

Véase también el Considerando 714 de esta misma sentencia, trascrito en *"Elementos de los crímenes de lesa humanidad"*, sección I.2.B, de este mismo digesto. La Corte Suprema de Justicia peruana enfatiza que, como elemento subjetivo de los crímenes de lesa humanidad se requiere conocimiento del contexto amplio y general en que el acto ocurre, así como que la conducta será parte del ataque generalizado y sistemático.

---

38 TPIY, *El Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros,* Caso No. IT-03-66-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 30 de noviembre de 2005, párr. 190; TPIY, *El Fiscal vs. Blagoje Simic y otros,* nota *supra* 34, párr. 45; TPIY, *El Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros,* Casos No. IT-96-23 y IT-96-23/1-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 12 de junio de 2002, párr. 102.

39 *Ibídem.* De manera adicional a las sentencias arriba enunciadas, véase, TPIY, *El Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez,* Caso No. IT-95-14/2-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 17 de diciembre de 2004, párr. 100.

C. Aplicación: plan o política

i. El caso panameño

Panamá, *Recurso de apelación (Caso Cruz Mojica Flores) (Relación de sentencias 11.c)*, Consideraciones:

> Desde nuestra perspectiva nacional […] resulta indiscutible que durante el periodo correspondiente a los años de 1968 - 1989 se utilizó el aparato estatal entre otras cosas, con objetivos delictivos como política sistemática, con la finalidad de persecución de ciudadanos cuya ideología se alejaba de los lineamientos del poder. Ante tal situación y en virtud de los hechos que giran en torno a la muerte del señor Gilberto Aizprua Colindes colige la Sala que nos encontramos ante un delito de lesa humanidad.

ii. El caso argentino

Argentina, *Caso "Circuito Camps" y otros (Miguel Osvaldo Etchecolatz) (Relación de sentencias 1.d)*, Considerando I[40]:

> Así, en la sentencia de la causa 13/84 de la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, que juzgara a los ex integrantes de las Juntas Militares se tuvo por acreditado entre otras cosas que durante el período en el que tuvieron lugar los hechos aquí juzgados "[…] Se otorgó a los cuadros inferiores, una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormento y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio. Se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el depósito final de cada víctima, es decir, el ingreso al sistema legal (puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o de la Justicia Militar o Civil), la libertad, o simplemente, la eliminación física".
>
> El sistema puesto en práctica —secuestro, interrogatorio bajo tormentos, clandestinidad e ilegitimidad de la privación de libertad y, en muchos casos eliminación de las víctimas—, fue sustancialmente idéntico en todo el territorio de la Nación y prolongado en el tiempo [nota en el original omitida].
>
> Estas afirmaciones resultan lapidarias, por su claridad y por resultar una verdad jurídica incontrovertible, lo cual resulta vital para plantear el aludido contexto en el que sucedieron los hechos por los que hoy se juzgó y condenó a Etchecolatz.

iii. El caso boliviano

Bolivia, *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y otros) (Relación de sentencias 2.a)*, Sección VII, Considerando:

[40] Véase, nota *supra* 21.

Valorando la prueba [presentada en el juicio] se concluye que el golpe de Estado del 17 de julio de 1980, tenía objetivos concretos como la captura y apresamiento de la Presidenta de la República y sus Ministros para conseguir mediante la coerción ejercida por los personeros de las Fuerzas Armadas, "renuncias" o "resignaciones de mando", captura, apresamiento y asesinato de los principales dirigentes políticos y sindicales; silenciar y controlar todos los medios de comunicación y restricción total de todas las libertades reconocidas por la C.P.E.

[U]na treintena de casas religiosas fueron allanadas, muchas sometidas al saqueo y un buen número de sacerdotes tuvieron que ocultarse debido a las amenazas vertidas. Algunos medios de comunicación de la Iglesia fueron silenciados o intimidad[o]s por amenazas de parte de autoridades militares. Las admoniciones que recibieron algunos altos funcionarios merecieron una censura. Varios periodistas fueron detenidos y algunos torturados. El mantenimiento de la "zona militar" en todo el país sometió a la población a un estado de continua tensión e intimidación por la ausencia de garantías. Listas incompletas de detenidos, desterrados o asilados, pusieron en angustia y zozobra a sus familiares. La utilización de grupos armados irregulares, incontrolables por la vía legal, imprimieron a esa época de nuestra historia desconfianza y temor por el reino del terror entonces imperante. Estos y otros hechos que no alcanzamos hoy aquí a describir, son por sí mismos censurables.

iv. El caso chileno

Chile, *Solicitud de desafuero de Augusto Pinochet Ugarte (Recintos de reclusión clandestina de la DINA) (Relación de sentencias 3.c)*, Considerando 3:

Los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el director general de Carabineros, el 11 de septiembre de 1973 procedieron a destituir al gobierno, asumiendo el Poder y el Mando Supremo de la Nación, por las razones que consignaron en el Bando Nº 5 y en el Decreto Ley Nº 1, constituyendo una junta de gobierno y clausurando el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional y otras instituciones, para asumir los poderes constituyente, ejecutivo y legislativo, de acuerdo a la normativa que se dieron, según se advierte de lo dispuesto en los decretos leyes Nºs 1, 12, 25, 27, 77, 78, 119, 127, 130, 133, 198, 527, 778 y 991; de esa forma se hicieron del control interno del país, con monopolio del ejercicio del poder político. Atendida la naturaleza del régimen, fueron creados diferentes organismos de inteligencia, destinados a cubrir la necesidad (de) que el Supremo Gobierno tenga la colaboración inmediata y permanente de un organismo especializado que le proporcione en forma sistemática y debidamente procesada la información que requiera para adecuar sus resoluciones en el campo de la Seguridad y Desarrollo Nacional, como fue la Dirección de Inteligencia Nacional, definido como organismo militar de carácter técnico profesional, dependiente directamente de la Junta de Gobierno que tiene por objeto reunir toda la información a nivel nacional, proveniente de los diferentes campos de acción, con el propósito de producir la inteligencia que se requiera para la formación de políticas, planificación y para la adopción de medidas que procuren el resguardo de la seguridad nacional y el desarrollo del país,

> conforme se establece en el artículo 1º del Decreto Ley Nº 521. La DINA pretendía descubrir y poner en conocimiento de las autoridades correspondientes las actividades o acciones que pudieren afectar al gobierno de la época y los intereses que éste estimaba relevantes, con el objeto de adoptar las resoluciones que impidieren concretarlas, especialmente aquellas que fueren evaluadas como posibles sucesos desestabilizadores. Se pretendía conocer y estar interiorizado de todo el quehacer nacional o internacional relacionado con Chile, en especial de quienes tuvieren ideas contrarias a los intereses del gobierno, planificaran o desarrollaran acciones así calificadas. De este modo las labores de inteligencia resultan consubstanciales al gobierno de la época y son consideradas tarea primaria del mando; se las hace consistir en el conocimiento útil referido a los diversos campos de acción interno, externo, económico, diplomático y bélico, con repercusiones en el desarrollo industrial y comercial, resultante de un procesamiento de toda la información reunida sobre un determinado objetivo, con apoyo no convencional, que permita al mando político y militar del país —reunido en una persona— adoptar las decisiones adecuadas y oportunas, en un ambiente de seguridad y confianza[41].

v. El caso peruano

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 717:

> [A] partir de lo expuesto resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. *Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos*. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos —efectivos de inteligencia militar— que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil [Énfasis añadido].

[41] Nota añadida al original: Los considerandos aquí transcritos se insertan en una decisión sobre la "procedencia del desafuero solicitado respecto de Augusto Pinochet Ugarte, con el objeto de poder investigar su eventual responsabilidad en la planificación, ejecución y ocultamiento de la privación de libertad [de las víctimas señaladas en autos]", y no, evidentemente, en una determinación sobre su responsabilidad penal individual sobre los hechos de la acusación. Asimismo, es menester apuntar que en esta decisión no se califican como "crímenes de lesa humanidad" los hechos por investigar, *i.e.* la privación de la libertad de las víctimas individualizadas, por lo que no corresponde a la conclusión del tribunal que el esquema aquí descrito sea parte de un plan o política como elementos de un crimen de esta naturaleza, aunque si se refiere a los hechos de la privación ilegal de la libertad como "desapariciones forzadas". No obstante, a criterio de los responsables de esta obra, el texto transcrito resulta de interés para ejemplificar distintos elementos que pueden ser considerados para una posible determinación legal de dicho plan o política, en el contexto de un proceso penal por crímenes de lesa humanidad, o que por su contexto puedan ser subsumidos en éstos.

> Esta conclusión es absolutamente compatible con lo establecido en la Parte II de esta Sentencia. Está probado que fue una decisión de Estado ordenada o aprobada por el Jefe de Estado, que se ejecutó por los organismos de inteligencia militar —Destacamento Especial de Inteligencia Colina y DINTE— dirigidos finalmente por el SIN, y que contó con todo el apoyo oficial concebible, cuyo objetivo final fue la desaparición forzada y/o ejecución arbitraria o extrajudicial de presuntos subversivos, de los que dos hechos significativos —que no los únicos— fueron precisamente Barrios Altos y La Cantuta.
>
> Con ello no se hace sino coincidir, a partir del cúmulo de pruebas ya analizadas, con las decisiones de la CIDH y el Tribunal Constitucional que, igualmente, calificaron estos actos de crímenes contra la humanidad según el Derecho Internacional Penal [nota en el original omitida].

D. Prueba de la existencia de un plan o política

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Jorge Rafael Videla (Relación de sentencias 1.a)*, Considerando 13:

> Ante la inexistencia de constancias documentales en autos de las órdenes secretas e ilegales que se habrían impartido […] debía ser otro el camino para concluir que existía un plan, requisito éste para sancionar penalmente a su planificador como autor mediato de cada uno de los delitos de sustracción de menores que se le imputaban. En efecto, "la existencia de dichas órdenes secretas, que avalaban la comisión de delitos por parte de los subordinados, se evidencia[-ba] [*sic*] en la metodología empleada y la reiteración de los delitos por parte de los autores materiales" (considerando 8° voto del juez Fayt en la causa 13/84, publicada en Fallos: 309:1657 […]).

E. La desaparición forzada como crimen de lesa humandidad

La desaparición forzada de personas es uno de los crímenes y violaciones de derechos humanos que ha marcado, profunda y trágicamente, la historia de nuestra región. Como reacción a esta brutal práctica, la comunidad internacional ha reafirmado en las últimas décadas su absoluto reproche frente a cualquier acto de desaparición forzada de personas, la cual ha recibido particular atención en las decisiones y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

En las siguientes secciones se presentan algunos de los criterios jurisprudenciales latinoamericanos más importantes respecto de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. En primer lugar, se reproducen algunas decisiones que analizan la naturaleza y características de la desaparición forzada en general, y en las cuales se puede apreciar claramente la influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la jurisprudencia nacional. Con estas bases, la segunda sección resalta el claro y constante criterio establecido por las cortes de la región al diferenciar un hecho de desaparición forzada, que es una grave viola-

ción de los derechos humanos en sí misma, de aquélla que se comete en el marco de un ataque sistemático y generalizado y que, por ende, adquiere el carácter de crimen de lesa humanidad. La última sección contiene una de las reglas de derecho más importantes en cuanto a la desaparición forzada como crimen de derecho internacional, la cual ha sido constantemente sostenida por distintas cortes latinoamericanas: su naturaleza permanente o continuada. Dicha naturaleza tiene claras implicaciones, por ejemplo, en cuanto al principio de legalidad de la norma penal y el principio de retroactividad de la ley, así como en la imprescriptibilidad del crimen, tal como se analizará en capítulos posteriores de este mismo digesto.

i. Aspectos generales

El Salvador, *Acción de hábeas corpus interpuesta por Reyna Dionila Portillo (Relación de sentencias 7.b)*, Párrafo 3:

> [La desaparición forzada] constituyen una privación arbitraria de la libertad, cualquiera que sea su forma —generalmente llevadas a cabo sin ningún tipo de orden judicial, administrativa, etc.— o motivación, realizada por agentes del estado, por personas o grupos de personas que actúan con el beneplácito del mismo; dicha privación de libertad va seguida de la desinformación o la negativa de proporcionar datos que permitan la localización de la persona privada de su libertad, por parte de los señalados como responsables o de quienes deberían brindarla, a fin de mantener oculto el paradero de la persona afectada y evitar que se lleve a los autores ante las autoridades encargadas de castigar su responsabilidad.
>
> Respecto del tema en análisis se ha pronunciado la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* […]. [La desaparición forzada se define, también, en] la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas *(sic)* […].
>
> Así entonces, se puede concluir que las desapariciones forzadas de personas se caracterizan por la arbitrariedad e irregularidad en la privación de libertad; podría asegurarse también la clandestinidad y secreto —aunque no generalizado— con el que operan los grupos militares o paramilitares, corporaciones policiales, e incluso organizaciones civiles, responsables de la privación ilegal de la libertad; la conducción de la persona a destinos desconocidos, garantizando con ello, el ingreso a un sistema donde se le somete a tratos crueles e inhumanos que generalmente terminan con la muerte en condiciones que aseguran la impunidad de los autores; para concluir todo, en la negativa por parte de los grupos encargados de la detención, de proveer información que pueda arrojar indicativos sobre el paradero de la víctima, por lo que se mantiene a los familiares de ésta en una total ignorancia sobre la suerte de la persona sometida a restricción.

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por María Emilia Villegas Namuche (Relación de sentencias 13.b)*, Considerandos 2 y 3:

> Los hechos denunciados por la recurrente constituyen en doctrina la figura denominada desaparición forzada. Según la Convención Americana sobre la Desaparición

> Forzada de Personas, ésta consiste en 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".
>
> La práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos fundamentales. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando, así, el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención […]. Asimismo, implica, generalmente, actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, por lo que también afecta el derecho a la integridad personal. De igual manera, esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos, y el posterior ocultamiento de sus cadáveres. Lo primero lesiona el derecho a la vida, mientras que lo segundo procura la impunidad del hecho.

Venezuela, *Recurso de revisión (Caso Marco Antonio Monasterios Pérez) (Casimiro José Yánez) (Relación de sentencias 15.b)*, Consideraciones IV.1:

> Se considera, pues, como desaparición forzada de personas: el arresto, detención o traslado contra la voluntad de las personas, o la privación de su libertad en alguna forma, por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúen en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, o con su autorización o asentimiento; y que luego se nieguen a revelar la suerte o paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndola así de la protección de la ley. Este delito es pluriofensivo, por cuanto atenta contra varios bienes jurídicos fundamentales, entre los cuales encontramos la libertad personal, la seguridad de las personas, la dignidad humana y pone gravemente en peligro el derecho a la vida, como se extrae literalmente del artículo 2 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas *(sic)* dictada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuando señala que todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia.

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete (Relación de sentencias 13.c)*, Considerandos 23-24:

> La 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.
>
> 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.

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 7:

> La Corte, en los casos antes aludidos, calificó la desaparición forzada como un delito contra la humanidad, como una afrenta a la conciencia del hemisferio, y como "un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal". Además de lo anterior, la Corte ha señalado que la práctica de desapariciones significa una ruptura radical de la Convención, —en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención—. En este mismo sentido se referiría posteriormente la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas al señalar en su Preámbulo que ésta "constituye una afrenta a la conciencia del hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intríns[e]ca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de Estrados Americanos".
>
> [L]a desaparición forzada se caracteriza, entre otras cosas, por crear una situación de duda insuperable sobre el hecho de si la víctima se encuentra viva o muerta. Esa situación surge del hecho de que los autores de la desaparición, no sólo cortan todo tipo de comunicación entre el desaparecido y la sociedad a la que pertenece, sino de que eliminan todo rastro o información, tanto acerca de la sobrevivencia como de la muerte de la persona de que se trata.

Véase, además, Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de "Aprobación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (Relación de sentencias 5.b)*, Considerando II.A:

> [L]a desaparición forzada, también denominada forzosa o involuntaria en otros instrumentos y documentos internacionales, constituye una grave ofensa a la dignidad intrínseca de la persona humana y está en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

ii. La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad

Bolivia, *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y otros) (Relación de sentencias 2.a)*, Sección VI, Considerando:

> [L]as Naciones Unidas en la Resolución de su Consejo Económico y Social, ha[n] proclamado el 2 de marzo de 1993, en protección de la libertad, la seguridad y el reco-

> nocimiento de la personalidad jurídica de los Derechos Humanos, que "ningún Estado debe cometer, autorizar o tolerar desapariciones forzadas", condenando tales delitos de lesa humanidad como atentados contra el Derecho Internacional y una negación a los objetivos de la Carta de 1948.

Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de "Aprobación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (Relación de sentencias 5.b),* Considerando II.A:

> [D]ebe entenderse que *la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas, constituye un crimen de lesa humanidad*, por los medios y formas utilizados en su ejecución, generalmente disimulados en complejos mecanismos de poder, de donde se desprende también una clara incompatibilidad con el Estado constitucional y democrático de derecho, que promueve la consolidación de la libertad, un trato digno y el desarrollo pleno de las personas [Énfasis añadido].

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerando 13:

> De igual forma, se ha dicho que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar", y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos "ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, *la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad"* […] [nota en el original omitida] [Énfasis añadido].

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete (Relación de sentencias 13.c)*, Considerandos 25-27:

> Ahora bien, *cuando [la desaparición forzada] es cometid[a] 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* [Énfasis añadido].
>
> 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 7º 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 dada su extrema gravedad, no puede ser equiparada a la de un mero delito común. En este sentido, la Resolución N.° 666 (XIII-083) de la

> Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció en el artículo 4º, "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 […].

Véase también, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Juan Nolberto Rivero Lazo (Relación de sentencias 13.e)*, Considerandos 26, 29 y 30 (igual).

a. El caso chileno

Chile, *Caso de los detenidos-desaparecidos en La Moneda (Fernando Burgos y otros) (Relación de sentencias 3.b),* Considerandos 1, 2 y 3:

> [La] acción de remoción [de los cuerpos] constituyó el último eslabón de una cadena que se inició, en la especie, con la detención de un grupo de personas en el palacio de la Moneda, de los cuales el formado por miembros del Dispositivo de Seguridad y Asesores de la Presidencia de la República, fueron llevados al Regimiento Tacna. Posteriormente, amarrados de pies y manos fueron subidos a un camión militar, tapados con una lona y trasladados hasta el sitio destinado a dicha Unidad de Peldehue. Luego fueron presuntamente fusilados por el personal de la escolta conformado por oficiales y funcionarios del cuadro permanente y finalmente enterrados en pozo seco al cual fueron arrojados o cayeron a medida que eran ejecutados.
>
> La remoción efectuada más de cinco años después de dichos secuestros y presunta ejecución, vino a constituir la última fase destinada a lograr el ocultamiento de los hechos antes descritos.
>
> [A] la luz de tales hechos, se puede colegir inequívocamente que el aspecto material de la conducta descrita en esta acusación, hace referencia a un eslabón de la cadena que formó parte del ataque generalizado y sistemático en contra de miembros de la población civil, conforme a un actuar implementado y ejecutado mediante el control directo de la autoridad militar que detentaba el poder en el país, formando parte también de una política encaminada a causar miedo, mediante el evento de la detención o secuestro de las víctimas efectuado por agentes [d]el Estado, seguido de la negativa absoluta de dar información acerca de la suerte de ellas.
>
> [E]n consecuencia, dado el carácter complejo del crimen que se inicia con el secuestro de las personas hasta hoy desaparecidas y su circulación con la conducta descrita en la acusación de autos. Ello determina que el *delito por el cual se ha acusado, es de naturaleza especial con un grado mayor de inmoralidad en su ejecución que lo distingue de un delito común, de tal modo que al relacionarse con un ataque generalizado y sistemático en contra de parte de la población civil, debe ser perseguido penalmente como delito de lesa humanidad* [Énfasis añadido].

iii. La desaparición forzada es un delito permanente

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a),* Considerando 36:

> [E]ste Tribunal […] estima que es menester precisar que, si bien la noción del delito permanente es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunos casos de excepción […], reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen del propio Código Penal, tales como el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la parte especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes, se afinca en el hecho de que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo. Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. […] Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede durar más o menos según la voluntad del hechor.

Venezuela, *Recurso de revisión (Caso Marco Antonio Monasterios Pérez) (Casimiro José Yánez) (Relación de sentencias 15.b)*, Consideraciones IV.1:

> Ahora bien, pese a que el citado artículo 181-a establece que el delito de desaparición forzada de personas es un delito continuado, el artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas prescribe que **todo acto de desaparición forzada será considerado como *delito permanente*** mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y no se hayan esclarecidos los hechos. Tal diferencia normativa obliga a esta Sala a precisar la naturaleza de dicho delito, es decir, si realmente es continuado o permanente, toda vez que tanto la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas dictada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, forman parte del bloque de la constitucionalidad […] [Énfasis en el original].
>
> Así, de acuerdo a la doctrina penal, los delitos de conducta permanente *"son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobra de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción"* [nota en el original omitida] [Énfasis en el original].

El delito permanente *"supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (…); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica"* [nota en el original omitida] [Énfasis en el original].

Entre los delitos de conducta permanente tenemos al secuestro, el rapto y la desaparición forzada de personas, entre otros, toda vez que en todos ellos el proceso consumativo se mantiene durante el tiempo en que el sujeto pasivo permanezca privado de su libertad. Distinto ocurre en los delitos continuados, ya que estos últimos existen, como lo señala la Sala de Casación Penal, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito. Ejemplo de estos últimos sería la estafa cometida por una persona a varias personas, en distintas oportunidades, pero con el mismo acto de ejecución o "*modus operandi*".

Véase, además, México, *Recurso de apelación (Caso Jesús Piedra Ibarra) (Luis de la Barreda Moreno y otros) (Relación de sentencias 10.b)*, Considerando Octavo:

Habida cuenta, todavía, de la forma de consumación, se hace diferencia entre delitos instantáneos, que se consuman en un solo momento, como el de la muerte en el homicidio, y delitos permanentes, que el Código Penal llama continuos, caracterizándolos como aquellos "en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que los constituyen".

El delito permanente (o continuo) no debe confundirse con el continuado, en que una serie de conductas configuran una consumación.

Entendiendo ya que privar de la libertad, significa eliminar la libertad ambulatoria, restringir la libertad de movimiento del pasivo, sustraer o separar a la víctima del lugar donde se halla en el momento de ejecutar la acción típica, sea del sitio donde acostumbraba encontrarse o donde se encuentra de manera transitoria o, bien, retenerla impidiéndole irse del lugar donde se halla, con el fin de realizar en aquélla cualquiera de los actos previstos en dichas fracciones, de las que consta este dispositivo legal.

Ahora bien, el delito en análisis es de resultado material y permanente, ya que se consuma en el momento mismo en que se detiene ilegalmente a la víctima, con el fin de realizar cualquiera de los actos, o mediante alguna de las conductas citadas y a que se refieren las tres fracciones del artículo en estudio.

Es de gran relevancia el destacar además que *dura todo el tiempo que se prolongue, o sea a partir de que se impone a aquélla el impedimento físico de su libertad de tránsito, se le detiene o encierra en algún lugar, continuándose su consumación por todo el tiempo de la privación de la libertad* [Énfasis añadido].

Esta última hipótesis representa gran trascendencia para este asunto, ya que si bien es cierto, el delito se consuma con la simple privación de la libertad de la víctima, también lo es, que es de características de permanencia ya que se prolonga en el tiempo hasta que sea eliminada esa privación.

La doctrina ha sostenido que los delitos permanentes son aquéllos en los que la

consumación tiene una duración en el tiempo y, más precisamente, son aquellos delitos en los que el agente con la propia conducta da existencia a un estado de antijuricidad, el que, por ulterior conducta del agente, se prolonga en el tiempo.

De ahí surgen los dos requisitos necesarios para la aparición del delito permanente a saber:

a) Duración en el tiempo de la consumación, y

b) Dependencia de tal consumación de la voluntad del autor de la conducta.

Lo anterior, no puede entenderse sin comprender la naturaleza misma del bien jurídico que resulta afectado por la conducta típica, ya que existen bienes que no resisten la aparición del fenómeno de la permanencia en la consumación.

Por ello, un bien jurídico como lo es la "libertad" jamás queda agotado, por lo que su naturaleza le permite resistir una consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo y de ahí que delitos como la privación ilegal de la libertad sean característicamente delitos permanentes.

Consecuentemente, el delito permanente se da cuando su consumación por la naturaleza del bien jurídico ofendido, puede prolongarse en el tiempo.

Del análisis de lo expuesto se puede concluir que el delito permanente se presenta cuando la violación del imperativo de la norma se prolonga sin solución o fórmula autónoma para concluir por sí solo su continuidad durante un determinado lapso, dado que se encuentra a merced de la conducta ininterrumpida del agente, durante cuyo lapso, sin llegar a destruirlo, se está lesionando ese bien jurídico en ella protegido, en el cual queda comprimido, restringiéndole su cabal desenvolvimiento en el marco garantizado legalmente, por los efectos de la acción ilícita del activo [Énfasis añadido].

F. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Al igual que la desaparición forzada de personas, la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes han marcado la historia latinoamericana. No obstante, a diferencia de la primera, dentro del universo de sentencias analizadas para este estudio no se encontraron decisiones que abordaran el tema de la tortura como crimen de lesa humanidad con el detalle con el que se ha interpretado la desaparición forzada. Esto no significa, sin embargo, que no existan criterios judiciales de relevancia para el tema en la jurisdicción latinoamericana.

A continuación se transcriben algunas decisiones en las que se resalta el proceso de interpretación e integración, en derecho nacional, de diversas definiciones internacionales de tortura, así como de tratos crueles, inhumanos y degradantes, enfatizando los retos que esto implica. Por otro lado, en la segunda sección se presentan una serie de decisiones que se avocan a la determinación fáctica de hechos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes en condiciones de detención-desaparición, práctica tristemente recurrente en la historia de nuestra región.

i. Aspectos generales

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h)*, Considerandos 3.3.2. y 4.2:

Ha recordado la Corte que el objetivo de prevenir y sancionar la tortura, se erige para los Estados y las sociedades democráticas en un imperativo ético y jurídico, en tanto dicha práctica contradice la condición esencial de dignidad del ser humano, su naturaleza y los derechos fundamentales que se predican inherentes a la misma, por lo que la misma está expresamente proscrita en el ordenamiento internacional [nota en el original omitida].

Así se desprende claramente de, entre otros, i) el artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos [nota en el original omitida], ii) el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos [nota en el original omitida], iii) el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos [nota en el original omitida], iv) el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre [nota en el original omitida], v) el artículo 3°, común a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección contra la tortura en personas protegidas por el derecho internacional en caso de conflicto armado [nota en el original omitida].

La tortura ha sido [también] objeto de diversos instrumentos internacionales [específicos o especializados] tendientes a prevenirla y sancionarla, dentro de los que cabe recordar particularmente i) la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [nota en el original omitida]; ii) la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [nota en el original omitida]; iii) La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura [nota en el original omitida], [y] iv) el Estatuto de la Corte Penal Internacional [nota en el original omitida].

Cabe precisar que en relación con la definición del delito de tortura los referidos instrumentos internacionales no han adoptado una definición constante.

[A]l respecto [la] Convención [Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura] no solamente es el texto que mayor protección ofrece a los derechos de las personas víctimas de tortura [al no requerir, por ejemplo, que los sufrimientos físicos o mentales sean "graves",] sino que los demás instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia dejan claramente a salvo la aplicabilidad de la referida Convención Interamericana [a través de cláusulas que expresamente señalan que lo contenido en dichos instrumentos "se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance"].

En efecto en este instrumento internacional […] no solamente se excluye la expresión "graves" para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor.

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 694:

El trato cruel, según ha sido descrito anteriormente, no sólo comprende un atentado a la integridad física de la persona, también alcanza el menoscabo a su integridad psíquica o moral —entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido, que rechaza toda conducta que entraña una sensación de envilecimiento o de humillación, vejamen o indignidad—. Es, desde nuestra legislación penal, una circunstancia agravante específica que, como tal, requiere de un plus frente a toda conducta que entrañe la privación ilegal de la libertad de una persona, de la potencial e individual libertad de movimientos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes [nota en el original omitida]. Si se excluye la tortura, que se considera una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante —Declaración de Naciones Unidas contra la tortura de mil novecientos setenta y cinco—, debido a que no son comportamientos cerrados entre los cuales exista una línea divisoria precisa [nota en el original omitida], es claro que el *trato cruel, en tanto en cuanto es infligido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia —sujeto activo cualificado—, puede ser definido como aquel acto que deliberadamente produce dolor y sufrimiento pero que por su intensidad, no es lo suficientemente severo como para que se le pueda calificar de tortura ni lesiones* [Énfasis añadido].

ii. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes bajo detención

Bolivia, *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y otros) (Relación de sentencias 2.a)*, Sección VII, Considerando:

La declaración del testigo Luis Álvaro Puente [señala] […] "[F]ui detenido y conducido a una camioneta Toyota que se encontraba en la puerta del Colegio, no se me permitió hablar; me llevaron a través de El Prado; pasamos por la Universidad y de allí dobló hacia el Cuartel de Miraflores. Fui bajado de la camioneta y ví que de atrás también bajaban otras personas, a todos nos pusieron en una especie de hall de entrada, de cara a la pared, las manos en la nuca, las piernas abiertas. […] Calculo que eran las cinco y pico de la tarde, fui llamado y se me condujo a un amplio salón. Estaba ahí el Cnl. Luis Arce Gómez. Fui insultado groseramente, recibido a gritos; los insultos se referían a mi calidad personal, a la iglesia, a los curas, a la labor que hacíamos; que si era destrucción de la Patria, que si era comunismo; se me amenazó de muerte, se me dijo que me iban a matar. El Cnl. Arce Gómez estalló en ira y dijo: 'Llamen a los míos, esos lo van a matar, ésos saben hacerlo'. Y subieron unos cuantos individuos de civil. El primero que llegó era de patillas largas, gordo, fuerte, con su metralleta. Llegaron y ahí mismo el Cnl. Arce Gómez dio la orden de que me golpearan en el fondo del salón donde había instrumentos eléctricos que parecían los que se usan para las torturas. Ahí empezó una tortura sin miramientos: golpes, patadas; continuamente caíamos al suelo, eran golpes en las costillas, en el estómago, en la zona de los genitales, que no podíamos resistir; no había interrogatorio, simplemente eran golpes. Llegó un momento en que el Cnl. Arce llamó desde adelante: 'Tráiganlos'. Y él personalmente nos interrogó. Así sucedió. Calculo que duró la golpiza

el espacio de una dos horas *(sic)*. Ahí el Cnl. Arce dio la orden y dijo: 'A éste me lo matan y me lo tiran a la puerta de 'San Calixto'. Se me puso el arma en la sien. Sentí ahí el arma y el silencio. Se cargó el arma y continué así, supongo que un segundo; no sé; y después de cierto tiempo, el que me acompañaba me dijo: 'Mejor a las tres de la mañana'".

Argentina, *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) (Relación de sentencias 1.e)*, Considerandos:

La descripción general que presento la CONADEP sobre los centros clandestinos de detención ponía acento en el carácter de dichos centros —secretos para la opinión pública pero no para los mandos militares—; se hizo especial referencia a las prácticas de los miembros de los grupos operativos que prestaron servicios en los mismos con relación a la despersonalización de que eran objeto los detenidos que ingresaban al sistema. En este sentido se dijo que: *"Las características edilicias de esos centros, la vida cotidiana en su interior, revelan que fueron concebidos antes que para la lisa y llana supresión física de las víctimas para someterlas a un minucioso y planificado despojo de los atributos propios de cualquier ser humano. Porque ingresar a ellos significó en todos los casos DEJAR DE SER para lo cual se intentó desestructurar la identidad de los cautivos, se alteraron sus referencias temporales, y se atormentaron sus cuerpos y espíritus más allá de lo imaginado"* [Énfasis en el original].

La tortura merece un análisis por separado, se aplicaba con un doble objetivo. Los detenidos eran sometidos a tormentos en el primer momento de su ingreso a los centros de detención con el fin primordial de extraerles información respecto de las personas con las que compartían su actividad política, domicilios, contactos, citas etcétera; es decir, como objetivo de inteligencia. Así, a través de las informaciones que se extraía a cada uno de los detenidos el sistema de represión se actualizaba y reproducía. El segundo fin de la tortura era el sometimiento de los detenidos, de quitarles toda voluntad y quebrantarlos en su espíritu para facilitar el tratamiento de los mismos hasta el momento en que se decidía su liberación o su "traslado".

Al referirnos a la tortura debe recordarse, en primer lugar, que la privación de la libertad ambulatoria implicó, para quienes la sufrían, además, la completa pérdida de referencias de espacio y tiempo, en medio de condiciones de extremo maltrato físico y psicológico, ya que la víctima perdía todos sus derechos. A ellos debía agregarse la asignación de un código alfanumérico, en reemplazo de su nombre, ni bien ingresaba al campo, lo cual implicada la supresión de la identidad, de la individualidad, del pasado y de la pertenencia al núcleo básico familiar y social. A partir de ello éstos eran llamados ya sea para salir al baño o para ser torturados o "trasladados" por esa identificación.

La vida misma dentro del centro era un padecimiento en sí mismo, ello puesto que desde su ingreso, luego del interrogatorio inicial, bajo torturas físicas, los detenidos eran llevados a los "tubos" (minúsculas celdas) en los cuales debían permanecer "tabicados" a la espera de una nueva imposición de tormentos o aguardando su incierto destino. En condiciones inhumanas los secuestrados transcurrían sus días, privados de los requisitos mínimos para su subsistencia, como ser la higiene personal y comida apropiada y suficiente.

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 694:

> En este caso es de tener presente que los que privaron y mantuvieron privados de la libertad a los agraviados fueron agentes públicos en cumplimiento de órdenes superiores —ostensiblemente ilícitas, claro está—. A las víctimas se las condujo a centros ilegales de privación de libertad —no eran los que legalmente correspondían pero se trató de un local perteneciente a una institución pública, en concreto de uno de los servicios secretos del Estado: el SIE—. Desde luego, no se cumplió ningún procedimiento regular, legalmente previsto —en especial comunicación de cargos e información oficial, pública, de su paradero y situación jurídica—, y esas medidas se produjeron en un contexto de alteración del orden constitucional o del ejercicio del poder de un gobierno autoritario [nota en el original omitida]. Ya se ha descrito con mayor precisión lo ocurrido con cada uno de los agraviados, de cuyas versiones —por su racionalidad y coherencia interna— no cabe dudar o poner en tela de juicio.
>
> Los agentes públicos involucrados actuaron con manifiesta ilegalidad y prepotencia —utilizaron la autoridad que detentaban contrariamente a lo que como tales les correspondía respetar, lo aparatoso del acto de secuestración [*sic*] a Gorriti Ellenbogen es particularmente llamativo—, que se dio en un contexto de un régimen autoritario, del que las víctimas no podían esperar un trato predecible ni formalmente amparado en las normas jurídicas preexistentes, tanto más si se las condujo y recluyó en una institución impropia, que pertenecía a los servicios secretos del Estado, de por sí profundamente intimidante, que incluso hacía temer por su suerte. Es obvio, como acotó la CIDH, que el sentimiento de miedo de las víctimas, de temor por su suerte, se agravó no sólo por la propia ilicitud de la privación de libertad o acto de secuestración —que ahondó la vulnerabilidad intrínseca de aquélla— sino, además, por las circunstancias en que ésta operó, derivadas del lugar de detención, de quienes lo custodiaban, y de las características del régimen político que las sustentaban.
>
> El comportamiento cruel de quienes ordenaron y ejecutaron el acto de secuestración y de los custodios y autoridades que mantuvieron el secuestro —este plus de comportamiento agresivo perfectamente conocido por los agentes activos y asumido por los sujetos pasivos, esta intensidad y gravedad de la acción lesiva, esta multiplicidad de partícipes en la comisión de los hechos— se expresó (i) en la forma de la detención ejecutada por agentes públicos —aparatosidad en el primer caso y ausencia de explicaciones razonables y fundadas en ambos supuestos—, (ii) en las características del traslado de los agraviados al SIE —rastrillaje de las armas, ocultamiento de la identidad de los aprehensores, evitación del reconocimiento del detenido por otros efectivos militares—, y (iii) en los calificativos utilizados, inicial aislamiento y en los anuncios de la severidad de las consecuencias que la conducta atribuida acarrearía a los agraviados, y en la ausencia de definición de su situación jurídica, pese a expresar —como así lo hacía notar— una operación realizada por agentes públicos y, por ende, con una dimensión abusiva o arbitraria que hacía evidente en las víctimas la falta de protección jurídica y de seguridad y tranquilidad personales.
>
> Desde una perspectiva subjetiva, todo el conjunto de características fácticas enumeradas revela que los agentes que ejecutaron materialmente el secuestro —y quienes lo ordenaron— procedieron sin el mínimo sentido elemental de humanidad, de respeto

por la persona; buscaron de propósito intensificar los padecimientos del secuestrado (los medios, contexto y los fines fueron propios para intensificar los padecimientos de la víctima) de manera innecesaria respecto a un secuestro simple, de tenerla en zozobra sobre lo que va a hacerse con ella, excluyéndola incluso de sus actividades cotidianas, que fueron las que se tomaron en cuenta para secuestrarla y de ese modo, concurrentemente, anularlas temporalmente en su función social, para beneficio político del régimen de turno.

4. CRÍMENES DE GUERRA

Desde tiempos antiguos existía la clara noción sobre la necesidad de establecer límites al uso de la fuerza en el marco de conflicto armados, a fin de minimizar sus efectos y el sufrimiento humano. Con la evolución del derecho internacional, esta noción compartida fue materializada en un conjunto de normas que buscan proteger valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional en tiempos de guerra, y que hoy en día se conoce como derecho internacional humanitario, o derecho de los conflictos armados.

Desde esta rama del derecho internacional, los crímenes de guerra se han erguido como una categoría jurídica mediante la cual se busca establecer la responsabilidad individual de aquellas personas que cometan graves violaciones de las normas convencionales o consuetudinarias que establecen los límites en tiempo de guerra, y que lesionen un valor fundamental, causando un daño grave a la víctima del crimen[42].

Sin duda alguna, el conflicto armado representa una de las situaciones fácticas más caóticas en las que puede desarrollarse la conducta humana y, por ende, su regulación representa un verdadero reto para el derecho. De ahí, precisamente, la importancia de que los crímenes de guerra sean reprimidos por vía judicial. Tal como ha sido apuntado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, en un informe recuperado por Alejandro Valencia en un estudio sobre el tema, "[l]os combatientes evidencian una discrepancia muy grande entre sus conocimientos de las normas humanitarias y su poca intención de respetarlas en caso de eventuales hostilidades. … La diferencia que hay entre reconocer y aplicar las normas se debe a una serie de mecanismos que conducen al combatiente a abdicar de sus compromisos morales y cometer violaciones de

[42] Véase, TPIY, Decisión sobre la moción de apelación interlocutoria sobre jurisdicción presentada por la defensa de Dusko Tadic, Caso No. IT-94-1-T, Sala de Apelaciones, Decisión de 2 de octubre de 1995, párr. 94. Los cuatro criterios para determinar la aplicación del artículo 3 del Estatuto del TPIY, que han sido entendidos por la doctrina como las bases para la responsabilidad individual por crímenes de guerra en general, son: "(i) la violación debe constituir un incumplimiento de una norma de derecho internacional humanitario; (ii) la norma debe ser de naturaleza consuetudinaria, estar establecida en una tratado; (iii) la violación debe ser "seria", es decir, debe constituir una violación de una norma que proteja importantes valores, y debe implicar graves consecuencias para la víctima […], y (iv) la violación de la norma debe conllevar, de conformidad con el derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona que ha incumplido con la norma" [Traducción no oficial]. Estos mismos criterios han sido sostenidos una y otra vez por el propio tribunal en decisiones como, TPIY, *El Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros,* nota *supra* 38, párr. 66; TPIY, *El Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros,* nota *supra* 38, párr. 175; TPIY, *El Fiscal vs. Sefer Halilovic,* Caso No. IT-01-48-A, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 16 de noviembre de 2005, párr. 30; TPIY, *El Fiscal vs. Pavle Strugar,* Caso No. IT-01-42-A, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 31 de enero de 2005, párr. 218, entre otras.

[derecho internacional humanitario]"[43]. Al respecto, el propio profesor Valencia hace eco de la contundente conclusión del Comité: "[…] ante el abismo entre la prédica y la práctica del derecho humanitario […] uno de los mecanismos más efectivos para lograr que se respete mejor es sancionar las infracciones al derecho humanitario"[44].

A. Elementos de los crímenes de guerra

i. Conflicto armado

Como el mismo término lo indica, los crímenes de guerra únicamente pueden ser cometidos en el marco de un conflicto armado, sea de carácter internacional o no internacional, a diferencia de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, los cuales pueden ser perpetrados tanto en tiempo de paz como de guerra. Como evidente consecuencia, la existencia del conflicto armado se erige como el primer elemento de estos crímenes.

No obstante la clara importancia del concepto "conflicto armado", a la fecha no existe ningún instrumento internacional que contenga una definición del mismo. Como resultado de lo anterior, la interpretación que al respecto han realizado las cortes nacionales e internacionales adquiere particular relevancia. La jurisprudencia latinoamericana, particularmente la colombiana, ha recuperado la misma definición judicial de "conflicto armado" establecida por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia desde sus primeras decisiones. Más relevante aún, la jurisprudencia latina se ha avocado a desarrollar con más detalle el concepto de conflicto armado de carácter no internacional, con las distintas clases que se deducen de los tratados internacionales, y sus características esenciales, a saber, el grado de intensidad en la violencia y de organización de las partes.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 1.1:

> El supuesto necesario para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario es la existencia de un conflicto armado. La determinación de las condiciones que detonan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario es, por lo mismo, necesaria para establecer el ámbito de aplicación de los tipos penales que […] [definen] conductas violatorias del DIH […].
>
> La naturaleza voluble de los conflictos armados actuales ha llevado a la jurisprudencia internacional a definirlos como "el recurso a la fuerza armada entre Estados, o la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos, dentro de un Estado".

[43] Muñoz Rojas, Daniel y Fresard, Jean-Jacques, "El origen del comportamiento de la guerra: comprender y prevenir violaciones del DIH", CICR, Ginebra, 2004, págs. 8 a 10, citado por Alejandro Valencia, en *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos Básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*, OACNUDH, Bogotá, 2007, pág. 241.

[44] *Ibídem.*

a. Conflicto armado de carácter no internacional

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 1.1:

> En el caso de los conflictos armados internos, el adjetivo "prolongada" busca excluir de esta definición los casos de meros disturbios civiles, revueltas esporádicas o actos terroristas aislados. Esta definición se refleja en lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo Adicional II sobre su ámbito de aplicación material […].
>
> El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contiene un test similar para la determinación de la existencia de un conflicto armado no internacional, a efectos de determinar la ocurrencia de crímenes de guerra. De conformidad con el artículo 8(2)(f) de este tratado, "el párrafo 2(e) del presente artículo (que define como crímenes de guerra las violaciones graves de las leyes y usos aplicables a conflictos armados no internacionales) se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos".
>
> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, específicamente de las garantías provistas por el Artículo 3 común, es necesario que la situación en cuestión haya trascendido la magnitud de un mero disturbio interior o tensión interna, para constituir un conflicto armado de carácter no internacional:
>
> > "En contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. El artículo 3 común simplemente hace referencia a este punto pero en realidad no define 'un conflicto armado sin carácter internacional'. No obstante, en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular. Por lo tanto, el artículo 3 común no se aplica a motines, simples actos de bandolerismo o una rebelión no organizada y de corta duración. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados. También se aplica a situaciones en las cuales dos o más bandos armados se enfrentan entre sí, sin la intervención de fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el gobierno establecido se ha disuelto o su situación es tan débil que no le permite intervenir. Es importante comprender que la aplicación del artículo 3 común no requiere que existan hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar con una

> guerra civil en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional. La Comisión observa que el Comentario autorizado del CICR sobre los Convenios de Ginebra de 1949 indica que, a pesar de la ambigüedad en el umbral de aplicación, el artículo 3 común debería ser aplicado de la manera más amplia posible. El problema más complejo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 3 común no se sitúa en el extremo superior de la escala de violencia interna, sino en el extremo inferior. La línea que separa una situación particularmente violenta de disturbios internos, del conflicto armado de nivel 'inferior', conforme al artículo 3, muchas veces es difusa y por lo tanto no es fácil hacer una determinación. Cuando es necesario determinar la naturaleza de una situación como la mencionada, en el análisis final lo que se requiere es tener buena fe y realizar un estudio objetivo de los hechos en un caso concreto".

En consecuencia, *la determinación de la existencia de un conflicto armado debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular*. Para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes. Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas.

Es claro, en fin, que para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados. También cabe subrayar que la existencia de un conflicto armado "no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico" de los grupos armados (Art. 3 Común).

Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerando 464:

> Los contextos de violencia que se desarrollan por parte de las fuerzas armadas de un Estado y los grupos armados organizados en el territorio de dicho Estado, tienen como marco de regulación jurídica al Derecho Internacional Humanitario y tal contexto se configura como conflicto armado de carácter no internacional.

Respecto de la diferencia entre un conflicto armado de carácter no internacional del tipo del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, frente a un conflicto armado interno del tipo del Protocolo II Adicional a dichos convenios, véase, Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de*

Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f), Considerando 470:

> Partiendo de las conclusiones de la CVR, no sería de aplicación al tipo de conflicto armado desarrollado en el país el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, dado que no concurren todos sus presupuestos; entre ellos, la existencia de un mando responsable en Sendero Luminoso capaz de hacer cumplir el Derecho Internacional Humanitario, antes bien los integrantes de su cúpula asumieron la estrategia de no conducirse conforme al mismo y violar sistemáticamente el artículo 3º común. Si que es posible la aplicación eventual de algunas disposiciones de dicho protocolo que han alcanzado el carácter de normas consuetudinarias o reflejan principios de alcance universal, que deben aplicarse a cualquier situación de conflicto armado, más allá de su caracterización jurídica.

Asimismo, véase, Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f)*, Considerando 3.1.3:

> [Un] aspecto importante consagrado en el Estatuto de Roma en relación con los conflictos armados que no tengan carácter internacional, es el hecho de no incluir las condiciones de control territorial y mando responsable que señala el Protocolo II, con lo cual se amplía el ámbito de conflictos internos en los que pueden presentarse [los] crímenes [de guerra].

Como complemento de estos criterios jurisprudenciales, véase, El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III:

> *[E]l conflicto armado no internacional* se distingue del conflicto armado internacional por la naturaleza jurídica de los sujetos que se enfrentan: las partes en conflicto no son Estados soberanos, sino el gobierno de un sólo Estado que lucha contra uno o varios grupos armados dentro de los límites de su territorio. La expresión *"conflicto armado"*, establece un criterio material: la existencia de hostilidades abiertas entre fuerzas armadas *dotadas de cierta organización*, de manera que los disturbios y tensiones internas, caracterizados por actos aislados o esporádicos de violencia, no constituyen conflictos armados en sentido jurídico, ni aun cuando el gobierno haya tenido que recurrir a las fuerzas policiales, o incluso a un destacamento militar, para reestablecer el orden. El conflicto armado no internacional aparece como una situación en la que hay hostilidades evidentes entre fuerzas armadas o grupos armados organizados dentro del territorio de un Estado.
>
> Lo anterior es importante porque conforme a la postura clásica, los Estados eran las únicas entidades soberanas consideradas como sujetos del derecho de la guerra; es decir, que las normas relativas a los conflictos armados *no eran aplicable[s] a los conflictos armados internos*.
>
> En definitiva, en el conflicto armado no internacional se enfrentan partes cuyo es-

> tatuto jurídico es fundamentalmente desigual -unos luchas [*sic*] contra las instituciones públicas que actúan en el ejercicio del poder público originario-; razón por la cual, la eficacia del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, debe entenderse en supuestos como los siguientes: primero, cuando las fuerzas armadas gubernamentales se enfrentan con fuerzas armadas disidentes, es decir, en la hipótesis de que una parte de ese ejercito gubernamental se subleve; y segundo, cuando las fuerzas gubernamentales se enfrentan a grupos armados organizados -supuesto más frecuente; en este caso, no se trata de individuos aislados sin coordinación, o mera delincuencia, sino todo lo contrario, debe existir un mando responsable que determina una cierta organización del grupo. Organización suficiente para concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, para imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho [Énfasis en el original].

ii. Relación entre la conducta y el conflicto armado

Como segundo elemento de los crímenes de guerra, se debe establecer que existe un nexo, una relación suficiente entre la conducta y el conflicto armado. La jurisprudencia latinoamericana, principalmente la colombiana, ha retomado y desarrollado los estándares y criterios establecidos por los tribunales penales internacionales, los cuales han resaltado que "el requisito del nexo sirve para distinguir los crímenes de guerra de crímenes puramente domésticos, y también sirve para prevenir que acontecimientos criminales aislados o al azar sean calificados como crímenes de guerra"[45].

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 1.2:

> El DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las condiciones de índole temporal, espacial y material; tales condiciones hacen que "el ámbito temporal y geográfico tanto de los conflictos armados internos como de los internacionales se extienda más allá del tiempo y lugar exactos de las hostilidades"; que "una violación de las leyes o costumbres de la guerra [pueda], por lo tanto, ocurrir durante un tiempo y en un lugar en los que no se desarrolla un combate efectivo como tal (…) *el requisito de que los actos del acusado estén relacionados de cerca con el conflicto armado* no se incumple cuando los crímenes son remotos, temporal y geográficamente, de los combates como tales"; y que "las leyes de la guerra [puedan] frecuentemente abarcar actos que, aunque no han sido cometidos en el teatro del conflicto*, se encuentran sustancialmente relacionados con éste*" [Énfasis añadido].
>
> En términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del

[45] TPIY, *El Fiscal vs. Mile Mrksic y Vaselin Sljivancanin,* Caso No. IT-95-13/1-A, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 27 de septiembre de 2007, párr. 423 [Traducción no oficial].

conflicto. Así, no todos los hechos ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; "solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (…) Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en cuestión". La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe "en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido -v.g. el conflicto armado-". Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes. También ha precisado la jurisprudencia, *en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que "el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado", y que "el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió*" [Énfasis añadido].

a. Relación geográfica

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 1.2:

En términos geográficos, el Derecho Internacional Humanitario se aplica tanto a los lugares en los que materialmente se desarrollan los combates u hostilidades armados, como a la totalidad del territorio controlado por el Estado y los grupos armados enfrentados, así como a otros lugares en donde, si bien no ha habido materialmente una confrontación armada, se han dado hechos que se relacionan de cerca con el conflicto armado. Así lo ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia al precisar que "no existe una correlación necesaria entre el área donde se desarrollan los combates como tales, y el alcance geográfico de las leyes de la guerra". La jurisprudencia internacional ha aceptado que para efectos de aplicar el Derecho Internacional Humanitario "no es necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente establecer la existencia del conflicto dentro de la región como un todo de la que forman parte dichos municipios"; que "no es necesario que un determinado municipio sea presa de la confrontación armada para que se apliquen allí los estándares del Derecho Internacional Humanitario" […] [;] y así mismo, que en el caso específico de los conflictos armados internos, el Derecho Internacional Huma-

> nitario se aplica desde su iniciación hasta el logro de un arreglo pacífico, en "todo el territorio bajo el control de una de las partes, sea que allí se desarrollen los combates como tales o no". De tal manera, cuando se trata de hechos o situaciones que tienen lugar en lugares donde no se desarrollan directamente los combates, para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario "sería suficiente (…) que los crímenes alegados estuviesen relacionados de cerca con las hostilidades desarrolladas en otras partes de los territorios controlados por las partes del conflicto".

iii. Sujeto activo: actores estatales y no estatales[46]

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f)*, Considerando 3.1.3:

> [E]s importante resaltar, que las definiciones empleadas [en el Estatuto de Roma, con respecto a los crímenes de guerra] cobijan a organizaciones armadas no estatales, de conformidad con los desarrollos del derecho internacional humanitario. En otras palabras, los miembros de grupos armados irregulares, al igual que los integrantes de la fuerza pública regular, pueden ser sujetos activos de estos crímenes.

Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerando 465:

> El Tribunal Constitucional […] ha sostenido que las normas de Derecho Internacional Humanitario se aplican en tanto exista un conflicto armado interno entre fuerzas del Estado y grupos armados particulares. Las normas imperativas que se derivan de este cuerpo jurídico obligan no solo a los Estados sino que comprometen directamente la responsabilidad de los individuos. Debe tenerse presente, en este sentido, que las normas del Derecho Internacional Humanitario prohíben de manera absoluta los atentados contra la vida de personas civiles y desarmadas en cualquier tiempo y lugar.
>
> [El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra] no sólo vincula al Estado que suscribió el Convenio sino también a todas las personas que habiten en su territorio y particularmente a los grupos no estatales que participan en las hostilidades.

iv. Sujeto pasivo en los crímenes de guerra contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario

A pesar de que el concepto de "crímenes de guerra" es actualmente aceptado para referirse, de manera genérica, a las diversas conductas violatorias de normas de derecho internacional humanitario que pueden acarrear responsabilidad penal individual, existen, al menos, dos subcategorías que revisten particular importancia en cuanto al sujeto pasivo de los crímenes: las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y las violaciones graves del artículo 3 común a dichos convenios, por un lado, y las violaciones de las leyes y costumbres —o leyes y usos— de la guerra, por otro.

[46] Véase, nota *supra* 22.

Así, en tanto que las segundas, de conformidad con la jurisprudencia internacional, se refieren a una categoría más amplia de ofensas cometidas en violación de las normas que establecen prohibiciones sobre los medios y métodos de guerra, las primeras se refiere a las conductas cometidas en contra de determinadas personas que están específicamente protegidas por las normas del derecho internacional humanitario. Para esta subcategoría, entonces, se establece una calidad específica del sujeto pasivo del crimen, denominada, de manera genérica, "personas protegidas".

En los siguientes párrafos, la jurisprudencia colombiana presenta un cuidadoso análisis de este último concepto. Sin restar importancia a dicho análisis, es pertinente apuntar a la diferencia que, a la fecha, ha sido claramente establecida por la jurisprudencia internacional entre una "persona civil" y una "persona protegida". Así, para los tribunales internacionales, en tanto que la primera siempre será parte de esta última categoría, no toda persona protegida puede ser calificada como persona civil, sea en el marco de un conflicto armado internacional o no internacional[47].

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h)*, Considerando 3.3.2:

> Por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario se entiende según el artículo 135 de la Ley 599 de 2000 a: i) Los integrantes de la población civil; ii) Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; iii) Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate; iv) El personal sanitario o religioso; v) Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; vi) Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga; vii) Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados; viii) Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

a. Persona civil

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 3.3:

> Una persona civil […] es quien llena las dos condiciones de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados irregulares enfrentados, y no tomar parte activa en las hostilidades.
>
> El primer requisito —el de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o grupos armados irregulares—, ha sido señalado en la Sistematización del CICR como una definición consuetudinaria de la noción de "civil". Por su parte, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que *para efectos de la aplicación de las protecciones consagradas en las normas que penalizan los crímenes de guerra*, los civiles son "las personas que

[47] Véase, por ejemplo, TPIY, *El Fiscal vs. Milan Martic,* nota *supra* 36 y TPIY, *El Fiscal vs. Mile Mrksic y Vaselin Sljivancanin,* nota *supra* 37.

> no son, o han dejado de ser, miembros de las fuerzas armadas", entendidas éstas para comprender tanto a los cuerpos armados estatales oficiales como a los grupos armados irregulares [Énfasis añadido].
>
> El segundo requisito —el de no tomar parte en las hostilidades— ha sido indicado por múltiples instancias internacionales. Según ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de determinar el carácter civil de las personas amparadas por las garantías que se consagran, entre otras, en el Artículo 3 Común —aplicable a los conflictos armados internos—, "es necesario demostrar que las violaciones se cometieron contra personas que no estaban directamente involucradas en las hostilidades", para lo cual se debe aplicar el criterio establecido en el caso Tadic: "si, al momento de la comisión del hecho aludidamente ilícito, la supuesta víctima de los actos proscritos estaba tomando parte directamente en las hostilidades, hostilidades en el contexto de las cuales se dice haber cometido el hecho supuestamente ilícito. Si la respuesta a esta pregunta es negativa, la víctima goza de la protección de las proscripciones contenidas en el Artículo 3 común". En consecuencia, la determinación del carácter civil de una persona o de una población depende de un análisis de los hechos específicos frente a los cuales se invoca dicha condición, más que de la mera invocación de su status legal en abstracto, y teniendo en cuenta que —según se señaló anteriormente— la noción de "hostilidades", al igual que la de "conflicto armado", trasciende el momento y lugar específicos de los combates, para aplicarse según los criterios geográficos y temporales que demarcan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

Véase, además, Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerando 461:

> [No] es una justificación o disculpa admisible en el Derecho Penal, el que se defina como blanco de una acción militar a una persona que no participa en las hostilidades, pero sobre la cual la dirigencia o los mandos de la organización armada haya decidido conforme a su ideología o línea política que no es inocente, pues ni una persona ni un grupo de personas se puede arrogar la facultad de decidir quién debe ser eliminado y quien no, pues si lo hace, su comportamiento resulta ser punible. El sujeto ejerce su libertad pero es responsable por ese ejercicio".

b. Población civil

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 3.3:

> Una población se considera como "población civil" si su naturaleza es predominan-

temente civil. La noción de "población civil" comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas. La presencia entre la población civil de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares, de personas puestas fuera de combate, de personas activamente involucradas en el conflicto o de cualquier otra persona que no quede amparada por la definición de "civil", no altera el carácter "civil" de dicha población. "No es necesario que todos y cada uno de los miembros de esa población sean civiles —es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate".

c. "Personas fuera de combate" en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 3.3:

> La protección establecida por el principio de distinción cobija no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de "no combatientes", a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de las personas que fuera de combate está prevista en el Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates.
>
> Al igual que en el caso de los "civiles", cuando las personas fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías provistas por el principio de distinción, únicamente durante el tiempo que dure su participación en el conflicto.

Adicionalmente, véase, El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III**:**

> [E]l contenido normativo del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y de su Protocolo adicional N° II, ambos vigentes para El Salvador, se aplica a las personas que no toman —o ya no toman— parte en las hostilidades de un conflicto armado; por lo que, a dichas personas debe tenérseles como beneficiadas de las normas de protección que el Protocolo establece para ellas de manera específica.

B. Determinación de la existencia de un conflicto armado interno por parte de las cortes nacionales

En los siguientes párrafos se transcribe el texto de distintas sentencias a través de las cuales, los tribunales y cortes latinoamericanos han realizado la evaluación de las situaciones fácticas que sirven como base para la determinación de la existencia de un conflicto armado, la naturaleza del mismo y, en algunos casos, la normativa básica aplicable a éstos.

El estudio de este tipo de evaluaciones, así como de las realizadas por los tribunales internacionales, resulta de crucial importancia para identificar las situaciones de hecho que, a criterio de los distintos órganos judiciales, diferencian un conflicto armado —particularmente de carácter no internacional— de disturbios y tensiones internas, y así determinar las normas aplicables. Tal como lo ha dicho el Tribunal Penal para Ruanda, "la determinación de la intensidad de un conflicto no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes en el conflicto […]. [C]on base en criterios objetivos ambos, el artículo 3 común y el Protocolo II Adicional, se aplicarán una vez que se haya establecido la existencia de un conflicto armado interno que satisfaga criterios pre-determinados"[48]. En el marco de procesos sobre responsabilidad penal individual, los tribunales serán los encargados de realizar esta determinación de la naturaleza del conflicto, con base en criterios objetivos para evaluar los elementos fácticos con los que cuente.

i. El caso chileno

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerando:

> [L]uego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas destituyeron al gobierno y asumieron el poder, mediante el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley Nº 5, que en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna (situación que regía al diecinueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro), debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación. Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se dictó el Decreto Ley Nº 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en Grado de Defensa Interna, conforme al Decreto Ley Nº 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad, […] lo que se tradujo en el funcionamiento los Tribunales Militares en tiempo de guerra […] y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra, situación que se mantuvo por seis meses luego de la dictación del referido Decreto Ley 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco […]. Pues bien, a la data de los acontecimientos en análisis, indudablemente

[48] TPIR, *El Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu,* nota *supra* 19, párr. 603 [Traducción no oficial].

se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificado por Chile y publicados en el Diario Oficial del diecisiete al veinte de abril de mil novecientos cincuenta y uno, que en su artículo 3º (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal.

ii. El caso guatemalteco

Guatemala, *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros (Relación de sentencias 8.a)*, Considerando VI:

El siete (7) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987) en la ciudad de Guatemala, fue firmado el Acuerdo de Esquipulas II por los Presidentes de las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

Constituye un hecho evidente que la suscripción del Acuerdo Centroamericano de Equipulas II […] tuvo su causa en la situación de enfrentamiento armado operado en el interior de varios países y la amenaza cierta de que se extendiera a choques de un Estado contra otro. Se ha dicho que la crisis política armada en la región operó por circunstancias intrínsecas en las cuales la discrepancia respecto de los modelos políticos para lograr metas de desarrollo social y económico, implicaban detentar o alcanzar el poder del Estado, aun fuera reteniendo o alcanzándolo por la fuerza de las armas. Además por factores exógenos que reveló la injerencia de actores ajenos en apoyo (político, militar o diplomático) de uno o de otro de los sectores en pugna. Reconocer el hecho no implica emitir respecto de ellos ningún juicio de valor, en tanto que sólo se registra una realidad que condujo a enfrentamientos que llegaron a los extremos de un conflicto armado entre ciudadanos de una misma nacionalidad, inclusive de las mismas etnias o pueblos indígenas. De ahí que ante esta tragedia, frecuentemente se ha formulado el dilema de la racionalidad de la guerra o la necesidad de alcanzar la paz.

Ese enfrentamiento, definible citando a Rodrigo Borja, como "acción violenta destinada a forzar al adversario o enemigo a someterse a una voluntad ajena a la suya" [nota en el original omitida] se mantuvo durante más de tres décadas en Guatemala, con su resultado de muerte y lesión a la integridad física y moral de miles de personas, destrucción de bienes públicos y privados y grave afectación a la solidaridad nacional.

iii. El caso salvadoreño

El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III:

> En el caso salvadoreño, a partir de las partes en conflicto —Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional FMLN y el Gobierno de la República—, la naturaleza jurídica del conflicto en sí y en espacio territorial en el que se desarrolló, es evidente que éste fue de carácter nacional, es decir, un conflicto armado no internacional. Conflicto en el que se reconoció al FMLN, a través de la Declaración Franco-Mexicana, como un grupo beligerante en los términos del Segundo Protocolo de las Convenciones de Ginebra, al que antes he hecho referencia.
>
> En ese orden de ideas, desde mi punto de vista, entiendo que *jurídicamente tanto las partes en conflicto, como los civiles en general, se encontraban sujetos a las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos, las cuales, como he señalado anteriormente, según he citado los decretos ejecutivos y legislativos respectivos, ya eran normas jurídicas vinculantes para El Salvador; de ahí que, como Estado se deba asumir la responsabilidad que de acuerdo al Derecho en mención corresponde* [Énfasis en el original].

C. Crímenes de guerra en conflictos armados de carácter no internacional

i. Las violaciones del artículo 3 común constituyen crímenes de guerra

La posibilidad de establecer responsabilidad penal individual por crímenes de guerra cometidos en el marco de conflictos armados de carácter no internacional es, hoy en día, un principio claramente aceptado a nivel nacional e internacional. Sin embargo, esto no fue siempre así. Tal como lo enfatiza el profesor Theodor Meron, "[l]a soberanía de los Estados y su insistencia por mantener la máxima discrecionalidad en la manera de lidiar con aquéllos que amenazaban su 'autoridad soberana' se han combinado para limitar el alcance del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales"[49]. Esta limitación artificial alcanzó también a las normas sobre responsabilidad individual por violaciones graves a los límites del uso de la violencia en este tipo de conflictos armados. La responsabilidad individual por crímenes de guerra estaba, así, restringida a aquéllos perpetrados en conflictos armados internacionales.

No obstante, en una resuelta evolución del derecho penal internacional, con el establecimiento de los tribunales penales *ad hoc*[50] y la Corte Penal Internacional, se cristalizó como norma convencional[51] y consuetudinaria[52] el principio de responsabilidad penal individual por

---

[49] Meron, Theodor, "International Criminalization of Internal Atrocities", en *89 A.J.I.L. 554,* 1995, pág. 554 [Traducción no oficial].

[50] El propio Profesor Meron apunta que "[l]os estatutos del Consejo de Seguridad para los tribunales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda han contribuido significativamente al desarrollo del derecho internacional humanitario y su extensión a conflictos armados no internacionales [nota en el original omitida]. Este avance puede ser explicado por la presión, frente a las atrocidades [perpetradas en éstos y otros conflictos], para un rápido ajuste de las normas, procesos e instituciones [nota en el original omitida]. No importa cuántos casos atroces eventualmente juzguen estos tribunales, su mera existencia envía un poderoso mensaje. Sus estatutos, reglas de procedimiento y pruebas, y práctica estimula el desarrollo del derecho". *Idem,* pág. 555 [Traducción no oficial].

[51] Véase, en particular, artículo 8.2.c y 8.2.e del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

[52] Véase, en el estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, norma 151: Las personas que cometan crímenes de guerra son penalmente

violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, así como de otras leyes y usos aplicables en los conflictos armados no internacionales[53]. Las siguientes secciones se enfocan, precisamente, en presentar la jurisprudencia desarrollada por los tribunales latinoamericanos en cuanto a la responsabilidad penal individual que puede devenir de la violación de las prohibiciones contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 e, incluso, al Protocolo II Adicional a los mismos.

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete (Relación de sentencias 13.c)*, Considerando 17:

> [E]l artículo 3° común de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional de dichos Convenios […] se aplican en tanto exista un conflicto armado interno entre fuerzas del Estado y grupos armados particulares. La jurisprudencia internacional ha indicado que las normas mínimas del Derecho Internacional Humanitario no sólo se establecen con fines de mero reconocimiento, sino que *su violación constituye una grave infracción humanitaria y, eventualmente, un crimen de guerra* (Corte Internacional de Justicia, sentencia de fondo en el caso del estrecho de Corfú —1949; de igual manera en la sentencia sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua— 1986). Las normas imperativas que se derivan de este cuerpo jurídico obligan no sólo a los Estados sino que comprometen directamente la responsabilidad de los individuos. Debe tenerse presente, en este sentido, que las normas del Derecho Internacional Humanitario prohíben de manera absoluta los atentados contra la vida de personas civiles y desarmadas en cualquier tiempo y lugar.

Véase también, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Juan Nolberto Rivero Lazo (Relación de sentencias 13.e)*, Considerando 19 (igual).

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 5.2:

> Según la Corte Internacional de Justicia, el artículo 3 común es uno de los principios generales fundamentales del derecho humanitario, y las reglas que lo componen reflejan lo que se denominó en la sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú como "consideraciones elementales de humanidad". En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que la naturaleza humanitaria de las reglas plasmadas en el Artículo 3 común subyace a la totalidad del derecho internacional humanitario y se aplica a todo tipo

responsables por ellos. Al respecto, el estudio enfatiza: "La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales". Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas,* Comité Internacional de la Cruz Roja, [s.l.p.], [s.f.p.], págs. 623 a 628.

53 Véase, artículo 8.2.c y 8.2.e del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

de conflictos y de armas: "El carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión (…) permea la totalidad del derecho del conflicto armado, y se aplica a todas las formas de guerra y a todo tipo de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro". El carácter imperativo del principio humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que "las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación". La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de cumplir con el artículo 3 común de los convenios de Ginebra es una obligación de carácter absoluto, que no está sujeta a reciprocidad. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también ha señalado que la obligación esencial impuesta a las partes de un conflicto armado internacional o interno por el Artículo 3 Común —cuyo carácter consuetudinario es indudable— es la de cumplir ciertos estándares humanitarios fundamentales, mediante "la aplicación de las reglas de humanidad reconocidas como esenciales por las naciones civilizadas" y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no toman parte activa en las hostilidades; *todo lo cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual* [Énfasis añadido].

Venezuela, *Decisión sobre la extradición de José María Ballestas Tirado (Relación de sentencias 15.a)*, Considerandos:

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 […]. 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.

ii. Crímenes de guerra en el artículo 3 común y en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete (Relación de sentencias 13.c)*, Considerando 16:

Tanto en el artículo 3° común como en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional II existen normas expresas que prohíben conducir actos que configuren la desaparición de

> una persona. El artículo 3° común prohíbe, además, los atentados contra la vida y la integridad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. Privar a una persona de la garantía de la ley y ordenar o ejecutar actos deliberados que buscan desaparecerlo, implica pues una grave infracción del Derecho Internacional Humanitario que el Estado debe sancionar.

Véase también, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Juan Nolberto Rivero Lazo (Relación de sentencias 13.e)*, Considerando 20 (igual).

a. Homicidio intencional contra persona protegida por el derecho internacional humanitario

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 5.4:

> La prohibición del homicidio de personas civiles y fuera de combate es una norma de *ius cogens* en sí misma. A este respecto debe recordarse que esta prohibición del Derecho Internacional Humanitario corresponde a una de las garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —el derecho a la vida— circunstancia que según se indicó más arriba, es una prueba de su carácter imperativo o perentorio. Así mismo, en el marco de los conflictos armados internos la privación del derecho a la vida de las personas civiles o fuera de combate, equivale igualmente a la violación de prohibiciones imperativas, como lo son el principio de distinción, la prohibición de atacar a la población civil o la prohibición de ataques indiscriminados y armas de efectos indiscriminados.
>
> *La violación de esta prohibición conlleva responsabilidad penal en tanto crimen de guerra*, si están dados los elementos constitutivos del delito, tal y como los ha precisado la jurisprudencia internacional. El Estatuto de Roma tipifica como crimen de guerra en conflictos armados internacionales, en su artículo 8(2)(c)(i), el "homicidio en todas sus formas" en tanto manifestación de los "actos de violencia contra la vida y la persona". También lo tipifican el Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Carta de la Corte Especial para Sierra Leona. Según ha demostrado minuciosamente el CICR en su trabajo de Sistematización, la prohibición del homicidio de civiles y personas fuera de combate ha sido reafirmada de manera extensa por la jurisprudencia internacional y comparada, y en general por la práctica de la comunidad internacional.
>
> Ahora bien, independientemente de la posible configuración del crimen de guerra de homicidio en persona civil o en persona fuera de combate, observa la Corte Constitucional que el acto material subyacente, v.g. el de tomar la vida de una persona amparada por el principio de distinción, puede dar lugar a la configuración de otros tipos de delitos bajo el Derecho Internacional Humanitario, entre los cuales se cuentan el genocidio y los crímenes de lesa humanidad de exterminio, persecución, ataques contra civiles o violencia contra la persona; depende en cada caso del contexto en el cual se cometió el acto y de la presencia de las distintas condiciones específicas para la

configuración de estas figuras delictivas. Todas ellas comparten un núcleo común de elementos con la definición del delito de homicidio como crimen de guerra, a saber, "la muerte de la víctima que resulta de un acto u omisión del acusado, cometido con la intención de matar o de causar daño corporal serio, con el conocimiento razonable de que probablemente causaría la muerte".

b. Toma de rehenes

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 5.4:

> La garantía fundamental de la prohibición de la toma de rehenes durante conflictos armados no internacionales, en tanto parte integrante del principio humanitario y en sí misma considerada, tiene la triple naturaleza de ser una norma convencional, consuetudinaria y de *ius cogens* de Derecho Internacional Humanitario. Su violación constituye un crimen de guerra que da lugar a responsabilidad penal individual; también puede constituir un crimen de lesa humanidad cometido en el marco de un conflicto armado interno. El crimen de toma de rehenes ha recibido las más enérgicas condenas por parte de instancias internacionales a todo nivel.
>
> Así está tipificada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y en los estatutos de los Tribunales Penales Especiales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como en el estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona. El Estatuto de Roma, que resulta directamente vinculante para Colombia en esta materia, [establece como crimen la toma de rehenes] en su artículo 8(2)(c)(iii), para los conflictos armados internos.
>
> La definición consuetudinaria del delito de toma de rehenes ha sido plasmada en los Elementos de los Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional; es decir, a la fecha en que se adopta la presente providencia, existe una definición consuetudinaria de los elementos constitutivos de este crimen de guerra que forma parte, igualmente, del bloque de constitucionalidad colombiano. El crimen de guerra de toma de rehenes se configura así, en el ámbito de los conflictos armados de carácter no internacional, cuando están presentes los siguientes elementos: (a) la detención o retención de una o más personas (el o los rehenes), (b) la amenaza de asesinar, lesionar o continuar la retención del rehén, (c) con la intención de obligar a un tercero —que puede ser un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas— a hacer o abstenerse de hacer un acto determinado, (d) como condición explícita o implícita para la liberación o la seguridad del rehén.

c. Ataques contra la población civil en conflicto armado no internacional

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 3.3:

> Los ataques proscritos por la prohibición son aquellos en los que *la población civil es el*

objetivo primario del ataque. Para efectos de determinar si los ataques han sido dirigidos efectivamente contra una población civil, la jurisprudencia internacional ha tenido en cuenta factores tales como: los medios y métodos utilizados en el curso del ataque, el número y el status de las víctimas, la naturaleza de los crímenes cometidos durante el ataque, la resistencia a los atacantes durante el avance, y la medida en la cual la fuerza atacante cumplió o intentó cumplir con el principio de precaución del Derecho Internacional Humanitario. No es necesario que el ataque sea dirigido contra la totalidad de la población civil de la entidad geográfica en la que ocurren los hechos; pero sí debe probarse que el ataque no se dirigió contra un número limitado de individuos. "No es necesario que todos y cada uno de los miembros de esa población sean civiles –es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate" [Énfasis añadido].

La violación de las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario que proscriben los ataques contra la población civil, genera responsabilidad penal individual. Así, los ataques contra la población civil pueden constituir crímenes de guerra bajo el derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario *aplicable a los conflictos armados internos*. El Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica los ataques contra la población civil como crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y no internacionales. Así, de conformidad con el artículo 8, los crímenes de guerra en conflictos armados internos incluyen "(e) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades". De acuerdo con el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, la prohibición de los ataques contra la población civil y sus elementos constitutivos son aplicables tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos, y su violación constituye un crimen de guerra en ambos tipos de escenario. Los ataques intencionales contra la población civil, o contra civiles individuales que no participan directamente en las hostilidades, han sido tipificados en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (art. 4-a) como violaciones serias del derecho internacional sujetas a la jurisdicción de tal Corte [Énfasis añadido].

d. Prohibición de desarrollar actos orientados a aterrorizar a la población

Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerandos 473 – 475:

En el Derecho Internacional Humanitario los actos de terrorismo están prohibidos sin excepción. Los que decidan participar en una guerrilla siguen estando obligados a respetar todas las normas sobre la conducción de las operaciones militares y la protección de la población civil. No tendrá excusa alguna si combina la guerrilla con una campaña terrorista.

En ese sentido es muy claro el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, cuando en su artículo 4.2 d) prohíbe en un conflicto armado no internacional la realización de actos de terrorismo.

> En un conflicto armado no puede considerarse en ningún caso objetivo militar la población civil, sean personas comunes, funcionarios del Estado, miembros de las fuerzas armadas que no están en las operaciones militares, y otras personas protegidas. Los actos de terrorismo sean indiscriminados, relativamente indiscriminados o selectivos, se encuentran prohibidos.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 3.3:

> La prohibición de los actos dirigidos a generar terror entre la población civil en el curso de conflictos armados internos está íntimamente relacionada con la proscripción general del terrorismo, sin identificarse con ella. También se relaciona directamente con la garantía fundamental consagrada en el Artículo 4-2(d) del Protocolo Adicional II, que prohíbe los actos de terrorismo cometidos en el curso del conflicto armado, como parte del principio humanitario pero preservando su carácter específico. La violación de esta prohibición en conflictos armados internos genera responsabilidad penal bajo el derecho internacional consuetudinario, y ha sido catalogada como un crimen de guerra en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de la Corte Especial para Sierra Leona.

e. Prohibición de ataque intencional contra bienes culturales y religiosos

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 3.3:

> Aunque los bienes culturales forman parte de la categoría general de "bienes civiles", y como tales están amparados por los principios de distinción y de precaución arriba explicados, el Derecho Internacional Humanitario establece respecto de los bienes culturales deberes de especial cuidado, respeto, prevención y protección a cargo de todas las partes enfrentadas en conflictos armados.
>
> La violación de las garantías de especial protección de los bienes culturales es un crimen de guerra bajo el derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional la tipifica, al disponer en su artículo 8(2)(e)(ix) que se considerará como un crimen de guerra en conflictos armados no internacionales el dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, así como contra los monumentos, siempre y cuando éstos no sean objetivos militares.
>
> La protección dispensada a nivel convencional y consuetudinario a las instituciones religiosas es autónoma de la protección dada a los bienes culturales; por ello, no es necesario que estas instituciones correspondan al patrimonio cultural de los pueblos o de un pueblo en particular, para ser bienes especialmente protegidos por el derecho internacional humanitario, cuyo ataque da lugar a responsabilidad penal individual.

Esta responsabilidad penal individual se puede traducir no solo en la configuración de crímenes de guerra, sino también de crímenes de lesa humanidad, particularmente el crimen de persecución.

CAPÍTULO II
RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y FORMAS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE

El principio de responsabilidad penal individual denota la noción básica de que las personas pueden tener control sobre sus actos u omisiones y que, por ende, la perpetración de una conducta considerada prohibida por las normas penales de un sistema dado acarrearán determinadas consecuencias al autor de la misma[1]. Aunque evidente, es importante resaltar los tres términos que conforman el concepto: (i) *responsabilidad*, que implica el deber de afrontar las consecuencias del incumplimiento de una obligación[2]; (ii) *penal,* que indica la naturaleza de la prohibición y las formas específicas en las que el autor deberá responder; en otras palabras, la determinación penal de las consecuencias derivadas del incumplimiento; (iii) *individual,* que denota que serán precisamente las personas físicas y no las colectividades o personas jurídicas quienes deberán responder por sus propias conductas[3].

El principio de responsabilidad penal individual, incorporado en todos los sistemas jurídicos del mundo en relación con los delitos contenidos en su legislación, ha sido también reconocido y afirmado con respecto a los crímenes establecidos por las normas internacionales objeto de este estudio. De manera particular, en el marco de los procesos que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Militar Internacional, en la sentencia del juicio contra los mayores criminales nazis, afirmó que "[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas, y sólo mediante la sanción de las personas que cometieron dichos crímenes se podrán hacer valer las normas del derecho internacional"[4]. Esta clara afirmación del principio de responsabilidad penal individual que se deriva de la perpetración de estos crímenes no significa que su aplicación esté libre de retos, como lo demuestra la práctica judicial.

---

1 Sistare, Christine T., *Responsibility and Criminal Liability,* Kluwer Academic Publishers, Países Bajos, 1989.

2 A mayor detalle, de conformidad con algunas de las definiciones básicas al respecto, "[…] la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder el individuo), más no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con el orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación pero, no se confunde con ella. La responsabilidad señala quién debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación. La responsabilidad es, en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito". Tamayo y Salmorán, Rolando, "Responsabilidad" en *Diccionario Jurídico Mexicano,* Tomo VIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, pág. 44.

3 Véase, por ejemplo, Damgaard, Ciara, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes,* Selected Pertinent Issues, Springer, Alemania, 2008.

4 Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el Enjuiciamiento de los Mayores Criminales de Guerra Alemanes, Nüremberg, 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946 [Traducción no oficial]. Este mismo principio fue reafirmado en los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en la Sentencia del Tribunal,* adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en *Year Book I.L.C.,* 1950, Vols. I y II. Más recientemente, ha sido consolidado a través de los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, así como de la Corte Penal Internacional.

A fin de determinar exactamente las consecuencias del incumplimiento de la obligación —particularmente la pena que se debe asignar a una persona—, es indispensable establecer con toda claridad cuál es su grado de responsabilidad, derivado de las conductas que jurídicamente le son atribuibles. Es decir, en términos de responsabilidad penal individual, es indispensable establecer puntualmente "[…] la naturaleza y alcance de la intervención […]"[5] de una determinada persona en el hecho criminal.

Sin minimizar las complejidades propias de la materia, el proceso de imputación es un ejercicio común con respecto a los delitos establecidos por la legislación nacional que, por regla general, son cometidos por una persona o un grupo reducido de personas, posiblemente asistidos de manera marginal por otros individuos. Así, en estos esquemas de criminalidad tradicional, si se puede utilizar tal término, las formas de intervención de las personas en el crimen, así como las relaciones entre ellos son, generalmente, claras y definidas.

En contraste, tal como ha sido apuntado por algunos estudios en el tema, los crímenes de derecho internacional requieren, por su propia naturaleza, el involucramiento de un gran número de personas, entidades y estructuras para su perpetración[6]; dichos estudios han denominado este fenómeno como "criminalidad colectiva"[7] o "macrocriminalidad"[8]. Como consecuencia de este fenómeno, la determinación de la responsabilidad penal individual por este tipo específico de crímenes ha implicado un reto particular, dado que "[en el marco de] […] las redes de acción colectiva […] el grado de responsabilidad no disminuye a medida que la distancia con respecto al hecho aumenta; efectivamente, a menudo [ésta] incrementa"[9]. Al mismo tiempo, en la mayoría de los casos es difícil establecer con precisión la conducta particular o forma específica de intervención de cada persona, diferenciándola del grupo.

---

5 Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática,* (Ezequiel Malarino, trad.), 2da edición, Duncker & Humblot–Fundación Konrad Adenauer–TEMIS, Uruguay, 2004, pág. 74.

6 Según la jurisprudencia internacional, "[l]a mayoría de las veces, estos crímenes no son el resultado de la propensión criminal de un solo individuo sino que constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: estos crímenes son comúnmente llevados a cabo por grupos de individuos actuando en cumplimiento de un diseño criminal común. A pesar que sólo algunos miembros del grupo físicamente perpetren la conducta criminal (asesinato, exterminio, destrucción intencional de ciudades, pueblos, villas, etc.) la participación y contribución de otros miembros del grupo es comúnmente vital para facilitar la comisión de la ofensa en cuestión". TPIY, *El Fiscal vs. Dusko Tadic,* Caso No. IT-94-1-T, Sala de Apelaciones, Sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 191 [Traducción no oficial].

7 Véase, por ejemplo, Werle, Gernard, "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", en *5 Journal of International Criminal Justice 953,* 2007; Van Sliedregt, Elies, *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law,* TMC Asser Press, Países Bajos, 2003.

8 Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática,* nota *supra* 5.

9 Werle, Gernard, "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", nota *supra* 7, pág. 954 [Traducción no oficial]. En el mismo sentido, la Corte Penal Internacional, citando a la Corte de Distrito de Jerusalén en el caso *Eichmann,* ha enfatizado que "[e]n crímenes tan enormes y complicados […] en los que muchas personas participan en varios niveles y en distintos tipos de actividades […] cometidas en masa […] la medida en que cualquiera de los muchos criminales está cerca, o lejos, del asesino material de la víctima no significa nada en lo que concierne a la medida de su responsabilidad. Lo contrario, en general el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del individuo que utiliza el instrumento fatal con sus propias manos y alcanza los mandos más altos [nota en el original omitida]". CPI, *El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui,* Caso No. ICC-01/04-01/07, Situación en la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión sobre la confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07-717, 30 de septiembre de 2008, párr. 503 [Traducción no oficial].

Ninguna de estas características de la criminalidad colectiva implica, por supuesto, que no se deba determinar de manera específica el grado de responsabilidad de cada persona en lo individual; todo lo contrario. Justamente como consecuencia de las particularidades de estos esquemas criminales, la precisión y técnica judicial al momento de determinar la responsabilidad individual adquiere una importancia sin precedentes.

No obstante lo anterior, en muchos casos, los sistemas normativos no están específicamente diseñados para responder a las particularidades de los crímenes internacionales[10]. Esto puede derivar en una inadecuada determinación del rol ejercido por cada persona, así como la aplicación de penalidades que no reflejen con precisión el grado de responsabilidad individual de aquéllos. Como resultado, la precisa determinación de los hechos, en conjunto con la interpretación normativa que realicen los tribunales y cortes haciendo uso de las teorías legales y estándares internacionales en la materia será, una vez más, crucial para lograr la sanción de los verdaderos culpables, es decir, de aquellas personas que tienen el mayor grado de responsabilidad por la comisión de crímenes brutales, condenados por todos los pueblos del mundo.

En este capítulo se presentan extractos de decisiones latinoamericanas en las que se analizan diversas "formas de intervención criminal punible"[11], desarrolladas por la jurisprudencia nacional y/o internacional, aunque no siempre de manera paralela o coordinada. El capítulo no se estructura siguiendo la distinción tradicional entre autoría y participación, sino que se da un espacio independiente a cada una de las doctrinas desarrolladas y aplicadas por diversos órganos judiciales, en el marco de la atribución de responsabilidad individual por crímenes internacionales.

Asimismo, en cuanto a la jurisprudencia internacional en la materia y sus implicaciones para la jurisprudencia nacional, se ha dado prioridad a las más recientes interpretaciones de la Corte Penal Internacional, sin que esto signifique que se hayan dejado de tener en cuenta las decisiones de los tribunales *ad hoc*. Esto redunda, por ejemplo, en un particular énfasis en las teorías de la autoría mediata y coautoría, frente a la doctrina de la empresa criminal conjunta o el principio de responsabilidad de mando, en coincidencia con la propia jurisprudencia latinoamericana. En este sentido, es de resaltar que este mismo capítulo hubiera tenido, potencialmente, una estructura sustancialmente distinta si este estudio se hubiera realizado un par de años atrás, cuando la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* determinaba las tendencias internacionales en materia de derecho penal internacional.

Por último, es pertinente resaltar que este capítulo contiene sentencias de naturaleza distinta. Algunas de ellas se refieren, precisamente, a la determinación de la responsabilidad individual de una persona acusada por la perpetración de crímenes de derecho internacional. Algunas otras son resultado de recursos promovidos por la defensa de un acusado, acciones de

---

[10] Como lo explica van Sliedregt en su estudio sobre responsabilidad internacional sobre violaciones del derecho humanitario, "esto explica por qué en la sentencia de Nüremberg y en procesos subsecuentes, muchas de las condenas se basaron en la responsabilidad por complicidad *[accomplice liability]* o participación criminal. Aún, el concepto de responsabilidad por complicidad – al menos tal como es entendida en ciertos sistemas legales nacionales – tiene deficiencias cuando se aplica a ciertas categorías de crímenes [internacionales]". Véase, Van Sliedregt, Elies, *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law,* nota *supra* 7, pág 15 [Traducción no oficial].

[11] Este expresión es utilizada por el profesor Kai Ambos en su estudio sobre la parte general del derecho penal internacional. Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática,* nota *supra* 5.

inconstitucionalidad contra leyes o revisión constitucional de tratados internacionales. Como consecuencia, no en todas las decisiones que se citan las cortes han aplicado, efectivamente, alguna doctrina sobre intervención criminal. En algunas ocasiones, los tribunales se han referido sólo de manera abstracta a las distintas teorías o principios de imputación o, por otro lado, han analizado situaciones, que a criterio de los responsables de esta publicación, resultan ilustrativas de los temas que aquí se presentarán.

1. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL POR CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

Como base general para el estudio de las formas de intervención criminal punible en los crímenes de derecho internacional, se han seleccionado los siguientes párrafos de la jurisprudencia latinoamericana en los cuales se resaltan algunos de los principios fundamentales en la materia: (i) la comisión de crímenes internacionales trae aparejada responsabilidad penal individual; (ii) los responsables son los individuos y no las entidades abstractas, y (iii) el grado de responsabilidad debe reflejar el grado de culpabilidad de la persona.

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 5:

> La actuación del Tribunal de Nüremberg afirmó el concepto de responsabilidad individual en relación con los crímenes internacionales: "Hace tiempo se ha reconocido que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos igual que a los Estados (...) Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas, y solo mediante el castigo a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir la disposiciones del derecho internacional" [nota en el original omitida].

Véase, además, Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerando 233:

> Hemos de dejar claramente establecido, que no se ha juzgado ni se va a dictar sentencia contra una organización política, ni contra una ideología y mucho menos contra lo que los acusados llaman "las masas", sino que se ha juzgado y se va emitir pronunciamiento respecto de las concretas conductas atribuidas a los procesados, acusados de dirigir una organización terrorista y decidir, planificar, ejecutar y controlar la realización de numerosos y sistemáticos atentados que constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

A. Responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva

Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerando 460:

> [No se puede] confundir responsabilidad subjetiva (exigencia de dolo) con las motivaciones del agente y concluir afirmando que imputar asesinatos y otros delitos sin tomar en cuenta lo que pensaban los autores es responsabilidad objetiva, pues para la configuración tradicional del dolo basta con el conocimiento y la voluntad. El concepto de responsabilidad objetiva en derecho penal está referido a los supuestos en los que se imputan resultados sin atribuir dolo o culpa (caso fortuito, fuerza mayor, etc.) y no a la presencia y el tipo de las motivaciones que haya podido tener el agente del delito, por último no son las tendencias o fines políticos o sociales los que se sancionan. Así, por ejemplo, un grupo de pobladores de un Asentamiento Humano con la finalidad de evitar que sigan proliferando los asesinos y violadores de niños menores de siete años, deciden conformar una agrupación para eliminar físicamente a esas personas, por más altruistas que puedan ser sus motivaciones, los comportamientos de dar muerte a seres humanos son actos típicos, antijurídicos, culpables y punibles.

2. AUTORÍA

Todos los códigos penales de la región reconocen la responsabilidad individual de aquellas personas que realicen materialmente la conducta descrita en el tipo. Asimismo, reconocen la responsabilidad, como autores o principales, de personas que, aunque no realicen materialmente la conducta, tienen el control sobre el delito. En la actualidad, de conformidad con la jurisprudencia nacional e internacional[12] es este el criterio, *i.e.* el dominio del hecho o control del crimen, el que precisamente distingue a los autores de los partícipes en un crimen. Entonces, la pregunta esencial no es ya quién realiza la conducta material (en la dogmática anglosajona el *actus reus*), sino quién domina el hecho, al determinar realmente cuándo, dónde y cómo se comete el crimen.

Los siguientes extractos de la jurisprudencia peruana y argentina se refieren, de manera general, al tema de la autoría y resaltan especialmente el criterio del dominio sobre el hecho. Además, desde estos párrafos se advierte ya el planteamiento base para dos doctrinas que serán detalladas posteriormente, y que han adquirido particular relevancia en la jurisprudencia nacional e internacional: la autoría mediata y la coautoría.

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Máximo Humberto Cáceda Pedemonte (Relación de sentencias 13.d)*, Considerandos 33-35:

> El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva; la autoría y la participación. El artículo 23 […] de Código Sustantivo establece que "[E]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción". A su vez, distingue tres formas en que

[12] Véase la referencia al criterio para la diferenciación entre autores y partícipes sostenido por la Corte Penal Internacional en recientes decisiones. CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo,* Caso No. ICC-01/04-01/06, Situación en la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión sobre la confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007, y CPI, *El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui,* nota *supra* 9, entre otros, en la sección 3.A de este mismo capítulo.

una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.

La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a "aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo" [nota en el original omitida]. Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive. En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución.

Argentina, *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) (Relación de sentencias 1.e)*, Considerandos:

La doctrina [al definir al autor de delito] ha dicho: *"…el elemento objetivo de la autoría consiste en el tener-en-las-manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad fáctica de dirigir en todo momento la configuración típica" [nota en el original omitida], "… el autor es quien domina el hecho, que retiene en sus manos el curso causal, que puede decidir sobre el si y el cómo o —más brevemente dicho—, quien puede decidir la configuración central del acontecimiento"* [nota en el original omitida].

3. AUTORÍA MEDIATA

A. Aspectos generales

La autoría mediata es una forma autónoma de intervención criminal punible que conlleva la noción de que el verdadero responsable del crimen, quien tiene el verdadero control sobre el mismo, no es quien realiza la conducta material sino otra persona que actúa ***a través de éste***[13]. Esta doctrina, bien reconocida en sistemas de la familia del derecho neo-románico, establece que el autor mediato utilizará al autor inmediato como un instrumento al cual controla; éste, por su parte, y desde la concepción clásica de la teoría, será "[…] una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser un inimputable"[14].

[13] Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática,* nota *supra* 5.

[14] Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano,* 13ra edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 551.

La Corte Penal Internacional, siguiendo estudios del profesor alemán Claus Roxin, ha sostenido que la doctrina del autor mediato se basa en el "control sobre el crimen" como criterio diferenciador entre los autores y los partícipes en un crimen[15]. Dicho criterio "[…] corresponde a una evolución de los criterios subjetivo [basado en las intención del sujeto activo] y objetivo [basado en la realización material y directa del hecho por parte del sujeto activo], de manera que representa una síntesis de perspectivas anteriormente opuestas, y sin lugar a dudas debe su amplia aceptación a esta reconciliación entre posturas contrarias [nota en el original omitida]". Con estos fundamentos, continua la Corte, "[…] el autor del crimen no está limitado a aquéllos que físicamente llevan a cabo los elementos objetivos de la ofensa, sino que también incluye a aquéllos que, a pesar de estar alejados de la escena del crimen, controlan o planean su comisión porque ellos deciden *cuándo y cómo* se cometerá el crimen" [nota en el original omitida] [Énfasis en el original][16].

Éstos y otros principios fundamentales de la autoría mediata son desarrollados por las decisiones peruanas que a continuación se transcriben. De manera relevante, las cortes peruanas han resaltado los últimos desarrollos interpretativos respecto de esta doctrina, particularmente en relación con lo que actualmente se conoce como la "autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados" y que será presentada con más detalle en secciones subsecuentes. Adicionalmente, es pertinente remarcar la interpretación presentada, en estas mismas decisiones, respecto de la diferencia entre la autoría mediata y la coautoría, otra de las formas de intervención que será estudiada más adelante.

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 719:

> Se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. A esta última, la literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante, ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor. Sin embargo, se acepta también la expresión instrumento [nota en el original omitida], aunque ella es cuestionada por resultar equívoca, según algunos autores nacionales como HURTADO POZO [nota en el original omitida] y VILLAVICENCIO TERREROS [nota en el original omitida].
>
> Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces.
>
> *La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona*. Se

[15] En la jurisprudencia nacional este criterio también es conocido como "dominio sobre el hecho", tal como se menciona en las decisiones transcritas en la sección anterior, *"Autoría"*.

[16] CPI, *El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui,* nota *supra* 9, párrs. 484 y 485 [Traducción no oficial]. Este mismo criterio diferenciador entre la autoría y la participación es utilizado en distintos sistemas jurídicos nacionales y ha sido invocado por la propia Corte Penal Internacional como base de la coautoría. No obstante basarse en el mismo criterio diferenciador, estas dos formas de intervención no deben ser confundidas, a pesar de poder coexistir y no ser excluyentes en sí mismas, como lo ha resaltado la propia CPI.

trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que debe hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita [nota en el original omitida] [Énfasis añadido].

En la actualidad se admiten tres formas de autoría mediata. En todas ellas el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material. Por consiguiente, *"el autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito"* [nota en el original omitida]. Inicialmente, sólo se reconocían dos modalidades de autoría mediata:

(1) La primera provenía del *"dominio por error"*, ya que en ella el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que éste realizaba, o al darle al suceso donde aquél intervenía, un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía.

(2) La segunda modalidad era la del *"dominio por coacción"*. Aquí, el hombre de atrás direccionaba la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar. En ambos casos, pues, era el hombre de atrás quien condicionaba y decidía la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta sólo podía imputársele como obra suya.

(3) La tercera modalidad es conocida como *"autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados"*, cuyas características, presupuestos, requisitos y consecuencias serán objeto de un análisis posterior [nota en el original omitida].

Es importante destacar que en torno a esta modalidad de autoría mediata, subsisten algunas posiciones discrepantes entre los autores nacionales [nota en el original omitida] y extranjeros [nota en el original omitida] que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que caracteriza a aquéllas [nota en el original omitida] […]. Al respecto el […] [Profesor Claus] ROXIN ha aclarado que con relación a la coautoría "*falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la doctrina absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier 'comisión conjunta' en el sentido de la coautoría. Y es que el hombre de atrás y el ejecutante mayormente ni siquiera se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango. La ejecución de un requerimiento, como el que se presenta en los casos en cuestión, se basa en una orden y no en una decisión conjunta*" [nota en el original omitida]. Y con referencia a la instigación ha sostenido que "*la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato*" [nota en el original omitida] [Énfasis en el original].

Véase, además, Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerandos 531–533:

> [En determinados casos] [l]os delitos ya no son obra de autores individuales o de personas que actúan en concierto y en ejecución de un plan común más o menos delineado. Esta visión tradicional ha variado por la aparición de nuevas organizaciones, grupos o estructuras que de manera colectiva y buscando una finalidad común perpetran diversas infracciones con la pretensión de alcanzar mayores cuotas de poder en base al delito, facilitando a su vez, la impunidad de quienes ocupan los puestos de dirección y mando. Por su dimensión, capacidad, disposición de medios, estrategias y recursos, nivel de adaptación y cobertura estas organizaciones se encuentran en condiciones de cometer delitos graves y de consecuencias devastadoras, como de lograr el cumplimiento de sus objetivos de modo más eficiente y rápido [nota en el original omitida].
>
> La aparición del dominio de la organización responde al hecho que las demás categorías penales, en concreto las reglas de la autoría y participación, son insatisfactorias para explicar y resolver los casos de intervención de los que dirigen y controlan una organización.
>
> La búsqueda de mecanismos de atribución que solucionen de manera adecuada y justa los nuevos problemas propios de las organizaciones ilícitas, en especial los que se vinculan a los directivos, líderes y mandos de la organización se orienta a consolidar el efecto preventivo de la pena que se vería profundamente resquebrajado si es que la sanción se limita a una represión de los ejecutores materiales [nota en el original omitida].

B. Autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados

La doctrina penal alemana de los años sesentas vio el surgimiento de una nueva modalidad o variante de la autoría mediata, cuando el jurista Claus Roxin propuso la teoría del *autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.* A diferencia de la aproximación clásica de la autoría mediata, la teoría de Roxin no requiere que el autor inmediato del crimen esté exento de responsabilidad, sino que se reconoce al "perpetrador-detrás-del-perpetrador" con base en el dominio que éste último tenga del crimen, con motivo de su posición de autoridad en una organización altamente jerarquizada y estructurada.

Esta doctrina ha sido prioritariamente desarrollada y aplicada en cortes europeas, especialmente por los tribunales alemanes, y más recientemente por cortes latinoamericanas. Sin embargo, y a pesar de su creciente importancia en las jurisdicciones de sistemas neo-románicos, la misma fue poco explorada, por no decir completamente excluida, por los tribunales penales internacionales *ad hoc*[17], que se centraron en la responsabilidad con base en la teoría de la empresa criminal conjunta y la responsabilidad del superior jerárquico. Cabe notar que no obstante este rechazo inicial por parte de la jurisprudencia internacional, la *autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados* ha sido claramente adoptada por la Corte Penal

[17] En decisiones recientes, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia concluyó que la doctrina de la coautoría mediante terceros en aparatos de poder no era una norma reconocida por el derecho consuetudinario, y por ende no podía ser aplicada por el tribunal. TPIY, *El Fiscal vs. Milomir Stakic,* Caso No. IT-97-24-T, Sala de Apelación, Sentencia de 22 de marzo de 2006.

Internacional en recientes decisiones[18] marcando, así, una nueva etapa en el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina internacionales sobre las formas de intervención criminal.

Sin entrar al análisis detallado que estas decisiones ameritan, para efectos de este estudio es importante hacer notar algunos puntos particulares. En primer lugar, la Corte Penal Internacional ha enfatizado que la autoría mediata no es excluyente de todas las otras formas de intervención criminal, en particular de la coautoría; en otras palabras, siguiendo las decisiones de esta misma Corte, dos o más personas pueden ser responsables por una co-autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder[19].

Por otro lado, resultan de interés las referencias que la propia Corte Penal Internacional ha realizado sobre la jurisprudencia latinoamericana, junto con la alemana y de otros países europeos, en las decisiones antes referidas. Esto es un ejemplo concreto de la influencia recíproca que las jurisprudencias nacional e internacional pueden y deben tener en el desarrollo y avance de la labor judicial.

Con estas bases, los siguientes extractos de la jurisprudencia latinoamericana se avocan a presentar la interpretación puntal que respecto de esta doctrina han desarrollado las cortes latinoamericanas. Su estudio resulta, hoy más que nunca, crucial para comprender la tendencia que actualmente parece empezar a dominar la determinación de responsabilidad individual de líderes y participes de alto rango en organizaciones de poder por la perpetración de crímenes bajo derecho internacional.

Argentina, *Caso "Circuito Camps" y otros (Miguel Osvaldo Etchecolatz) (Relación de sentencias 1.d)*, Considerando:

> En cuanto al grado de participación de Etchecolatz en los delitos imputados, salvo aquellos en los que intervino personalmente resultando coautor de los mismos, el tribunal entendió que resulta de aplicación la concepción del dominio del hecho como elemento idóneo para caracterizar como autor mediato de los mismos a Etchecolatz.

---

18 En referencia a la negativa por parte del TPIY respecto a la aplicación de la doctrina de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados en co-perpetración, la Corte Penal Internacional ha enfatizado que, "[…] [considerando] que el Estatuto de Roma expresamente prevé [en el artículo 25(3)(a)] esta forma de responsabilidad, la pregunta de si el derecho consuetudinario acepta o rechaza la 'comisión conjunta mediante otra persona' no es relevante para esta Corte. Este es un buen ejemplo de la necesidad de no transferir la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* mecánicamente al sistema de la Corte [Penal Internacional]". Este argumento es desarrollado por la Corte con base en el artículo 21(1)(a) de su propio estatuto, el cual establece las fuentes de derecho a ser aplicadas por la Corte, y la prevalencia entre ellas, y señala, en primer lugar, el propio Estatuto. Véase, CPI, *El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui,* nota *supra* 9, párr. 508 [Traducción no oficial] Véase también, CPI, *El Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir,* Caso No. ICC-02/05-01/09, Situación en Darfur, Sudán, Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión sobre la confirmación de cargos, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009.

19 De conformidad con la interpretación de la Sala de Cuestiones Preliminares, "[…] no existen bases legales para limitar la comisión conjunta de un crimen solamente a los casos en los que el perpetrador ejecuta una porción de los mismos al ejercer control directo sobre ésta. Más bien, mediante la combinación de la responsabilidad individual por la comisión de crímenes mediante otras personas [autoría mediata] en unión con la atribución mutua entre co-perpetradores de alto rango, surge un modo de responsabilidad que permite a la Corte valorar la culpabilidad de los 'líderes de alto rango' adecuadamente". CPI, *El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui,* nota *supra* 9, párr. 492 [Traducción no oficial].

Al respecto, en la citada causa 13/84 la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital [,] [conocida como el Juicio a las Juntas Militares,] se pronunció a favor de este criterio. Sobre la autoría mediata sostuvo "...la forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del dominio de la voluntad del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios.... Se acepta un supuesto en el que puede coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable. Según Claus Roxin, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder..." [nota en el original omitida].

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de revisar la sentencia de este Tribunal, señaló que "...los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Son características relevantes de esta forma de aparición de la autoría mediata, el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá. Ello así, toda vez que, otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera individualmente, sino como engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura pues, aun cuando alguno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará. Esta concepción de la autoría mediata es plenamente aplicable a la causa, ya que la estructura jerárquica de la institución militar posibilita, a quien se encuentra en su vértice, la utilización de todo o parte de las fuerzas bajo su mando, en la comisión de hechos ilícitos" [nota en el original omitida].

El profesor Claus Roxin formuló su teoría sobre este aspecto de la autoría mediata en una conferencia titulada "Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder", pronunciada en Hamburgo en el año 1963.

Cuarenta años después, el Dr. Roxin recordaba este episodio en ocasión de dictar una conferencia en la Universidad Lusíada de Lisboa en Portugal. Señaló en la ocasión que "El ejemplo histórico que tenía presente al desarrollar esta forma de autoría mediata era el del poder violento nacionalsocialista. Cuando Hitler o Himmler o Eichman daban órdenes de matar, podían estar seguros de su cumplimiento..." Agregó luego "Según mi concepción, aquí es autor mediato todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder -sin importar en qué nivel de la jerarquía- y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad del ejecutante. Luego, al reiterar el concepto de 'fungibilidad', tomado por nuestro máximo tribunal en el fallo recién citado, efectúa una aclaración sobre la responsabilidad del verdugo que despeja cualquier duda". Señala el profesor Roxin: 'Esto no cambia para nada el hecho de que quien finalmente ejecute de propia mano el homicidio sea punible como autor inmediato" [nota en el original omitida].

Perú, *Recursos de nulidad y consultas (Caso Cúpula de Sendero Luminoso) (Relación de sentencias 13.i)*, Considerandos 4.5.4 y 5.5.4:

> La autoría mediata es una categoría dogmática, vinculada a la teoría del dominio del hecho, cuyos orígenes se remontan mucho más allá de la entrada en vigor del Código [peruano] de 1991; exactamente en 1915, con los trabajos de Hegler y los aportes de Loeb de 1933, los cuales fueron publicitados en 1939 por Hans Welzel, hasta que el profesor Claus Roxin la sistematiza […]. Como tal, es un título de imputación que no necesariamente debe estar descrito en un texto legal para que se entienda su compatibilidad con la existencia de determinación del tipo legal (ampliado). Se trata en suma de un aparato teórico desde el que se da sentido a los elementos objetivos del tipo penal involucrado, porque pone en relación a un individuo con los elementos que lo configuran por el dominio de la voluntad del ejecutor material.
>
> La autoría mediata a través de aparatos de poder abarca tanto al abuso de una estructura de poder estatal, como y sobre todo a una estructura no gubernamental como en los supuestos de la macrocriminalidad o criminalidad organizada […]. Lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que exista una estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se transmita a través de una cadena de mando, en la que cada agente trasmisor sea igualmente autor mediato. Esta dinámica en la trasmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal. Más aún, si la estructura de poder es altamente jerarquizada, y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo. En consecuencia, teóricamente es posible evaluar la conducta del líder o cabecilla de una organización terrorista dentro de este contexto organizacional.
>
> [L]a teoría del dominio del hecho permite, entre otras ventajas, distinguir más claramente la diferencia entre autor y partícipe, así será autor quien domina la configuración del injusto y partícipe quien no ejerce tal dominio y sólo colabora con un hecho doloso ajeno.
>
> [L]a autoría pone en relación al autor mediato con un hecho punible concreto, con la atingencia que la imputación de éste al autor que no ejecuta materialmente el acto, se sustenta en el dominio de la voluntad o funcional que éste ejerce a través del intermediario material. No se trata de una forma de responsabilidad objetiva, en la medida que se afirma en esta forma de autoría igualmente el carácter doloso de la conducta del autor mediato. Al autor mediato se lo vincula jurídicamente con el acto ejecutado, por la capacidad que tuvo de conocer el curso causal del acto material y de dominarlo volitivamente a través del intermediario material.

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerandos 723 – 725:

> Fue el jurista alemán CLAUS ROXIN quien a partir de mil novecientos sesenta y tres [nota en el original omitida] comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata, a la que denominó "*autoría mediata por dominio de la voluntad en*

aparatos de poder organizados". De esta manera buscaba aportar una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre la vinculación y el status penal que debía imputarse a los órganos centrales o entes estratégicos de aparatos de poder organizados, que si bien no intervenían directamente en la ejecución de delitos realizados desde estas estructuras, sí los decidían, programaban y planificaban. Según la tesis central de su reflexión era posible identificar en estos casos un dominio de la voluntad distinto a los tradicionales supuestos basados en la coacción y el error [nota en el original omitida].

El surgimiento de esta propuesta tuvo como punto de partida el análisis de los *casos Eichmann* [nota en el original omitida] y *Staschynski* [nota en el original omitida]. La evaluación de estos procesos judiciales demostró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, ROXIN constató que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización. A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí. Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el *dominio de la organización*. Es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición. Lo que hacía de estos últimos verdaderos autores mediatos, ya que *"el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata"* [nota en el original omitida].

Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato. Siendo así, el fundamento de esta forma de autoría mediata no puede basarse, pues, en un dominio o control sobre la "persona interpuesta", ya que ésta finalmente "es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones" [nota en el original omitida]. El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor [nota en el original omitida].

La concepción de ROXIN fue invocada judicialmente por primera vez en mil novecientos ochenta y cinco y mil novecientos ochenta y seis, en las sentencias que pronunciaron los Tribunales argentinos que tuvieron a cargo el juzgamiento y la revisión de la condena de las Juntas Militares que gobernaron Argentina entre los años mil novecientos setenta y seis y mil novecientos ochenta y tres […]. Los magistrados de la primera instancia llegaron a la conclusión que los mandos militares eran responsables penalmente en calidad de autores mediatos [haciendo hincapié en que éstos] habían mantenido siempre el dominio sobre los ejecutores y, por consiguiente, debían responder como autores mediatos de los delitos cometidos [nota en el original omitida] […].

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 6:

> La autoría mediata es una forma de comisión del delito frecuente en actos realizados por lo que la doctrina penal llama un "aparato organizado de poder".— Los responsables de los hechos delictivos que se cometen mediante la utilización de dicho "aparato" son quienes lo[s] dirigen, aunque no hayan participado materialmente en su ejecución.

C. Presupuestos generales de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados

En la siguiente sección se presentan párrafos de decisiones latinoamericanas que se refieren a cada uno de los elementos o presupuestos generales de la teoría de la autoría medita por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Los mismos son claramente autoexplicativos, por lo que no requieren mayor introducción. Basta con señalar la casi exacta coincidencia entre la jurisprudencia latinoamericana y la interpretación que a la fecha ha realizado la Corte Penal Internacional respecto de dichos elementos, los que a criterio de la misma son: (i) existencia de un aparato de poder organizado y jerarquizado; (ii) control sobre la organización, y (iii) ejecución garantizada de los crímenes mediante el cumplimiento casi automático de las órdenes[20]. Cada uno de estos elementos ha sido abordado por la jurisprudencia latinoamericana que además, ha añadido como cuarto elemento el apartamiento de la legalidad o del derecho por parte del aparato organizado en cuestión.

i. Existencia de un aparato de poder organizado

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerandos 726 y 727:

> La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la *"existencia previa de una organización estructurada"*. Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.
>
> En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es, pues, **(i)** la *"asignación de roles"*. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea [nota en el original omitida] para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones.
>
> Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría. En este sentido, ROXIN ha precisado que *"tampoco puede hablarse de 'división*

[20] Véase, CPI, *El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui,* nota *supra* 9.

del trabajo' —lo que en la actualidad de manera general se considera como elemento central de la coautoría— cuando el detentador de poder deja a órganos ejecutantes toda la realización de su orden" [nota en el original omitida].

Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el que (ii) desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el *"mecanismo funcional del aparato"* [nota en el original omitida], esto es, su "*automatismo*" o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato. Será, pues, este *"funcionamiento automático del aparato"* lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden [nota en el original omitida]. Por tanto, no será indispensable que exista una disposición expresa y que esté contenida en un documento, por la que el nivel superior estratégico ordene directamente el cumplimiento de una función específica al ejecutor inmediato. Sin embargo, ello no significará que aquél se aleje por completo del actuar concreto de la organización, sino, más bien, que su presencia se advierta en la configuración u operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder, los cuales permiten que el aparato permanezca activo y cumpliendo sus designios delictivos.

La identificación de las organizaciones jerárquicas que constituyen los aparatos de poder organizado, que sirven de baase a la forma de autoría mediata que se analiza, requiere también de la constatación de la presencia de lo que el Tribunal Supremo Federal Alemán ha denominado las "*condiciones marco*" [nota en el original omitida]. Es decir, de presupuestos y requisitos funcionales. Estos son los siguientes: 1) el poder de mando; 2) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; 3) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y 4) la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho.

Véase también, Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerando 535 y siguientes; Perú, *Recursos de nulidad y consultas (Caso Cúpula de Sendero Luminoso) (Relación de sentencias 13.i)*, Considerando 4.5.4.

ii. Poder de mando del autor mediato

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerandos 729 – 731:

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior "del hombre de atrás" de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar.

El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo

expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque […] el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que *el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado* [Énfasis en el original].

En este ámbito, cabe distinguir entre el poder de mando que se ejerce en el nivel superior estratégico y el que se realiza en los niveles intermedios. Es, pues, importante distinguir que el poder de mando se puede expresar de dos formas. La primera, desde el nivel superior estratégico hacia los niveles intermedios tácticos u operativos. Y, la segunda, desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. En ambos casos, dicho poder de mando se manifestará siempre en línea vertical. Esto último será determinante para la atribución de una autoría mediata hacia todos los mandos en la cadena del aparato de poder, ya que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel estratégico superior imparte o trasmite sus decisiones, con aquellas que realizan los mandos intermedios hacia los ejecutores directos, justamente por la posición diferente que ocupa cada estamento al interior de la organización criminal. El dominio de la organización que se ejerce desde el nivel estratégico superior será, pues, distinto del que detenta el mando intermedio, ya que quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete.

El grado de responsabilidad penal también difiere para quien se encuentra en el escalón superior máximo y será mucho mayor que el que corresponde atribuir a quien se encuentra en un nivel intermedio. Este mayor nivel de responsabilidad fue puesto de relieve por el Tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann. En esa ocasión se señaló que *"la medida de la responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ponen las armas letales en acción con sus manos, alcanzado a los escalones más altos del mando,…"* […] [De esta forma] se verificó judicialmente lo que ROXIN refiere en torno a *"… que la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo"* [nota en el original omitida].

Cabe destacar, en este contexto, que el grado de reprochabilidad que ha de recaer sobre el titular del poder de mando será siempre más intenso cuando el origen del mismo parte de un marco de legitimidad formal. En estos casos, pues, corresponderá un mayor grado de desvalor, porque aquél abusando de su posición de dominio produce una doble afectación al sistema al crear y dirigir una estructura organizacional jerárquica y delincuencial, a la vez que paralela y encubierta. Primero, por haberse alejado del orden legal establecido y que era la fuente del uso legítimo de su poder; y, luego, porque al ser conocedor del marco jurídico existente diseña y activa dicha estructura criminal de modo que resulta menos identificable a las autoridades encargadas de la prevención y control del delito.

Es relevante precisar que quien actúa en línea periférica o colateral a una cadena de mando, sea como consejero o simple emisario de las disposiciones de los niveles estratégicos o intermediarios; o de quien sólo se limita a proporcionar los medios necesarios para la comisión del delito, sin posibilidad alguna de emitir órdenes, sólo podrá ser considerado como cómplice. Pero, para poder determinar este rol subsidiario a la cadena de mando será necesario reconocer la posición real que se ocupa dentro de la organización, así como el tipo de aporte que se realiza para la concreción de los hechos ilícitos. Por tanto, no resulta compatible con la configuración e intervención de este sector periférico o colateral la denominación de *"mandos intermedios inferiores"* que le asigna parte de la doctrina nacional [nota en el original omitida]. Sobre todo, porque el término *"mando"* implicará siempre la capacidad de emitir una orden basándose en el grado de dominio que se ejerce sobre la estructura criminal. Por tanto, todo aquél que en atención a su jerarquía pone en funcionamiento la maquinaria del aparato de poder organizado, para la comisión del delito, deberá responder siempre como autor mediato.

Un caso particular que se ha de tomar en cuenta es el *poder de mando entre niveles intermedios* o lo que se podría denominar también la *posición de mando a mando*. Esta variante se presenta generalmente en aparatos de poder organizados complejos. Ahora bien, la presencia de una cadena de mandos intermedios no excluye la imputación de responsabilidad equivalente de unos y otros. En estos supuestos, es importante reiterarlo, todo aquél que se encuentra en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes, responderá a título de autor mediato, pues sus disposiciones permitirán que la estructura criminal siga activa.

Por consiguiente, no se puede admitir entre estos niveles de mando intermedio o secuencial, como causa de exculpación, el hecho de que *"solamente se encargó de transmitir la orden"* proveniente de otro mando. Ello debido a que su disposición y mando determinan también que la conducta punible se realice. Tampoco cabe argüir como eximente, en estos casos, el argumento de que *"si no lo hubiera hecho otro se hubiera encargado de hacerlo"* pues el mando intermedio tiene cabal conocimiento, por su posición en una estructura jerárquica, que su intervención será parte activa en la concreción de las conductas criminales que realicen finalmente los ejecutores. Según ROXIN, esto también fue destacado por el Tribunal de Jerusalén para justificar la condición de autor de Eichmann, la cual no se veía afectada *"… aún cuando él esté en una relación de subordinación respecto del órgano, como un mero ejecutor. Porque la figura de la víctima sin sentido, por más importante que sea en la teoría del autor para sancionar la conducta del mandante, va más allá, en referencia al comportamiento personal del ejecutor, hasta el viejo y ya antes mencionado pretexto de la causalidad superadora…"* [nota en el original omitida]. En consecuencia, pues, dicho autor destaca que *"quien comete un delito no se libera de su responsabilidad por la circunstancia de que si él no lo hace, otro habría consumado el hecho. Por otra parte, Eichmann no era sólo un ejecutor, sino que a la vista de sus subordinados era, al mismo tiempo, un mandante, de modo tal que los criterios que hacen de sus inspiradores autores mediatos también lo alcanzan a él"* [nota en el original omitida].

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 6:

> El elemento definitorio es el dominio del hecho.—Quien tiene el dominio del hecho es el dueño de la situación delictiva, a pesar de no intervenir personalmente en su realización.— En dicho "aparato" existe una estructura objetiva suficiente, que justifica el traslado de la condición de autor a quien da las órdenes, sin restarlo del ejecutor inmediato de los hechos materiales.— A ese "aparato organizado de poder" se refirió el Dr. Julio César Strassera, fiscal en el juicio contra los miembros de las juntas militares argentinas, cuando señaló que dicha expresión "es admitida hoy sin discrepancias en la doctrina penal y que se trata de un tipo de organización con un centro de decisión desde el cual se imparten las directivas.— Es en ese centro de decisiones donde está la posibilidad de cometer o no cometer los delitos de que trataba. El centro de decisión domina el hecho de modo tal que, tomada la decisión de que ocurra determinado delito, éste acontece automáticamente […]" [nota en el original omitida].

iii. Apartamiento del derecho

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 733:

> [E]l apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.
>
> Como advierte ROXIN, en estos casos, *"el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico"* [nota en el original omitida]. Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho. En su análisis sobre los casos Eichmann y Staschynski, él detectó que el poder estatal operaba al margen del Derecho ya que las propias garantías que éste regulaba no tenían efectividad. Sin embargo, ello no implicaba, necesariamente, que los detentadores de dicho poder no estuvieran finalmente regidos por el mismo orden jurídico, sobretodo en su dimensión internacional. Para ROXIN, pues, el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento jurídico interno de cada Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional: *"sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos"* [nota en el original omitida].
>
> Otro supuesto de autoría mediata, por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, que reconoce ROXIN, se da en los delitos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones similares que colisionan con las normas internas del Estado. Es decir, que operan como *"una especie de Estado dentro del Estado que se ha emancipado del orden comunitario en general, o en determinadas relaciones de la comunidad"* [nota en el original omitida]. En suma, para ROXIN el apartamiento o desvinculación del Derecho se presentaría no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de *"criminalidad organizada no estatal"* y en muchas *"formas de aparición del Terrorismo"* […] [nota en el original omitida].

En relación al "apartamiento del derecho" a través de reformas legales y aprobación de nuevas

normas que llevan a una "reestructuración" del Estado, de manera que el sistema normativo nacional ya no establece las garantías necesarias, véase, Argentina, *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) (Relación de sentencias 1.e)*, Considerandos:

> La extremada gravedad de la situación en el año 1.975, generada por la actividad terrorista [que se recrudeció desde 1.970], motivó a que se dictara una legislación especial para la prevención y represión de este fenómeno.
>
> Dicho análisis podría abarcar numerosas aristas, pero la que nos interesa en primer término es la relativa al marco normativo impuesto por la Junta Militar y aquellas que hacen a la operatoria de la denominada "lucha contra la subversión", desplegada desde las Fuerzas Armadas, con la activa participación de las respectivas Fuerzas de Seguridad, a lo que puede sumarse como nota distintiva del sistema represivo el manejo de la opinión pública, que va de la mano con el carácter clandestino de las operaciones.
>
> La medida de administración inicial adoptada por la Junta Militar fue la de suspender la vigencia parcial de la Constitución Nacional e imponer un nuevo orden legal en el país en el que nuestra Carta Magna fue relegada a la categoría de texto supletorio.
>
> Los más altos mandos militares consideraron necesario instaurar el "Estatuto para el Proceso de la Reconciliación Nacional", en el ejercicio del poder constituyente que se habían arrogado.
>
> Dicho instrumento disponía que los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas de la Nación constituirían la Junta Militar, la que se erige en el órgano supremo de la Nación; a su vez, ejercerían el Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas y designarían al ciudadano que, con el título de Presidente de la Nación Argentina, desempeñaría el Poder Ejecutivo de la Nación. Se les otorgaba a los Comandantes atribuciones para remover al Presidente de la Nación; remover y designar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los integrantes de los tribunales superiores provinciales y al Procurador de la Fiscalía de Investigaciones administrativas […].
>
> El artículo 5, que disolvía el Congreso Nacional, concedía al Presidente de la Nación las facultades legislativas que la Constitución Nacional otorgaba al primero y creaba una Comisión de Asesoramiento Legislativo que intervendría "en la formación y sanción de leyes, conforme al procedimiento que se establezca". Dicha comisión sería integrada por nueve Oficiales Superiores, tres por cada una de las Fuerzas Armadas.
>
> Podemos afirmar que se instituyó un nuevo sistema normativo a través de la modificación de la normativa fundamental, con preeminencia del "Estatuto, pero de ningún modo puede sostenerse que no existía un régimen jurídico durante el autodenominado 'Proceso de Reorganización Nacional'".
>
> Debe dejarse en claro que nunca fueron derogadas las disposiciones del Código Penal de la Nación ni dejaron de tener vigencia los respectivos ordenamientos procesales; tampoco se previeron o dispusieron en el plano legal excepciones de ningún tipo para la aplicación de estas normas. Lo que se pretende dejar en claro en este punto es que incluso, bajo el régimen militar, existió un sistema de normas que preveía y establecía sanciones para quienes secuestraran, torturaran o mataran.
>
> Coincidiendo con lo hasta aquí señalado, con acierto se ha sostenido que *"El llamado Proceso de Reconciliación Nacional supuso la coexistencia de un Estado terrorista*

> *clandestino, encargado de la represión, y de otro visible, sujeto a normas, establecidas por las propias autoridades revolucionarias pero que sometían sus acciones a una cierta juridicidad"* [nota en el original omitida].
>
> El terreno estaba preparado. El marco normativo que someramente hemos presentado rigió hasta que llegó el golpe de estado el 24 de marzo de 1976, y téngase presente que todas estas normas y directivas resultan el antecedente inmediato de lo que luego se convirtió en un plan criminal de represión en el marco del cual sucedieron los hechos objeto de este juicio.

Para mayor detalle sobre la evolución y contenido de leyes y normativa adoptada durante el *"Proceso de Reorganización Nacional"* en Argentina, incluyendo autorización para allanamientos, detenciones por periodos extendidos de tiempo, reformas penales para agravar escalas penales con relación a ciertos delitos, determinación del Estado de sitio en la nación, convocatoria del Ejército argentino para intervenir en las operaciones de seguridad interna, entre otras, véase la primera sección de la sentencia referida, Argentina, *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) (Relación de sentencias 1.e).*

Asimismo, con respecto a un debate indirecto sobre el "apartamiento del derecho" cuando las normas en las que se basa la actuación de los órganos de seguridad o los aparatos de poder no son adoptadas mediante el proceso regular y no son conocidas por la ciudadanía, véase, por ejemplo, Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerandos 17 y 23:

> [Según el recurrente], los falladores han ignorado lo preceptuado en el artículo 10 del Decreto Ley Nº 521 de mil novecientos setenta y cuatro, en donde expresamente se facultó a la Dirección de Inteligencia Nacional para allanar y aprehender personas, por lo que existe una tipificación falsa de las circunstancias […].
>
> [A criterio de este Tribunal] […] es necesario tener en cuenta también que el aludido artículo 10 del Decreto Ley Nº 521, invocado por la defensa de Godoy García es una disposición no publicada en el Diario Oficial, esto es, se trata lisa y llanamente de una norma secreta cuyo tenor se desconoce por la ciudadanía. Pero el artículo 6º del Código Civil preceptúa que la ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo a aquel ordenamiento; y el artículo 7º del mismo cuerpo legal dispone que la publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y ésta será su fecha, desde la cual se entenderá conocida de todos y será obligatoria. Aun cuando el Decreto Ley antes reseñado estableció normas diferentes sobre su publicación, los preceptos cuya publicación se omitió en caso alguno pueden considerarse como integrantes de nuestro régimen jurídico, por cuanto jamás han sido conocidos por la ciudadanía y, por lo tanto, no pueden esgrimirse para justificar la realización de conductas delictuales como aquellas desplegadas por el condenado, aunque fuese de los pocos conocedores de su contenido, máxime si se repara en su ilicitud. La doctrina corrobora esta conclusión cuando explica que para que la observancia de la ley sea obligatoria y su texto llegue a conocimiento de las personas a quienes va a afectar, es indispensable su publicación que consiste simplemente, en

poner en conocimiento de los participantes en la convivencia a quienes va a obligar el texto legal. […] Entonces no resulta aceptable la alegación de un funcionario público, que debe ser garante de la institucionalidad, en el sentido que se encontraba autorizado para detener personas por un precepto secreto, absolutamente desconocido por el afectado, quien no sabía cuáles eran las actuaciones sancionadas con la detención y las demás consecuencias perniciosas que de ello derivaron. Además, el condenado Godoy tampoco ha expresado, en toda la secuela del juicio, cuáles fueron las razones que llevaron a detener a la víctima, bajo qué cargos y en qué orden de autoridad se basaron, quien emitió esa orden y cuanto tiempo debía encontrarse privado de libertad.

iv. Fungibilidad del autor inmediato

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 737:

[H]a entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso.

[C]omo destaca FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la fungibilidad no depende, entonces, del modo de comisión del hecho punible que realiza el ejecutor, sino de su particular integración en la estructura criminal: *"La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable… Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad… Desde luego que el ejecutor es sustituible, por mucho que no haya sido sustituido en el hecho concreto"* [nota en el original omitida].

De allí que ROXIN, al exponer las características de la fungibilidad, resalte, continuamente, que tal condición garantiza al hombre de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho. El ejecutor es, pues, simplemente una *"ruedita cambiable en la máquina del poder"* [nota en el original omitida], un *"engranaje"* [nota en el original omitida] sustituible en cualquier momento pero que ocupará un lugar central en la materialización de los acontecimientos ilícitos. Ahora bien, desde ese enfoque la fungibilidad incide, justamente, en la mayor probabilidad de concreción del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en ningún momento el cumplimiento de la orden estará, siquiera mediatamente, en riesgo.

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 6:

[El Dr. Julio César Strassera, fiscal en el juicio contra los miembros de las juntas militares argentinas señalo que en la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados] "[…] [e]l encargo se cumple sin necesidad de que el centro de decisión conozca al ejecutor concreto; esto es la fungibilidad de los ejecutores.- En el supuesto de que alguno de ellos no cumpliera la decisión tomada, otro se encarga de hacerlo en su lugar, puesto que la estructura posee la capacidad de remplazo necesaria

> para que cada parte de la máquina sea sustituida por otra de manera que la orden se cumpla al final inexorablemente" [nota en el original omitida].
>
> [A este respecto] [c]orresponde destacar los conceptos vertidos por Roxin, al estudiar la autoría mediata, en cuanto habla del "hombre de detrás", explicando su teoría en el funcionamiento del aparato que está a disposición del sujeto, más cuando él es quien lo dirige.— De esta manera— dice Roxin— "Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros.— funciona 'automáticamente', sin que importe la persona individual del ejecutor" [nota en el original omitida].

Véase, además, Perú, *Caso Megajuicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) (Relación de sentencias 13.f)*, Considerandos 548 y 549:

> En lo concerniente a la objeción de que la autoría mediata supone dominio de la voluntad, y en los hechos no se aprecia que se haya dominado la voluntad de los ejecutores, y que la fungibilidad del ejecutor no está adecuadamente fundamentada, siendo que los cuadros del Partido Comunista del Perú no son intercambiables. Debemos señalar 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 vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía del aparato.
>
> En la doctrina se señala que si se aprecia detenidamente el funcionamiento de los aparatos organizados de poder, se puede advertir que el dominio que sobre el ejecutor ostenta el hombre de detrás se encuentra supeditado al dominio que éste tiene sobre la organización. El dominio sobre el ejecutor, que permite considerar al sujeto de detrás autor mediato, no es un dominio directo —y no puede serlo desde el momento en que el hombre de detrás no conoce a quien domina—; sino uno indirecto, pero suficiente, tan igual al que se tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria, que se logra a través del dominio directo sobre el aparato [nota en el original omitida].

En contraste, véase, Perú, *Recursos de nulidad y consultas (Caso Cúpula de Sendero Luminoso) (Relación de sentencias 13.i)*, Voto Concordante del Señor Vocal Supremo Javier Villa Stein:

> Si bien estoy de acuerdo con mis colegas sobre las consecuencias jurídicas de la responsabilidad y merecimiento de la penal del encausado […] llego a la misma conclusión con argumentos técnicos parcialmente distintos […]. [S]ostengo que la responsabilidad involucrada es por coautoría y no por autoría mediata […].
>
> La cuestión que debe de replantearse es si efectivamente la autoría mediata es aplicable, en los términos en los que ha sido expuestos […]. Considerando la estructura y la dinámica de la organización terrorista —altamente vertical y centralizada); el compartimentaje horizontal de sus órganos de ejecución (células); la autonomía en la ejecución que podía esperarse de militantes altamente ideologizados, con evidente y elevada formación político militar, con una cosmovisión unitaria del Estado y la sociedad actual y propaganda elaborada y compartida, con planes políticos estratégicos comunes, es cuestionable la admisión de esta forma de autoría, sustentada precisamente en la dudosa fungibilidad de sus órganos ejecutores.

> Lo paradigmático de la autoría mediata a quien Günther Jakobs denomina "autoría directa disfrazada" [nota en el original omitida], el actuante, el operador, el instrumento lo es de un circulo de organización **ajeno** y su aporte es mecánico, impersonal, no comprometido, cosa que desde luego no ocurre en el actor subordinado de una organización terrorista como en la que militan los coautores bajo juzgamiento, ámbito de codelincuencia en el que el dominio del hecho es condominio, o dicho de otro modo el dominio del hecho es su conjunto "sólo es poseído por el colectivo" [nota en el original omitida] involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva conectada objetivamente de cada a los propósitos y logros de daño a la sociedad, a quienes se puede objetivamente imputar el resultado previsto por el tipo penal tocado. Los ejecutores materiales de los hechos probados por la Sala Superior son sujetos que, plenamente responsables, exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada del trabajo global, del que son coautores. El mayor o menor dominio del plano total no explica el tipo de autoría, sino tan solo su mayor o menor participación […]. En este contexto mal podría tratarse al o los ejecutores con unos intermediarios materiales fungibles, si se constata que en la práctica hubo una distribución (vertical) de roles y tareas. Se trata en realidad en el presente caso de imputar a título de coautor la responsabilidad del recurrente.

Adicionalmente, véase, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Máximo Humberto Cáceda Pedemonte (Relación de sentencias 13.d)*, Considerandos 36 y 37:

> [C]uando el ilícito penal es cometido por una persona que, cual instrumento, actúa dentro de un aparato de poder organizado, que, como parte de su estrategia general, comete delitos o representa solo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que convierte a tal agrupación en una organización destinada a cometer delitos. Estamos, entonces, frente a un ilícito contra la paz pública previsto y sancionado en el artículo 317 […] de la ley penal material [que tipifica el delito de agrupación ilícita]. A mayor abundamiento, dicho tipo penal está referido a una agrupación de personas organizadas con el objeto de cometer varios delitos, y que han hecho del delito un modo de vida.
>
> En consecuencia, es en virtud del principio de reparto funcional de roles y de las contribuciones de los intervinientes en el ilícito penal que se establecerá su intervención delictiva.

a. Predisposición del autor inmediato a la realización del hecho ilícito

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 740:

> En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de

factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a *"millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos"* [nota en el original omitida].

Cabe señalar que una característica de las estructuras criminales, sobretodo de aquellas que configuran una jerárquica vertical, es que el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.

Esto tiene una explicación psicosocial, la cual se basa, principalmente, en la valoración de legitimidad que hace el ejecutor de su propia pertenencia a la estructura criminal, lo cual desarrolla en él una tendencia a la adaptación positiva de toda meta, acción o rol que se le asigne, aunque estos tengan un contenido manifiestamente delincuencial. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por los niveles estratégicos superiores de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos [nota en el original omitida]. Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y sujeción, que se someterá a sus designios. De esta manera, como interpreta PARIONA ARANA, el hombre de atrás habrá alcanzado el dominio de la persona interpuesta *"a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho"* [nota en el original omitida].

D. Ejemplos de estructuras o aparatos de poder organizados[21]

i. El caso boliviano: grupos armados irregulares o paramilitares

Bolivia, *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y otros) (Relación de sentencias 2.a)*, Sección VII, Considerando:

> Los grupos armados, obedeciendo a las órdenes de los encausados, perpetraron esos delitos, como demuestra con claridad el oficio reservado Nº 689/80 de 14 de agosto de 1980, dirigido por Luis Arce Gómez a Luis García Meza, cuyo texto es como sigue: "Adjunto para conocimiento y aprobación de Su Excelencia, organigrama y plan de tareas de los grupos que hizo posible el triunfo de las Fuerzas Armadas sobre el extremismo internacional" […]. La lectura de ese oficio demuestra que los encausados Luis García Meza y Luis Arce Gómez son los que organizaron y diri-

[21] Es fundamental hacer notar que, con excepción de las dos sentencias peruanas, contra Alberto Fujimori Fujimori y los líderes de Sendero Luminoso, las decisiones de las cuales se derivan los párrafos a continuación trascritos **no utilizaron la doctrina del autor mediato por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados**; más aún, la decisión chilena que a continuación se cita no trata siquiera sobre la determinación de responsabilidad individual de Augusto Pinochet Ugarte, sino de la procedencia de la solicitud de desafuero. No obstante, los textos referidos fueron considerados por los responsables de esta obra, como **potenciales** casos en los cuales, de así preverlo la legislación y jurisprudencia aplicable en cada país, **podrían** analizarse, de conformidad con las pruebas presentadas, desde la doctrina referida.

gieron esos grupos armados de paramilitares, que cometieron los delitos enumerados.

En la comisión de los mismos existe un vínculo directo y estrecho entre los ejecutores con los que daban la orden para delinquir. En efecto, Luis Arce Gómez y Luis García Meza, retribuyeron a los paramilitares, asignándoles o recomendándolos para el ejercicio de funciones públicas […] Por otra parte, Luis García Meza y Luis Arce Gómez no sólo dieron cargos públicos a los paramilitares, sino que para el cometido de los hechos punibles les dieron armas del Estado boliviano, como demuestra el oficio Nº 935/80, de 24 de septiembre de 1980, dirigido por el segundo al primero y que textualmente dice: "Reiterando la conversación sostenida con su autoridad, me permito poner en su digno conocimiento la urgente necesidad de sustituir el armamento obsoleto que utilizan los grupos de asalto dependientes de este Despacho [...] Para ese fin requerimos lo siguiente: Grupo de Asalto: 300 metralletas UZI, 3.600 proyectiles de 9 milímetros". Los grupos paramilitares o irregulares estaban comandados o dirigidos por militares de mandos medios, quienes dependían directamente de Luis García Meza y Luis Arce Gómez, como se comprueba en la Orden de Servicio Nº 380/80, de 20 de octubre de 1980 […]. Esta orden está dirigida por Luis Arce Gómez al My. Javier Hinojosa (n) "El lince", que dispone: "A partir de la fecha pasa Ud. a desempeñar las funciones de Jefe Nacional del Grupo de Operaciones Especiales (GOES)". Por oficio de carácter reservado firmado por Luis Arce Gómez, Nº 266, de 17 de febrero de 1981, dirigido al Jefe del Departamento II del Comando de Ejército, le dice: "Por orden de Su Excelencia el Presidente de la República, agradeceré a Ud. proceder al licenciamiento de los paramilitares bajo su control en esa dependencia del Ejército[...]".

La prueba documental así expuesta, demuestra con absoluta veracidad que los encausados Luis García Meza y Luis Arce Gómez, son los organizadores de esos grupos armados paramilitares, ya que ellos los tenían bajo su inmediato mando y dependencia. Lo más insólito e increíble, es el convenio de 12 de febrero de 1980, suscrito por Klaus Altmann Hausen y el encausado Luis Arce Gómez, que, por entonces, estaba a cargo del Departamento II del Ejército. El documento dice: "I.- Yo, Klaus Altmann Hausen me comprometo a prestar servicios de orden incondicional con el Ejército de Bolivia dentro de la especialidad de inteligencia. II. —Asimismo me comprometo a participar directamente en el planeamiento y operaciones que requiera el Ejército de Bolivia y donde se requiera mi participación activa. III.— Me comprometo guardar la reserva en cuanto se realice, exista, conozca o participe, poniendo como garantía mi vida. IV.- Yo, Cnl. DAEM, Luis Arce Gómez, a nombre del Ejército Nacional, con las atribuciones que me competen, otorgo con venia de la superioridad el grado de Tcnl. honorífico al Sr. Klaus Altmann Hausen". La lectura del documento que precede, firmado en 12 de febrero de 1980, por el encausado Luis Arce Gómez con un súbdito extranjero condenado por la justicia francesa como "criminal de guerra" nazi, demuestra el preparativo para la organización de los grupos irregulares, con el beneplácito y aprobación de Luis García Meza. Queda así probado que los nombrados, dieron comienzo, premeditadamente a la organización de grupos irregulares que actuaron bajo su inmediato mando; como militares de alta graduación, eran oficiales de las FF.AA.; tenían la obligación constitucional de garantizar la estabilidad del gobierno legalmente constituido. Lejos de proceder así, prepararon y dieron el golpe del 17 de julio de 1980 con todas sus agravantes.

> [Más aún], […] se tiene que […] aparece, un oficio secreto que lleva el Nº 675/80, de 13 de agosto de 1980, remitido por Luis Arce Gómez a Luis García Meza, Presidente de la República. Ese oficio dice: "Cumpliendo instrucciones de Su Excelencia, le remito la nómina de los integrantes del GOES (paramilitares) de la ciudad de La Paz, quienes tuvieron a su cargo la conducción de las acciones previas y posteriores a la gesta patriótica del 17 de julio pasado, junto a las Fuerzas Armadas". Este oficio es una prueba concluyente de que Luis García Meza y Luis Arce Gómez, son los autores de la organización de esos grupos armados que conculcaron los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado, y fueron dirigidos por éstos.

ii. El caso chileno: Dirección de Inteligencia Nacional dentro de la estructura militar

Chile, *Solicitud de desafuero de Augusto Pinochet Ugarte (Recintos de reclusión clandestina de la DINA) (Relación de sentencias 3.c)*, Considerando 3:

> De acuerdo a su normativa legal la Dirección de Inteligencia Nacional dependía de la junta de gobierno; sin embargo, en los hechos, su director, Manuel Contreras Sepúlveda, se relacionaba jerárquicamente sólo con el Presidente de ella, Augusto Pinochet Ugarte, de quien era su delegado. Manuel Contreras Sepúlveda, ha señalado que la DINA tuvo la misión de extirpar y eliminar el extremismo marxista, cumpliendo al píe de la letra las órdenes que se me impartieron directamente por el Presidente de la República, de quien dependía, por lo que el Presidente sabía exactamente lo que hacía o no la Dirección de Inteligencia Nacional y su delegado y Director Ejecutivo, puesto que no se mandaba solo y que cualquier misión a cumplir tendría que haber venido, como siempre vino, del Presidente de la República. Ha expresado Contreras que se reunía a primera hora en forma diaria con Augusto Pinochet, a quien informaba del acontecer nacional y de inteligencia. En relación a lo anterior corresponde además tener presente lo expuesto por Orlando Manzo Duran a fojas (27 u 875) Cuaderno Asrael Retamales, en el sentido que se desempeñó como Jefe del Centro de detención de Cuatro Alamos, y que en tal calidad asistió a dos reuniones en el cuartel general de la DINA, con oficiales de ese organismo y dirigidas por el jefe de la misma, el general Manuel Contreras Sepúlveda, en donde le señaló la importancia del tema de la oportunidad con que debía evacuarse el estado de existencia de los detenidos, pues en algunas oportunidades llegaba tarde al cuartel general y él —Contreras Sepúlveda— la necesitaba muy temprano cada día, por cuanto a las 08:00 horas de la mañana se reunía con el general Pinochet, a quien le entregaba la relación de los detenidos para que los debatiera con su Estado Mayor.
>
> El Ejército es una institución jerarquizada y la Dirección de Inteligencia Nacional tenía una estructura militarizada y por lo mismo igualmente jerarquizada en que, por regla general, el jefe directo y los superiores ordenan y disponen lo que deben realizar sus subalternos, sin que sea posible que estos últimos desarrollen labores por iniciativa propia, de lo cual, además, deben rendir cuenta en tiempo predeterminado, aspectos que controla el mando; a ello se agrega que por razones de seguridad del personal, institucional y nacional, todo jefe directo —y por su intermedio, el superior— debe estar enterado de las labores de su personal. Todo funcionario del Ejército debe presen-

tarse a su unidad diariamente, pues de lo contrario se pone en práctica un dispositivo de seguridad destinado a precisar su paradero; con mayor razón en un organismo de inteligencia como la DINA, que impedía alguien desarrollara actividades sin conocimiento del mando o por iniciativa personal. Tales elementos de juicio, que concuerdan con aquéllos que la doctrina califica de indicios, vienen a reforzar la conclusión ya adelantada: por medio de su ponderación integral, coherente y racional, considerando las motivaciones, funciones y medios, surge como sospecha fundada, al menos, el conocimiento de los hechos por parte de Augusto Pinochet Ugarte[22].

iii. El caso peruano: Sendero Luminoso (actores no estatales)

Perú, *Recursos de nulidad y consultas (Caso Cúpula de Sendero Luminoso) (Relación de sentencias 13.i)*, Considerando 4.2.1:

> [E]n el juicio oral se ha establecido que el encausado Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso fue el fundador de la fracción roja del Partido Comunista del Perú y que, en tal condición, ejerció como miembro titular número uno del Comité Central, del Buró Político y del Comité Permanente de dicha fracción.
>
> El Colegiado considera que al encausado se reprobó no sólo la condición de líder máximo y principal de la organización terrorista, sino además la de artífice de la corriente ideológica llamada "Pensamiento Gonzalo", del que se deriva la línea política general, su sustento militar, y la práctica de violencia terrorista.
>
> La Sala estima que dicha violencia se daba en el marco o la aplicación de los denominados Planes Estratégicos Operativo o Grandes Planes Militares, aprobados por el Comité Central, en el que Guzmán Reinoso ejercía su poder real a través de la Dirección Central. Asimismo, la Sala señala que el plan estratégico operativo se convertía en el plan global de las actividades delictivas de la organización, de manera tal que ninguno de sus miembros podría por cuenta propia decidir la realización de acciones fuera de dicho proceso reglado. […] [E]l encausado planificaba el lugar, el modo, y el objetivo de los atentados, incluido el uso progresivo de medios catastróficos, como la utilización de vehículos o coches bomba. Para la toma de decisión, el sentenciado se servía de determinados principios como el centralismo y la disciplina para tener bajo sujeción a los miembros de la organización. La Sala Superior refiere que el dominio que ejercía en la organización se complementaba con un control de las actividades de sus miembros, los cuales presentaban informes luego de los atentados.
>
> [Se ha declarado también] la responsabilidad del sentenciado, en el caso de la masacre de los pobladores de Lucanamarca y lugares aledaños. [De conformidad con las pruebas presentadas en juicio] fueron los integrantes de la Dirección Central con Guzmán Reinoso a la cabeza, quienes decidieron darle un golpe contundente a los pobladores de

[22] Nota añadida al original: Los considerandos aquí transcritos se insertan en una decisión sobre la "procedencia del desafuero solicitado respecto de Augusto Pinochet Ugarte, con el objeto de poder investigar su eventual responsabilidad en la planificación, ejecución y ocultamiento de la privación de libertad [de las víctimas señaladas en autos], y no, evidentemente, en una determinación sobre su responsabilidad penal individual sobre los hechos en la acusación".

Lucanamarca, por estar en contra de su organización, dado que los miembros de la citada comunidad campesina habrían dado muerte al líder local de Sendero Luminoso.

El Colegiado Superior concluye que dado que el encausado ostentaba el nivel máximo en la organización terrorista de Sendero Luminoso, resulta ser el principal responsable de todos los hechos declarados probados en la sentencia, siendo autor mediato por dominio de organización de delitos de terrorismo agravado.

iv. El caso peruano: Servicio de Inteligencia Nación en el gobierno *de facto* de Alberto Fujimori (a partir de abril de 1992).

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 745:

El acusado [Alberto Fujimori] ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.

En ese ámbito el encausado Fujimori Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos —de inteligencia— del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de su estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretodo en la Capital de la República y zonas aledañas.

En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas […].

En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército.

Ahora bien, la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y La Cantuta, y en los sótanos del SIE, realizadas por el aparato de poder organizado que construyó y dinamizó el acusado desde el SINA, cuyo núcleo ejecutor básico en el ámbito del control de las organizaciones subversivas terroristas fue el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, constituyeron una expresión de criminalidad estatal contra los de-

rechos humanos con evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional.

4. COAUTORÍA

La coautoría es una forma separada de intervención criminal ampliamente reconocida en los sistemas jurídicos de la familia neo-románica[23], aunque su incorporación a la jurisprudencia internacional es un fenómeno aún reciente[24]. De conformidad con esta teoría, se consideran como autores de la totalidad del crimen dos o más personas que actúan con un propósito común y en colaboración coordinada, a pesar de que cada una de ellas no realice *todos* los elementos materiales del tipo.

Estudios doctrinarios en la materia han resaltado que la coautoría "[…] connota dos o más perpetradores, cada uno de los cuales contribuye al crimen. Su co-operación debe ser cercana ya que sus contribuciones son *mutuamente atribuidas,* haciendo a cada coautor responsable por *todo* el crimen"[25]. A mayor detalle, teniendo en mente las distintas interpretaciones judiciales o doctrinarias que puedan existir en jurisdicciones particulares a este respecto, la coautoría requiere ***un plan común compartido por los intervinientes***, así como la ***distribución funcional de roles***, con base en la cual cada persona realiza una ***aportación fundamental e indispensable*** para la realización del crimen[26]. Así, y dada la importancia de cada una de las intervenciones, se entiende que cada uno de los autores "[…] posee el co-dominio [del todo criminal], lo que los convierte en 'co-dueños del hecho total' [nota en el original omitida]; coautoría es la realización conjunta del tipo"[27].

En coincidencia con lo apuntado por la doctrina, de conformidad con la jurisprudencia internacional en la materia, la coautoría, entendida en estos términos, se basa en el criterio de control sobre el crimen o dominio del hecho, para diferenciar entre autores y partícipes en el crimen[28]. Así, tal como lo ha señalado la Corte Penal Internacional "[…] a pesar de que ninguno de los participantes tiene el control global sobre el crimen porque todos dependen de otro para su comisión, todos comparten el control porque cada uno de ellos podría frustrar la comisión del crimen si no lleva a cabo su propia tarea"[29].

---

[23] Como referencia adicional, es pertinente hacer notar que la teoría de la coautoría ha representado importantes problemas para los sistemas nacionales anglosajones, en los que la autoría se basa en la realización directa o inmediata del *actus reus* por parte de la persona a la que se le atribuye esta calidad. Cualquier otra persona que intervenga en el crimen, de forma distinta a la comisión material del acto, será considerada dentro de las distintas teorías de complicidad. Al respecto, véase, por ejemplo, Van Sliedregt, Elies, *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law,* nota *supra* 7, y Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática,* nota *supra* 5.

[24] Véase, entre otros, Van Sliedregt, Elies, *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law,* nota *supra* 7.

[25] Véase, *Ídem*, pág. 72 [Traducción no oficial].

[26] Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática,* nota *supra* 5.

[27] *Ídem*, pág. 181.

[28] Véase, nota *supra* 16.

[29] CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo,* nota *supra* 12, párr. 342 [Traducción no oficial].

En los siguientes párrafos se presentan decisiones en donde las cortes latinoamericanas han aplicado la teoría de la coautoría como forma de intervención criminal punible. Al respecto, en la primera decisión es importante prestar particular atención a los elementos básicos de la coautoría claramente identificados por las cortes: (i) plan común; (ii) distribución de atribuciones, y (iii) la naturaleza indispensable de la aportación realizada por la persona acusada. Por su parte, la segunda decisión se refiere a la figura de los "cooperadores necesarios", los cuales, en distintos países latinoamericanos, se han equiparado a una coautoría al prestar éstos "[…] un auxilio de carácter *necesario* para llegar al fin delictivo propuesto"[30].

Posteriormente se presentan extractos de dos decisiones que abordan formas particularmente complejas de coautoría. Por un lado, la coautoría impropia, en donde la contribución se basa en una conducta omisiva y por otro, la coautoría sucesiva, en donde las contribuciones se dan en momentos diferenciados y un coautor se puede "unir" al crimen con posterioridad al inicio de ejecución del mismo. Ambas formas merecen particular atención ya que pueden ser respuestas adecuadas a las complejas realidades de la macrocriminalidad. Sin embargo, deben ser cuidadosamente aplicadas e interpretadas de manera que no conduzcan a una violación de los principios de culpabilidad y responsabilidad individual.

A. Aspectos generales

Colombia, *Caso Pueblo Bello (Pedro Ogazza P.) (Relación de sentencias 4.d)*, Considerandos 5, 11-12:

> [La defensa sostiene que] la función que cumplía su defendido era de "hacer la inteligencia", refiriéndose exclusivamente a la toma de Pueblo Bello, labor esta que, a su turno, estaba limitada a establecer los habitantes de ese poblado que pertenecieran o tuviesen algún vínculo o simpatía con la guerrilla, pero que no estuvo presente en su ejecución[.] [E]l Tribunal entendió lo contrario al atribuirle participación en todos los hechos delictivos que se ejecutaron […] no siendo ello posible precisamente por no haber estado presente en la toma.
>
> [Con base en las pruebas presentadas, esta Corporación concluye que el acusado era parte] de un[a] organización criminal, la cual entre sus diversas actividades planeó debidamente la toma a Pueblo Bello *con un fin determinado*, como fue la de darle muerte a todas aquellas personas que creyeran estaban vinculadas con la guerrilla, *y es dentro de ese específico objetivo que el delator señaló a OGAZZA PANTOJA como "el jefe de inteligencia"*, a quien le correspondió establecer quiénes eran esos pobladores, procediéndose, seguidamente, a aprehender a esas personas, secuestrarlas, amordazarlas, llevarlas hasta

[30] Nota en el original: "La actividad del coautor o autor *por cooperación* se recoge particularmente en el artículo 4 del Código argentino, siendo aquella consistente en un 'auxilio o cooperación' sin los cuales *no habría podido cometerse el delito.* Para ser punible la actividad del cooperador debe éste tener *representación del hecho y su ilicitud* y haber actuado *voluntariamente* a la causación del resultado, pues de otra manera faltaría considerar la subjetividad del hecho respecto a su autor. De ahí que se excluya de responsabilidad al auxiliador necesario, pero inocente respecto al fin criminoso o a quien presta el auxilio necesario para un fin criminal diverso". Véase, Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano,* nota *supra* 14, pág. 551, nota al pie 43.

las orillas del río Sinú a uno de las propiedades de su jefe Castaño, torturarlas, darles muerte posteriormente sepultarlas en ocultos sitios para que no fueran descubiertos sus cuerpos y por ende, dejar todo en la impunidad.

Así, el hecho de que hubiese sido [la persona conocida como] "patecumbia" quien materializó el hecho de aprehender a las personas previamente señaladas por OGAZZA, en nada elimina su participación en el plan delictivo, en el que *la "labor de inteligencia" fue, sin lugar a dudas, la tarea inicial básica, clave, para su ejecución*, *como que sin ella su materialización no se hubiese podido adelantar,* ya que de no saberse cuáles eran las personas a que iban a matar, es apenas obvio, que el plan delictivo carecía de objeto, o si se quiere, la conducta ideada no podía ni siquiera llegar a la etapa de la preparación, menos a la ejecución y desde luego, a su consumación, en últimas, perdía la posibilidad de ser exteriorizada.

De esta magnitud fue la intervención de OGAZZA PANTOJA en la realización de los hechos de Pueblo Bello, así la entendió el Tribunal, lejos de una simple ayuda en términos de un cómplice, sino como un coautor en el que por la clara división de trabajo incuestionable frente a la función que le fue asignada.

Véase también, Guatemala, *Caso Masacre de Río Negro (Macario Alvarado Toj y otros) (Relación de sentencias 8.b)*, Fundamento Jurídico II:

[De conformidad con los testimonios admitidos y a los que el tribunal de sentencia confirió valor probatorio] se refirieron que el procesado BONIFACIO CUXUN LOPEZ llegó el día de los hechos a Río Negro, pero no mencionan ninguna acción concreta [más que estar] […] en medio de las mujeres cuidando. Tomando en cuenta lo anterior y que el mismo tribunal de sentencia señala que aunque los procesados no hubiesen realizado en su totalidad los elementos del tipo penal, en cada caso, por lógica deducción de los actos externos realizados en conjunto e individualmente se infiere que todos tenían el dominio de los hechos, que eran *una acción general planificada oportunamente por ellos*, conjuntamente CON LOS DEMÁS MIMEBROS DE LAS PATRULLAS DE AUTODEFENSA CIVIL y los elementos del ejército, no se trató de asesinatos selectivos sino masivo, advirtiendo un dolo general de muerte hacia las mujeres y niños pobladores de la aldea Río Negro […] con esto el tribunal sentenciador razona prácticamente por qué considera que hubo concierto para la comisión del hecho por el cual se juzga a los procesados, y esos mismos razonamientos se aplican al sindicado BONIFACIO CUXUN LOPEZ porque no obstante que ninguno de los testigos lo señalo directamente que mató a determinada persona *(sic),* si prestó colaboración en el día de los hechos, según se tuvo acreditado por el tribunal sentenciador con [algunas de las declaraciones testimoniales] […]. [El] Código Penal recoge la figura jurídica penal de los cooperadores necesarios, quienes sin ser autores propiamente dichos, sino más bien partícipes, el legislador los equipara a aquellos por razones político criminales, es decir, se les considera autores y en forma extensiva [s]e les pena como tales […]. […] [L]a acción del procesado BONIFACIO CUXUN LOPEZ se equipara a autor en el grado de consumación de los delitos de asesinatos tomando en cuenta […] que [en] los hechos acreditaos hubo premeditación, alevosía, ensañamiento e impulso a la perversidad brutal […].

B. Coautoría impropia: conductas omisivas

Colombia, *Caso Corregimiento La Garraba (Luis Fernando Campuzano Vásquez) (Relación de sentencias 4.j)*, Considerando Segundo:

> [Con respecto al delito de "concierto para delinquir"] los medios de prueba indican, más allá de cualquier duda, la actitud permisiva de los miembros del Ejército, que antes que combatir a los integrantes del grupo armado ilegal que hacían presencia permanente, toleraban sus desplazamientos y retenes ilegales, de donde resulta válida la conclusión de que eso se hacía a manera de contribución para que el accionar ilegal no tuviera tropiezos en su permanencia en la zona.
>
> En las condiciones reseñadas, la Sala encuentra certeza respecto la participación activa del acusado en la actividad de la organización armada ilegal, comportamiento que evidentemente fue realizado de manera libre y voluntaria, como que su formación militar y las órdenes expresas que le fueron dadas le indicaron con antelación que no debía actuar de esa manera, y no solamente determinó su conciencia y voluntad en contra de tales postulados, sino también en oposición a las reiteradas quejas de los ciudadanos a quienes se había comprometido a proteger.
>
> Así, el procesado tomó parte activa en los actos ilegales realizados por las A[utodefensas] U[nidas] [de] C[olombia], y las conductas por él realizadas, que ya fueron reseñadas, fueron su "parte", su "cuota", para que la agrupación cumpliera su cometido, esto es, que, como dedujo la acusación, fue un "*coautor impropio*" del delito.
>
> [En lo correspondiente a los homicidios] [c]on el comportamiento del procesado, arriba demostrado, que en punto de la actuación del grupo armado ilegal, puede decirse que consistió en un "dejar hacer, dejar pasar", en hacer "oídos sordos" a su ineludible deber de combatir al grupo irregular que dejaba rastros de sangre a su paso y de negarse a proteger a la población civil, respecto de cuyas vidas tenía posición de garante, con el argumento de que "el que la debe, que la pague", es indudable que el procesado permitió la matanza en la noche nefasta, no solamente con su conducta omisiva, sino con actos positivos.
>
> El compromiso del oficial acusado, en consecuencia, surge de su aprobación, de su aceptación, de su autorización, de su asentimiento, de su acuerdo, de su anuencia; en una palabra, de su ***aquiescencia*** con la masacre que, por todos los medios, las A[utodefensas] U[nidas] [de] C[olombia] habían informado cometerían contra los ciudadanos, señalados de ser guerrilleros o auxiliadores de estos. Su aquiescencia deriva incuestionable de sus expresiones públicas de que no combatiría a los ilegales y que, tácitamente, permitiría sus crímenes porque "el que la debe, que la pague" [Énfasis en el original].
>
> ***Aquiescencia*** y ***connivencia*** denotan, además, conocimiento de los elementos estructurales o componentes de la conducta punible cuya ejecución material corre por cuenta del grupo armado ilegal [Énfasis en el original].
>
> Así, el oficial a cargo de la tropa que, para facilitar la acción armada de la agrupación contra la población civil, decide ladinamente retirar el contingente de los hombres bajo su mando, muestra conocimiento idóneo sobre el carácter delictivo de la conducta o conductas que fundadamente sabe se irán a cometer.

La Corte concluye, en consecuencia, que sobre la participación del procesado en los homicidios cometidos, la incertidumbre fue despejada, en el entendido que tácita y expresamente permitió que las AUC actuaran como a bien tuvieran, como lo venían anunciando, y se comprometió, y así lo hizo saber, a no combatirlas y a dejar que hicieran lo que quisieran con la población civil, porque [el] "que la debe, que la pague".

Los antecedentes conocidos del grupo criminal y sus manifestaciones públicas de que se "tomarían La Gabarra" para matar a los ciudadanos por ser guerrilleros o colaborar con la subversión, ejecutando previamente muertes selectivas para dar validez a las amenazas, son circunstancias que permitieron al oficial procesado conocer con antelación la comisión de los múltiples homicidios, no obstante lo cual hizo expresa su intención, finalmente cumplida, de no defender a los civiles y de no combatir al grupo ilegal.

Es claro, entonces, que con conciencia y voluntad cohonestó esas acciones y su contribución a tal resultado consistió en esos actos concretos.

Por tanto, esa consecuencia debe serle imputada a título doloso, como que por todos los medios fue enterado, sabía, de la masacre por venir y no hizo nada para evitarla, siendo ese su deber constitucional y legal.

Esta imputación coincide con los estándares internacionales. Así, en relación con el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se tiene dicho que en punto del "resultado" o la "consecuencia" de la conducta, hay lugar a deducir dolo, así:

> "deben serle imputados al autor los resultados intermedios o secundarios necesarios para el resultado final, que sean prácticamente seguros ('a virtual certainty') y que no se basen en un acontecimiento fuera de lo normal ('wholly improbable supervening event'). Por ejemplo, si el autor hace saltar por los aires una aeronave para obtener la suma del seguro (objetivo final), entonces se corresponde con el 'curso normal de los acontecimientos' que también mueran allí los pasajeros (resultado intermedio o secundario)".
>
> "Para la imputación basta por tanto con el conocimiento de la producción del resultado fundado en la experiencia general de la vida; el conocimiento necesario es objetivado por medio del criterio del 'curso normal de los acontecimientos'. Tales consecuencias secundarias pueden considerarse también como 'queridas', porque el autor cuenta con seguridad con su producción. En todo caso, con esto se exige más que el *dolus eventualis*, pues allí el tener seriamente por posible la producción del resultado se funda en una base fáctica insegura, mientras que aquí se puede partir de un modo relativamente seguro de la producción del resultado. Este criterio se corresponde más bien con el propuesto en Noruega y Finlandia de la 'conciencia' de 'que la acción realice con seguridad o con alta probabilidad ('sikkert eller mest sansynlig') los elementos del tipo'. También habla de considerar suficiente el dolo eventual el hecho de que tal concepto había sido suprimido ya antes de la Conferencia de Roma [nota en el original omitida]".

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia […] Declara al señor Luis Fernando Campuzano Vásquez, […] coautor penalmente responsable del concurso de conductas punibles de homicidio agravado y concierto para delinquir.

En fallos emitidos con anterioridad a la sentencia arriba referida, la Corte Constitucional de Colombia avanzó una línea jurisprudencial con respecto a los delitos de omisión cometidos por personas en posición de garantes, la cual sirve para complementar y comprender mejor la teoría de la coautoría impropia sostenida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en los párrafos arriba transcritos. Colombia, *Acción de tutela instaurada por la ciudadana Nory Giraldo de Jaramillo ("Caso Mapiripán") (Relación de sentencias 4.e)*, Considerando 17:

> El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente [nota en el original omitida]. Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que **en concreto** recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes.
>
> [L]as fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente […] en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados [(ciudadanos)].
>
> Respecto de dicho deber, las fuerzas armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado en proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones a los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta, como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos.
>
> [L]as fuerzas militares tienen la obligación —en tanto que garantes— de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el [P]rotocolo II a los [Convenios] de Ginebra —y en general al derecho internacional humanitario— o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos -tales como la mutilación, tortura,

asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad-, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.

La existencia de esa posición de garante significa que **el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad**, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

Lo anterior no implica desde luego que verificada la posición de garante se estructure inmediatamente la responsabilidad, porque ésta presupone la reunión de todos los elementos del delito, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Bien puede acontecer que el garante (a quien se le imputa un delito de lesa humanidad) no sea responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o imprudencia (el riesgo para los derechos fundamentales no le era cognoscible), o que exista un estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultaneas a sectores de la población, sólo podía proteger una sola), etc.

C. Coautoría sucesiva en delitos permanentes

Argentina, *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) (Relación de sentencias 1.e)*, Considerandos:

> Resulta un criterio ampliamente sostenido, tanto por los autores como en el foro, que el delito de privación ilegal de la libertad sea el arquetipo del delito permanente […].
>
> Cabe adelantar que para las consideraciones que de aquí en más se vertirán respecto de la autoría de la comisión de los delitos atribuidos, se seguirá la teoría del dominio del hecho, en cuando a criterio dominante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.
>
> Lógica consecuencia de la naturaleza permanente de la privación ilegal de la libertad es que no resulta óbice para considerar al acusado coautor en ese delito que sólo se haya con el arribo de las víctimas de autos al centro clandestino de detención. En este sentido se ha dicho: *"Puede suceder que el hecho se encuentre consumado pero aún no se haya agotado su ejecución, supuesto en que la doctrina admite la posibilidad de la coautoría"* [nota en el original omitida].
>
> Sin embargo, toda vez que no se ha acreditado la intervención del imputado en la aprehensión de José Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik, no corresponde que las violencias ejercidas durante ese acto y que configuran la agravante del inciso 1 del artículo 142, les sean imputadas a Simón mediante la transmisión de dicha figura calificada, en base a los principios de lo que la doctrina ha denominado coautoría sucesiva. Ésta con-

siste en la posibilidad de que un interviniente se sume al acto cuya realización inicial corresponde a otro autor, con el límite de que no se le apliquen aquellas circunstancias que califiquen el hecho, si quien interviene posteriormente no ha participado de aquellas. Así se ha dicho: *"El que se agrega no responde por los fundamentos de agravación ya cumplidos […]* [nota en el original omitida] *[…] Los acontecimientos realizados en forma previa a la incorporación no pueden ser imputados al segundo sujeto, pues a su respecto no puede existir dominio objetivo del hecho* [nota en el original omitida]. *La regla para la decisión de estos casos es que el coautor sucesivo no responde por el hecho ya realizado cuando comienza su participación, pues ello implicaría el reconocimiento de un dolo subsequens"* [nota en el original omitida].

Sí, en cambio, resulta aplicable la agravante referida a la duración de la privación de la libertad, toda vez que se ha comprobado que aquélla superó el plazo de un mes exigido por el inciso 5 del artículo 142 del Código Penal.

Debe señalarse que el imputado es considerado como coautor del suceso pero, aunque éste se hubiera extendido en el tiempo, sólo respondería por la privación de la libertad mantenida durante el lapso en que conservó la facultad de decisión, tanto en cuanto a sus condiciones de producción como en cuanto a su cese, es decir, mientras conservó el dominio del hecho.

Sentado lo expuesto, el dominio del hecho que detentara el acusado, respecto a la privación ilegal de la libertad que venían sufriendo José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik, culminó cuando ellos fueron alejados del centro clandestino, toda vez que no se ha demostrado que, a partir de allí, conservara el poder de interrumpir o hacer cesar aquel estado.

Si bien es cierto que a los coautores, aún cuando sólo hubieran intervenido en un tramo del suceso, se los responsabiliza por su totalidad, en función del criterio de imputación recíproca característico de esta forma de intervención delictiva, ello encuentra un límite infranqueable en la pérdida del dominio del hecho por el coautor. Así se ha dicho [por el profesor Claus Roxin], si bien [no] refiriéndose a la coautoría sucesiva, pero afín a lo que se viene sosteniendo, *"Esto se deduce forzosamente de la idea básica de la teoría del dominio, con arreglo a la cual* ***uno es coautor cuando (y en tanto que) domina junto con otros el curso del acontecer"*** [nota en el original omitida].

5. EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA

Enmarcada en la teoría de la coautoría del crimen, la jurisprudencia internacional ha desarrollado la doctrina del propósito común o empresa criminal conjunta[31] como forma específica de intervención criminal punible[32]. Al respecto, los tribunales *ad hoc*, especialmente el Tribunal

[31] En adelante "ECC" o "doctrina del propósito común", indistintamente.

[32] Un gran número de doctrinarios, entre los que destaca el profesor Antonio Cassese, han identificado la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso contra Dusko Tadic como la primera decisión judicial en que se propone la doctrina de la "empresa criminal conjunta" como forma de intervención criminal punible. Cassese, Antonio, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", en *5 Journal of International Criminal Justice 109*, 2007. Véase también, Ohlin, Jeans David, "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterpri-

Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, han enfatizado que la ECC debe ser entendida como una forma de autoría, en oposición a las modalidades de participación o *accomplice liability*[33]. Lo anterior siguiendo el criterio subjetivo como base para diferenciar entre los primeros y los segundos[34].

De conformidad con la misma jurisprudencia internacional, el fundamento de esta doctrina se deriva directamente de los esquemas de criminalidad colectiva en los cuales "[…] es extremadamente difícil determinar con exactitud la contribución específica que cada participante, en lo individual, tuvo [en el crimen]"[35]. Sin embargo, considerar como simples partícipes o perpetradores secundarios a todas aquellas personas que, aunque intervienen en el crimen, no son los autores materiales de la conducta, lleva a subestimar su grado de responsabilidad[36].

No obstante la extensa aplicación de esta doctrina por parte de los tribunales *ad hoc,* la misma no ha estado libre de severas críticas por parte de académicos y litigantes. Algunos de sus detractores sostienen que la misma representa una extensión excesiva de los instrumentos internacionales, resultado del alto grado de activismo judicial de los tribunales *ad hoc*. Para estos mismos críticos, esta expansión puede poner en riesgo principios fundamentales dentro del proceso penal tales como los principios de legalidad y de responsabilidad penal individual[37].

Adicionalmente, de manera tal vez aún más relevante para el desarrollo del derecho penal internacional, en decisiones recientes, la Corte Penal Internacional prácticamente ha descartado la ECC como una forma de autoría reconocida en el Estatuto de Roma y ha dado prioridad, en su lugar, a la coautoría y la autoría medita[38]. A reserva de las líneas de interpretación judicial que

se", en *5 Journal of International Criminal Justice 69,* 2007.

33 Para el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, "[la] empresa criminal conjunta es una forma de 'autoría' más que una forma de responsabilidad por complicidad, con el término 'cómplice' entendido en esta instancia como uno que asiste y ayuda al perpetrador, la persona acusada se entiende como el autor (o, más precisamente en muchos casos, como un co-autor), más que como un mero cómplice". TPIY, *El Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic*, Caso No. IT-02-60-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia del 17 de enero de 2005, párr. 696 [Traducción no oficial]. Véase también, TPIY, *El Fiscal vs. Milomir Stakic,* Caso No. IT-97-24-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 31 de julio de 2003, párr. 432.

34 Véase, CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo,* nota *supra* 12, párr. 329.

35 Véase, Cassese, Antonio, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", nota *supra* 32, pág. 110 [Traducción no oficial].

36 Véase, TPIY, *El Fiscal vs. Dusko Tadic,* nota *supra* 6, párr. 192.

37 Véase, entre otros, Hamdorf, Kai, "The concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Models of Liability for Parties to a Crime. A comparison of German and English law", en *5 Journal of International Criminal Justice 208,* 2007. En una crítica más detallada sobre la doctrina de la empresa criminal conjunta, como ha sido hasta el momento desarrollada por la jurisprudencia internacional, Jens David Ohlin presenta tres problemas conceptuales respecto de aquélla: "(1) el tratamiento inadecuado de la intencionalidad y qué grado de intencionalidad es requerido para una contribución criminal en la conspiración, (2) la errónea interpretación de la responsabilidad por acciones "previsibles de los co-conspiradores, y (3) una violación del principio básico de que un individuo sólo debe ser responsable criminalmente en la medida de su propia culpabilidad". Véase, Ohlin, Jeans David, "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", nota *supra* 32, pág. 71 [Traducción no oficial]. Con el mérito que estas críticas puedan tener, es importante hacer notar que ellas están basadas, en parte, en la doctrina anglosajona de los modos de responsabilidad criminal, la cual difiere en importantes puntos con aquellas predominantes en los países latinoamericanos.

38 Véase, por ejemplo, CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo,* nota *supra* 12; CPI, *El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui,* nota *supra* 9; CPI, *El Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir,* nota *supra* 18; CPI, *El Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo,* ICC-01/05-01/08, Situación en la República Central Africana, Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009.

esta corte continúe desarrollando en los siguientes años, la continuidad en este criterio jurisprudencial podría significar el relegamiento de la doctrina del propósito común como una forma independiente de autoría por la perpetración de crímenes de derecho internacional.

A la luz de estos debates internacionales, en las siguientes secciones se presentan extractos de la jurisprudencia latinoamericana en los cuales se ha abordado el tema de la ECC, haciendo un análisis tanto de la normativa internacional como de la jurisprudencia y la doctrina sobre el tema. Asimismo, se incluyen decisiones que pueden servir como ejemplo, dependiendo del criterio de interpretación que se adopte[39], de la aplicación de los distintos tipos de ECC que han sido desarrollados por la jurisprudencia internacional. Al respecto, es importante precisar que algunas de estas decisiones se han incluido por considerar que las mismas resaltan distintos elementos constitutivos de la doctrina, tal como ha sido desarrollada por la jurisprudencia internacional, a pesar de que las cortes latinoamericanas no se hayan referido expresamente a la ECC. Por ende, como ya se ha apuntado, dependiendo de la interpretación que se adopte, estas mismas decisiones bien podrían ser tomadas como ejemplos de la aplicación judicial de normas tradicionales relativas a la coautoría.

A. Aspectos generales

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerando 11:

> [De conformidad con el Estatuto de Roma] no sólo quedan incluidas las formas "tradicionales" de participación (art. 25, inc. 3, aps. a, b y c), sino que expresamente menciona el contribuir "de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común" (art. 25, inc. 3°, ap. d), cuando dicha contribución es efectuada "con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte" (ap. d, supuesto i)[40].

[39] Nuevamente, vale recordar el análisis que al respecto ha realizado la propia Corte Penal Internacional al identificar tres criterios básicos para diferenciar entre autores y partícipes: (i) objetivo; (ii) subjetivo, y (iii) control sobre el crimen. La ECC se basa en un criterio subjetivo.

[40] Nota añadida al original: Como complemento de esta decisión, es pertinente hacer referencia a la interpretación que, a la fecha, ha realizado la Corte Penal Internacional respecto del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma. Al respecto, en la decisión sobre confirmación de cargos del caso contra Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Cuestiones Preliminares apuntó que "[el] concepto [expresado en el artículo 25(3)(d)] –que guarda semejanza con el concepto de la empresa criminal conjunta o doctrina del propósito común adoptada por la jurisprudencia del TPIY– podría haber sido la base del concepto de la coautoría dentro del significado del artículo 25(3)(a), si los redactores del Estatuto hubieran optado por una perspectiva subjetiva para distinguir entre principales y accesorios". "Más aún, la Sala observa que el texto del artículo 25(3)(d) del Estatuto inicia con la frase "[c]ontribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen". "Por ende, desde la perspectiva de la Sala, el artículo 25(3)(d) del Estatuto estipula una forma residual de responsabilidad por complicidad que hace posible penalizar a aquellos contribuidores del crimen [cuyas conductas] no pueden ser caracterizadas como ordenar, proponer, inducir, encubrir, colaborar o asistir de acuerdo con el significado del artículo 25(3)(b) o el artículo 25(3)(c) del Estatuto, dado el estado mental en que la contribución fue realizada". Véase, CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo,* nota *supra* 12, párrs. 335-337 [Traducción no oficial].

Colombia, *Recurso de apelación (Manuel Enrique Torregrosa Castro) (Relación de sentencias 4.k)*, Considerando 25.

> Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado *concierto para delinquir agravado* en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos.
>
> Destaca la Sala que el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional ha tenido en cuenta no sólo la conducta del autor o de los partícipes sino que también ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad, lo cual significa que también deben ser castigadas en igual medida aquellas conductas preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin, como ocurre con el *concierto para delinquir agravado*.
>
> Para llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes, [de conformidad con el profesor M. Cherif Bassiouni] los siguientes elementos [nota en el original omitida]:
>
> (i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;
> (ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y
> (iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser concientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización.
>
> [E]n el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional […] se establece en el artículo 25 que si bien la responsabilidad penal es de carácter individual también responderá por los delitos de su competencia, quien: […] d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; […] [Texto completo del artículo referido en el original, editado en esta versión][41].

B. Tipos de Empresa Criminal Conjunta

Con el fin de presentar una adecuada caracterización de la intervención de una persona en un complejo esquema criminal, la jurisprudencia y doctrina internacionales han propuesto, a la fecha, tres categorías de empresa criminal conjunta. Cada una de estas se distinguen, principalmente, por las características del plan común y la vinculación de la persona acusada con el mismo, en armonía con el criterio subjetivo de diferenciación de los autores.

[41] Nota añadida al original: Véase el criterio adoptado hasta el momento por la Corte Penal Internacional con respecto a la interpretación del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma. *Ibídem*.

i. Responsabilidad por un propósito intencional común

En la primera categoría, básica o de *responsabilidad por un propósito intencional común*[42], todos los individuos que participan en la empresa comparten el mismo propósito común, la misma intención criminal y actúan de conformidad con dicho propósito. Según el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia: "(i) [los probables responsables] deben participar voluntariamente en un aspecto del plan común (por ejemplo, al infligir violencia no-letal a la víctima), o proveyendo asistencia material o facilitando las actividades de los co-perpetradores, y (ii) la persona acusada [en particular], aún si no lleva a cabo personalmente los asesinatos [por ejemplo], debe no obstante querer este resultado"[43].

En los ejemplos que se presentan a continuación, la jurisprudencia latinoamericana, haciendo uso de las normas propias de su sistema, identifica los elementos básicos requeridos para establecer la responsabilidad por la perpetración de un crimen de derecho internacional mediante un grupo, colectividad o empresa que tiene un propósito común compartido por todos los integrantes de la misma.

Véase, en la sección 4.A de este mismo capítulo, Colombia, *Caso Pueblo Bello (Pedro Ogazza P.) (Relación de sentencias 4.d)*, Considerandos 5, 11-12; así como Guatemala, *Caso Masacre de Río Negro (Macario Alvarado Toj y otros) (Relación de sentencias 8.b)*, Fundamento Jurídico II. Estas decisiones también podrían ser entendidas como ejemplos de ECC si, como se ha dicho repetidamente hasta el momento, se adopta un criterio subjetivo para la diferenciación entre autores y partícipes.

ii. Responsabilidad por la participación en un plan criminal común institucionalizado

La segunda categoría de ECC identificada por la jurisprudencia internacional, llamada sistemática o de *responsabilidad por la participación en un plan criminal común institucionalizado*[44], "[…] se caracteriza por la existencia de un sistema criminal organizado, en particular los casos de campos de concentración o centros de detención[45]. Esta forma de empresa criminal conjunta requiere del conocimiento personal del sistema organizado y la intención de favorecer el propósito criminal de tal sistema"[46].

---

42 Este término ha sido propuesto por el profesor Antonio Cassese. Véase, Cassese, Antonio, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", nota *supra* 32.

43 Véase, TPIY, *El Fiscal vs. Dusko Tadic,* nota *supra* 6, párr. 196 [Traducción no oficial].

44 Véase, nota *supra* 42.

45 Nota añadida al original: La jurisprudencia del propio Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha hecho notar que si bien esta categoría se desarrolla con base en los esquemas criminales promovidos en los campos de concentración en la Segunda Guerra Mundial, así como los centros de detención en Bosnia-Herzegovina, la misma no se limita a estos supuestos. En ésta categoría se ubicarán todos los sistemas organizados que tengan un fin criminal común; el énfasis está entonces en el grado de organización e institucionalización del sistema. TPIY, *El Fiscal vs. Milorad Krnojelac,* Caso No. IT-97-25-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 17 de septiembre de 2003, párr. 89. Clara es, sin embargo, la relevancia que esta doctrina, desarrollada desde los esquemas de centros de detención, puede tener para muchos países latinoamericanos en los que precisamente este tipo de recintos era parte crucial de los esquemas represivos y de las prácticas de detención-desaparición de personas.

46 TPIY, *El Fiscal vs. Miroslav Kvocka y otros,* Caso No. IT-98-30/1-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 28

En los siguientes extractos se presenta el análisis que algunas cortes latinoamericanas han realizado, utilizando figuras como la *asociación ilícita o el concierto para delinquir,* respecto de la intervención individual de las personas acusadas en esquemas de alto grado de organización e institucionalización que tenían un propósito criminal común. Es importante resaltar que en ambos casos las cortes enfatizan no sólo los posibles actos materiales de asesinatos o torturas, sino más precisamente las funciones de inteligencia, organizacionales o administrativas que, en algunos momentos, desarrollaron las personas acusadas[47]. Nuevamente, es claro que estas decisiones no son propiamente una aplicación directa de la segunda categoría de la ECC, sin embargo contienen elementos característicos de la misma y podrían servir para ejemplificarla.

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel (Relación de sentencias 1.b)*, Considerando 3:

> Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional —DINA exterior—, dependiente del gobierno de facto de Chile), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel, tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Máximo Humberto Cáceda Pedemonte (Relación de sentencias 13.d)*, Considerando 21:

> [S]e imputa al recurrente el haber formado parte de una agrupación ilícita para delinquir por el hecho de haber contribuido a la concertación de los altos oficiales del Ejército Peruano con los efectivos de su institución integrantes del Grupo Colina, pues en su condición de Comandante EP, Jefe de Economía del Servicio de Inteligencia habría

de febrero de 2005, párr. 82 [Traducción no oficial]. Véase también, TPIY, *El Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros,* Caso No. IT-03-66-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 30 de noviembre de 2005, párr. 511.

47 En el estudio doctrinario de esta segunda categoría de la empresa criminal conjunta se ha enfatizado que en un campo o centro de detención, por ejemplo, o en otra estructura de alto grado de organización, no sólo el director de dicho centro, los custodios o las personas que materialmente torturan o infligen sufrimiento a las víctimas son responsables por los crímenes que ahí se comentan. Con base en la división funcional, "[t]ambién, aquellos que cumplen con tareas administrativas indispensables para conseguir el fin del campo (por ejemplo, registrar a los detenidos que ingresan, registrar sus muertes, darles medicamentos o proveerles comida) pueden incurrir en responsabilidad penal. Éstos tendrán responsabilidad en tanto sean concientes de los serios abusos que se cometen (conocimiento) y voluntariamente tomen parte en el funcionamiento de la institución". Véase, Cassese, Antonio, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", nota *supra* 32, pág. 112 [Traducción no oficial].

autorizado beneficios económicos como gastos operativos y la remuneración de dichos efectivos, así como financiar sus "propias estrategias", consistentes en seguimiento, detención, interrogación mediante tortura, aniquilamiento y desaparición física.

A esta agrupación delictiva se le imputa el secuestro, la detención, tortura y desaparición del periodista Pedro Herminio Yauri Bustamante, crimen que se perpetró con un fusil FAL y una granada de guerra tipo piña, en la madrugada del 24 de junio de 1992, fecha en que ["][s]acándolo de su domicilio en Huacho, lo trasladaron a una playa cercana, haciéndoles cavar una fosa e interrogándolos, los enterraron luego de aniquilarlos disparándole en la cabeza con un fusil FAL["] [nota en el original omitida].

iii. Responsabilidad criminal incidental basada en la previsión y asunción volutaria del riesgo

La tercera categoría de la empresa criminal conjunta, extendida o *responsabilidad criminal incidental basada en la previsión y asunción voluntaria del riesgo*[48], se caracteriza porque la persona es responsable por "crímenes cometidos más allá del propósito común, pero que son, no obstante, consecuencias naturales y previsibles del propósito común"[49]. Para satisfacer el elemento de intencionalidad requerido, según la jurisprudencia internacional, "la persona acusada debe tener la intensión de participar en y contribuir al propósito criminal conjunto[, y] debe saber que el crimen, [que no era parte del propósito común pero sí era consecuencia natural y previsible del mismo,] podía ser cometido por un miembro de su grupo, y voluntariamente aceptó el riesgo de que el crimen ocurriera al unirse o continuar participando en la empresa [o grupo]"[50].

El siguiente extracto podría tenerse como un ejemplo de la aplicación de esta doctrina. En el mismo, la Corte Suprema de Justicia colombiana, en coincidencia con los criterios mencionados, determina la responsabilidad como autor por todos los hechos criminales, fueran o no parte del plan original, enfatizando la asunción del riesgo por la participación mediante acciones concretas y significativas; todo esto sin utilizar el término de "empresa criminal conjunta".

Colombia, *Caso Pueblo Bello (Pedro Ogazza P.) (Relación de sentencias 4.d)*, Considerando 7:

> [L]os delictivos hechos objeto de[l] [proceso], entre los que se cuenta la toma de Pueblo Bello, no fueron ejecutados por individuos que actuaran en forma separada, sino, por el contrario, que actuaron como miembros de un grupo paramilitar debidamente jerarquizado, con un jefe, con específicas finalidades y con planes previa y debidamente preestablecidos, en el que para su ejecución las actividades a desarrollar se encontraban debidamente asignadas a cada uno de ellos, sin que esta división de trabajo signifique que jurídicamente pueda discendirse *(sic)* frente al resultado obtenido con las acciones individualmente cumplidas, pues trátase de una real unidad delictiva en la que cada uno de los integrantes de la organización *intervino en lo necesario para lograr el fin común propuesto*, *admitiendo como suyas no exclusivamente las acciones previamente planeadas*

[48] El termino en inglés utilizado por el profesor Cassese es "incidental criminal liability base on foresight and voluntary assumption of risk". Véase, Cassese, Antonio, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", nota *supra* 33.

[49] Véase, TPIY, *El Fiscal vs. Miroslav Kvocka y otros,* nota *supra* 46, párr. 83 [Traducción no oficial].

[50] *Ibídem* [Traducción no oficial].

> *sino, igualmente, las que dentro de la complejidad del objetivo propuesto debían ejecutarse*, ya porque así estuviese previsto o porque en su desarrollo a ello había que recurrir para asegurar el objetivo propuesto [Énfasis añadido].

6. RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO

El principio de responsabilidad de mando, o de manera más amplia, del superior jerárquico, es hoy en día un principio claramente reconocido por la costumbre internacional[51]. Tal como lo ha identificado la jurisprudencia y la doctrina internacionales, bajo este principio, la imputación de responsabilidad del superior por los crímenes de derecho internacional cometidos por sus subordinados se basa en la ***omisión*** de aquél[52], quien conociendo o debiendo haber conocido de la conducta criminal de sus subordinados, no previene y/o reprime la comisión de los crímenes[53].

Sin demeritar su importancia, no se entrará al análisis detallado de los distintos elementos de esta doctrina por escapar al objeto de este estudio[54]. En contraste, es importante reconocer,

---

51 "El principio de que los militares y otros superiores podrán ser tenidos como responsables por los actos de sus subordinados está claramente establecido en el derecho convencional y consuetudinario". TPIY, *El Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros,* Caso No. IT-96-21-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 20 de febrero de 2001, párr. 195 [Traducción no oficial]. Véase también, TPIY, *El Fiscal vs. Milomir Stakic,* nota *supra* 33, párr. 458; TPIY, *El Fiscal vs. Fatmir y otros,* nota *supra* 46, párr. 519. Véase, además, los artículos 7.3 y 6.3 de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como la norma 153 en el estudio de derecho consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja. Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas,* Comité Internacional de la Cruz Roja, [s.l.p.], [s.f.p.], pág. 632.

52 Es importante enfatizar que, bajo este principio, la responsabilidad del superior ***no*** se deriva de una orden que él o ella mismos hayan dado; su responsabilidad se establece por el incumplimiento en tomar las medidas adecuadas para prevenir y/o reprimir la comisión de crímenes de derecho internacional por parte de sus subordinados, cuando se reúnen los demás elementos que son mencionados más adelante. El supuesto en que un superior explícitamente da la orden a sus subordinados de cometer un crimen podrá imputarse, dependiendo de las circunstancias específicas del caso, como perpetrador o autor del ilícito, con base en la doctrina de la autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados, o como partícipe de la orden dada. Véase, en este mismo digesto, *"Presupuestos generales de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados"* y *"Órdenes"*, secciones II.3.C y II.7.B, de este mismo digesto.

53 Con base en un estudio integral y detallado de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc,* Human Rights Watch ha concluido que, con respecto al deber de prevenir **y/o** reprimir los crímenes de los subordinados, "si los comandantes han tomado los pasos razonables para prevenir la comisión del crimen y han tenido éxito, no hay la obligación de reprimir el crimen, en tanto que no ha ocurrido tal, y la palabra 'o' es la apropiada. Si el comandante ha tomado los pasos razonables para prevenir la comisión del crimen y ha fallado, el superior está en la obligación de castigar al perpetrador, lo cual absolverá al comandante de responsabilidad penal. Si el comandante no ha tomado los pasos razonables para prevenir el crimen, ha ocurrido ya una violación; sin embargo, aún persiste la obligación de penalizar al perpetrador del crimen. En este último caso, la palabra 'y' es la adecuada". Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. A Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,* EUA, 2006, pág. 484, nota al pie 51 [Traducción no oificial].

54 Los elementos de la teoría de la responsabilidad del superior jerárquico, tal como han sido identificados por la jurisprudencia y doctrina internacionales y se establecen en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, son: 1. Responsabilidad del superior militar: (i) comisión de uno o más crímenes

como lo hace el profesor Ambos, que "[…] la responsabilidad del superior es una creación jurídica originaria del derecho penal internacional [nota en el original omitida] la cual, si bien puede ser adjudicada en un plano absolutamente general a los modelos de imputación fundados en la vigilancia del superior [nota en el original omitida], no tiene ningún paralelo directo en los derechos nacionales […]"[55]. En una línea similar, el profesor Van Sliedregt ha resaltado las particularidades de este principio al afirmar que "[e]l concepto de responsabilidad del superior expresado en los artículos 6/7(3) de los Estatutos del TPIR/Y [y 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional] es un concepto curioso. Está formulado como una extensión de la responsabilidad del subordinado, en dónde el superior es responsable tanto por su propio incumplimiento del deber de intervenir como por los crímenes cometidos por el subordinado"[56]; esto claramente difiere del castigo criminal o disciplinario que, en muchos países, se impondría al superior (militar, principalmente) por la supervisión o el control negligente de las tropas.

De conformidad con el análisis de varios doctrinarios, los textos de los artículos arriba referidos en realidad contienen distintas formas de responsabilidad del superior jerárquico, las cuales deben ser diferenciadas e interpretadas por los órganos judiciales competentes. Esta misma postura ha servido como guía para la implementación de este principio en algunos sistemas jurídicos nacionales. Por ejemplo, el profesor Ambos sostiene que se debe diferenciar por un lado, "[…] un delito *doloso* de omisión –en presencia de *conocimiento* del superior de los crímenes base— y por otro, como *delito separado* la violación del deber de control y la omisión de denunciar el delito —en caso de la ignorancia negligente— […]"[57]. En una postura similar, el profesor Cassese habla de tres categorías de responsabilidad del superior jerárquico, dependiendo de su conocimiento y actuación previa o posterior al crimen[58].

---

de derecho internacional por parte de los subordinados; (ii) relación superior militar-subordinado, la cual puede ser *de iure* o *de facto,* habiendo control efectivo y comando sobre los subordinados; (iii) conocimiento, "hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber"; (iv) incumplimiento de deber de adoptar "las medidas necesarias y razonables a su alcance" para prevenir y/o reprimir dichos crímenes. Estos mismos elementos se requieren, de conformidad con el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para establecer la responsabilidad de otros superiores jerárquicos no militares; las únicas diferencias están en el conocimiento (punto iii *supra*) ya que, en este segundo supuesto, se debe establecer que el superior "tení[a] conocimiento o deliberadamente h[aya] hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos"; y en la relación (punto ii *supra*), pues en caso de un superior de otro tipo se debe establecer que los "crímenes guarda[n] relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo". Además, véase, Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* 2da edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2008, así como, Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity,* nota *supra* 53, entre otros.

55 Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática,* nota *supra* 5.

56 Véase, Van Sliedregt, Elies, *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law,* nota *supra* 7, pág. 219 [Traducción no oficial].

57 Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática,* nota *supra* 5.

58 Las tres categorías propuestas por el profesor Cassese son: 1. "Un comandante o superior infringe su *deber de prevenir* que sus subordinados se involucren en una conducta criminal. Éste sabe que el crimen está por cometerse, o se está cometiendo […], e intencionalmente falla en detenerlo. En este caso, el superior tiene el *conocimiento* del crimen y su omisión es deliberada (*intención*) […] [por lo que] […] debería ser tratado legalmente como co-perpetrador […] [ya que] si él hubiera actuado para impedirlo, el crimen no se hubiera cometido. Existe, entonces, un nexo causal entre la actitud del superior y la comisión del crimen"; 2. "Un comandante o superior infringe su *deber de supervisar adecuadamente* la conducta de sus tropas o subordinados. Éste inten-

Estas reflexiones se unen a la práctica de los tribunales penales internacionales en los que, si bien el principio de responsabilidad del superior ha sido frecuentemente invocado, sólo de forma excepcional ha sido utilizado como base única para la determinación de responsabilidad individual. En la mayoría de los casos, la responsabilidad de la persona acusada se ha establecido con base en otras teorías de imputación[59]. Más aún, tal como lo enfatiza el profesor Schabas, las pocas determinaciones de culpabilidad con bases exclusivas en la responsabilidad del superior jerárquico han resultado en condenas cortas, en comparación con otros casos de perpetración directa o empresa criminal conjunta[60].

A la luz de estos debates, en las decisiones que se presentan a continuación, las cortes latinoamericanas abordan las generalidades de la responsabilidad del superior jerárquico, identificando sus bases en el derecho internacional y al mismo tiempo, optando por interpretarla en el marco de las teorías del incumplimiento de la posición de garante, reconocidas y desarrolladas en el derecho nacional. Es importante decir, además, que en ninguna de las decisiones presentadas se utiliza este principio para establecer la responsabilidad individual de alguna persona en concreto. Las decisiones sólo se limitan a retomar en abstracto algunos puntos relevantes de la teoría o por otro lado, se avocan a su estudio en tanto que el mismo resulta necesario para diferenciarla de otras doctrinas sobre intervención criminal.

Colombia, *Acción de tutela instaurada por la ciudadana Nory Giraldo de Jaramillo ("Caso Mapiripán" (Relación de sentencias 4.e)*, Considerando 17:

> [En l]as relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita —pudiendo hacerlo— que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad**, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional** [Énfasis en el original]**.**

cional o negligentemente omite monitorear las acciones de sus subordinados, a través de lo cual podría haber adquirido conocimiento de la inminente comisión del crimen o que se estaba cometiendo y, por ende, podría prevenirla. El superior no sabe que los subordinados están por cometer un crimen o lo están cometiendo: no tiene el conocimiento. Sin embargo, su incumplimiento, negligente o deliberado, en informarse conlleva una violación de su deber de supervisión. […] En este caso, podría decirse que la ofensa imputable al superior es diferente y menos seria que la perpetrada por los subordinados, al consistir solamente un *abandono negligente o deliberado de sus deberes de supervisión* […]. [Se puede argumentar que] al violar su deber de supervisar, el [superior] ha, de alguna forma, contribuido a la perpetración del crimen"; 3. "Un comandante o superior viola su *deber de reportar* a las autoridades apropiadas los crímenes cometidos por sus subordinados, de los que él no tuvo conocimiento previo. Aquí, el superior sabe que los crímenes han sido cometidos e incumple en, inmediatamente, llamar la atención del órgano responsable de la investigación y enjuiciamiento de los crímenes. En este caso, el superior es responsable [y podrá ser penalizado] por la ofensa específica de fallar en hacer el reporte. Su ofensa es simplemente diferente de aquella de sus subordinados […]. Aquí, la conducta del superior no puede tenerse como causante, o como contribución al crimen". Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* nota *supra* 54, págs. 244-246 [Traducción no oficial].

59 Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court,* 3ra edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2007, págs. 219 a 225.

60 *Ibídem*.

El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por "... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...", ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma [nota en el original omitida].

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 6.2:

Un antecedente reciente sobre [la] responsabilidad penal [del superior jerárquico, derivada de la omisión de un deber de garante] se encuentra en el derecho penal colombiano mismo. En efecto, la jurisprudencia nacional ha desarrollado y aplicado la doctrina penal de la posición de garante referida a la fuerza pública [en los siguientes términos]:

"(L)as fuerzas militares tienen la obligación —en tanto que garantes— de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario- o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos —tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad—, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan."

"[…] *La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito* (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) *o la atribución subjetiva* (dolo o imprudencia) (subrayas fuera del texto). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho".

La anterior cita de la jurisprudencia constitucional nacional muestra cómo en Colombia la responsabilidad del jefe o superior tiene cabida respecto del jefe militar, oficial o de facto.

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerandos 742 y 743:

> [La] Teoría de la Responsabilidad del Superior […] constituye un criterio de imputación que surgió y se desarrolló al concluir la Segunda Guerra Mundial y que se aplicó en los juicios de Nüremberg y de Tokio [nota en el original omitida]. Según los analistas de estos procesos *"En estos juicios quedó clara la idea de que los comandantes no sólo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que, además, tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados*" [nota en el original omitida]. Posteriormente, hacia mediados de los años noventa, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia también utilizó tal teoría para condenar a los mandos militares del ejército de la República de Serbia, Bosnia y Herzegovina que no impidieron que sus tropas subordinadas perpetraran crímenes contra la humanidad, y a los que omitieron sancionar o investigar a los autores directos de tales conductas delictivas [nota en el original omitida].
>
> Ahora bien, la *Responsabilidad del Superior* es interpretada por la doctrina, y regulada en el Derecho Penal Internacional, como un comportamiento omisivo que genera una responsabilidad de quien ejerce mando sobre el autor directo del delito [nota en el original omitida]. Generalmente, se alude a que el superior, en tales casos, incumple su deber de prevención, supervisión y sanción de todo delito que pueda o sea cometido por sus subalternos. Ello denota, pues, una obligación jurídica de actuar del Superior y que éste omite. Según [el profesor Kai] AMBOS, *"el concepto de responsabilidad de mando —o mejor dicho, de responsabilidad del superior—, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad directa por la ausencia de supervisión, y por la otra, una responsabilidad indirecta por las conductas delictivas de otros… la responsabilidad del superior tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión… y un delito de peligro…"* [nota en el original omitida].
>
> Queda claro, en consecuencia, que por sus propias características y presupuestos esta modalidad de imputación de responsabilidad es diferente de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Esta última, en esencia, siempre será un comportamiento de comisión pero que se traslada desde la dación de la orden por el nivel estratégico superior hacia la ejecución concreta de la misma por la persona interpuesta.
>
> La diferencia aludida es desarrollada también, normativamente, en el Estatuto de Roma. En él se regulan, justamente, ambas modalidades de imputación como dos niveles distintos de intervención y punibilidad de los órganos estratégicos que se vinculan con la realización de delitos contra los derechos humanos. Efectivamente, en este ins-

trumento internacional el artículo 25º inciso 3, literal a), identifica con mediana precisión a la *autoría mediata* ("Comete ese crimen por sí solo, con otro o *por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*") [nota en el original omitida]. En cambio, dedica el artículo 28º a definir con detalle los supuestos omisivos que configuran la denominada *responsabilidad del superior* ("… en razón de no haber ejercido un control apropiado...") [nota en el original omitida].

A. Responsabilidad de mando en el Estatuto de Roma

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 6.2:

> La lucha contra la impunidad frente a la comisión de crímenes atroces ha llevado a los países signatarios del Estatuto de Roma a codificar la doctrina de la responsabilidad del comandante o superior. El artículo 28 a) cobija no sólo a los jefes militares de las fuerzas militares oficiales, sino también a los jefes de facto de grupos armados irregulares. A la persona que sea comandante militar, oficial o de facto, en virtud de que son garantes por ciertas conductas de personas sometidas a su control, se le imputan los crímenes de las fuerzas que están bajo su mando y control efectivo, que se hayan cometido como consecuencia de la falta de desempeño de ese control. Esta imputación se presenta cuando dicho comandante sabía o ha debido saber, dadas las circunstancias, que sus fuerzas estaban cometiendo o cometerían un crimen y omitió emprender cualquiera de las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión, impedirla o someter la cuestión a investigación de los funcionarios competentes.
>
> Lo más importante de este artículo es que amplía la responsabilidad penal de los que tienen mando militar o detentan de facto autoridad militar para evitar la impunidad tanto de los jefes investidos formal y públicamente como de los superiores de facto de grupos irregulares. Dicha norma responde a la experiencia de la humanidad en esta materia, sintetizada en una decisión proferida dos años antes por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia:
>
> > "El Tribunal tiene razones válidas particulares para ejercer su jurisdicción sobre personas que, por su posición de autoridad política o militar, pueden ordenar la comisión de crímenes dentro de su competencia ratione materiae o que pese a conocer de dicha comisión se abstengan de prevenir o castigar a los perpetuadores de tales crímenes' (traducción no oficial) [nota en el original omitida]".
>
> Además, no se requiere probar que el jefe militar o el que actúa como jefe militar haya impartido una orden específica de cometer un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, pues dicho jefe militar puede ser responsable aún por actos de sus subordinados que él no haya conocido pero que, dadas las circunstancias del caso, haya debido conocer, impedir, reprimir o denunciar, como se estableció en el célebre caso Yamashita [nota en el original omitida]. Es decir, se trata de una hipótesis en la cual puede existir responsabilidad a título de imprudencia en los crímenes enunciados en el Estatuto. El Protocolo I [a los Convenios de Ginebra de 1949], en su artículo 86 (2)

> [nota en el original omitida] recogió en el derecho positivo internacional el principio sentado por vía jurisprudencial [nota en el original omitida]. Este principio, conocido como de responsabilidad del comandante o superior, fue luego desarrollado en los estatutos de los Tribunales *ad hoc* [nota en el original omitida].
>
> Por otra parte, el artículo 28 b) del Estatuto, establece un parámetro diferente para medir la responsabilidad penal de superiores por actos de sus subordinados en circunstancias distintas a las consignadas en el literal a). En primer lugar, no se refiere aquí a la responsabilidad de quien ejerce como jefe militar, ya sea de un ejército regular o de una fuerza irregular, ni al ejercicio de mando, autoridad y control sobre "fuerzas". En este segundo caso, el literal b) del artículo 28 establece un parámetro de responsabilidad penal de superiores civiles, por actos de sus subalternos si se dan las siguientes tres condiciones: i) cuando hubiere tenido conocimiento de la comisión o del planeamiento de tales crímenes o hubiere deliberadamente hecho caso omiso de dicha información cuando sea claramente indicativa; ii) tales crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables para evitarlo, reprimirlo o denunciarlo.

7. OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLES

De manera adicional a las doctrinas presentadas en este capítulo, la jurisprudencia latinoamericana también se ha referido a otras formas de intervención que han sido tradicionalmente identificadas en la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, como formas de *participación* o, en el derecho anglosajón, *accomplice liability*. Este tipo de responsabilidad, tal como lo han hecho notar algunos académicos, "[…] sugiere que la conducta de una persona tuvo un efecto sustancial en la comisión de un crimen por alguien más, en tanto que en el caso de la autoría, el crimen se adscribe a la conducta de éste"[61].

Como ya se ha mencionado, no es la intención de este estudio categorizar las distintas formas de intervención criminal. No obstante lo anterior, conscientes del sistema diferenciado que prevalece en las jurisdicciones latinoamericanas, es pertinente recordar que, en general, las formas de participación traerán aparejadas una pena menor que aquélla impuesta al autor material, coautor o autor mediato del crimen.

Al respecto, es importante tener en mente la naturaleza específica de los crímenes de derecho internacional, así como las complejas estructuras a través de las cuales se cometen. Con base en estas consideraciones, será imperante que las cortes y tribunales identifiquen la doctrina o teoría de imputación que más refleje el grado de responsabilidad de los involucrados en el hecho criminal ya que, como lo han resaltado algunos doctrinarios,

> [l]os cómplices [o partícipes] en crímenes internacionales [son] extremadamente peculiares [dada] su posición oficial y composición social. Éstos no son algún Tom, Dick o Harry de linaje desconocido, sin hogar o casa. Ellos son "personajes con título", clases altas, ministros, generales, "líderes". Pero la característica que hace particularmente compleja la responsabilidad por complicidad en los crímenes internacionales no es, por

[61] Véase, Werle, Gernard, "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", nota *supra* 7, pág. 955 [Traducción no oficial].

supuesto, determinar el rango o títulos de los cómplices. La complejidad y peculiaridad excepcional de la estructura de complicidad en crímenes internacionales es resultado de las conexiones extremadamente complejas entre los individuos cómplices [o partícipes] en los [mismos][62].

A. Complicidad

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerando 14:

> Al efecto la sentencia impugnada ha señalado […] que, de los dichos de testigos y careos efectuados con el condenado, se desprende con claridad que actuó como cómplice en el injusto, con arreglo a lo prevenido en el artículo 16 del Código Penal, demostrada como está su pertenencia a la agrupación "Tucán["], dependiente de la Brigada "Caupolicán", grupo operativo compuesto solamente por Carabineros encargados de detener personas y trasladarlas a los centros de detención clandestinos de la Dirección de Inteligencia Nacional D.I.N.A., entre ellos, el llamado Villa Grimaldi, para lo cual ha de tenerse presente que el procesado Godoy intervino en estos operativos y fue visto en dicho recinto presenciando los interrogatorios, bajo tortura, de algunos detenidos. Refuerza particularmente esta decisión el hecho que en el careo practicado con Hugo Salinas Farfán, […] el justiciable, reconoció que efectivamente efectuó labores de cooperación al injusto, como lo son el detener a personas, y funciones de analista, las que desarrollaba ya el tres de enero de mil novecientos setenta y cinco. […] En dicha prueba además, Salinas reconoció directamente a Godoy como el teniente Marcos, quien se encontraba presente al momento en que el deponente fue careado con Sandoval en Villa Grimaldi. De esta manera las presunciones se han basado en hechos reales y probados, y no en otros indicios, […] de los cuales surgen serios antecedentes adecuados a establecer su participación en los acontecimientos en examen.

B. Órdenes

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 732:

> [L]a manifestación más característica del poder de mando es la orden. Esta debe entenderse como un mandato que dispone la realzación de un hecho o misión y que debe cumplir el subordinado en atención a la posición y jerarquía funcional de quien la transmite. Puede ser verbal o escrita. Sin embargo, también puede expresarse a través de signos o gestos. Por tanto, respecto a las órdenes, se pueden distinguir dos planos.

[62] Trainin, A.N., *Hitlerite Responsibility under Internacional Law,* Londres, 1944, pág. 79, citada en Van Sliedregt, Elies, *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law,* nota *supra* 7, pág. 15 [Traducción no oficial].

En un primer plano, cabe ubicar las *órdenes formales* que adquieren tal condición en función de *disposiciones*, *directivas* y *mandatos*. En cambio, en un segundo plano se encuentran las *órdenes por su efectividad material*, es decir, las *señales*, *expresiones*, *gesticulaciones*, *acciones concretas* o *expresiones afines de distinta índole*. Cabe precisar que el titular del poder de mando puede, según los casos y las circunstancias de su intervención, dar a sus órdenes cualesquiera de las dos expresiones que se han detallado.

Las órdenes del primer plano son frecuentes en aquellas organizaciones que apartándose del régimen formal y legítimo que gobiernan su estructura, se desvían hacia la realización de fines delictivos. En estos casos, se busca aprovechar la base legal con la que se constituyeron para *"disfrazar"* la comisión de sus actos ilícitos. Así la utilización de órdenes del primer plano, llámense disposiciones, directivas, mandatos y/o normativas, etcétera, pueden coincidir o no con los procedimientos usuales del marco legal —formal. No obstante, esto último resulta irrelevante ya que el aparato de poder viene actuando al margen del Derecho y con la finalidad concreta de realizar conductas punibles. Es más, las experiencias conocidas judicialmente sobre estructuras de poder organizado de naturaleza u origen estatal muestran que lo común es que no se registre en una disposición o documento el mandato ilegal, pues lo que es importante es el poder concreto, efectivo y real que se ejerce por el nivel de mando dentro de la organización y que los subordinados reconocen como tal.

Las órdenes del segundo plano se emplean, generalmente, por los aparatos de poder organizado que se han estructurado desde sus orígenes desvinculados totalmente del ordenamiento jurídico. Éste es el caso de las organizaciones terroristas que persiguen la toma violenta del poder político[63].

i. El caso boliviano

Bolivia, *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y otros) (Relación de sentencias 2.a)*, Sección VII, Considerando:

> El delito de privación de libertad está debida y plenamente acreditado con las dos declaraciones examinadas; a lo que se suman las detenciones arbitrarias y dictatoriales *ordenadas* por Luis García Meza y Luis Arce Gómez en los subsiguientes días al 17 de julio de 1980, como demuestra el oficio y la lista oficial de detenidos "delincuentes subversivos" que remitió, el 1º de octubre de 1980, Carlos Valda Peralta, Jefe Dptal. Del SES, al Director Nacional de la DIN, Guido Benavídez Alvizuri. El término de "delincuentes subversivos" detenidos, usaba Luis García Meza, en sentido infamante y con desprecio a la persona humana. El examen de las declaraciones que preceden, ameritan plenamente la comisión del delito de "privación de libertad" *ordenada* por Luis García Meza y Luis Arce Gómez, quienes, personalmente, supervigilaban esos hechos delictuosos.

[63] Los considerandos aquí transcritos son extractos de la sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú, en virtud de la cual se encuentra penalmente responsable al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor de delitos perpetrados en Barrios Altos, La Cantuta y los sótanos del SIE, con base en la doctrina de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, y no como partícipe por la emisión de órdenes. No obstante, a criterio de los responsables de este digesto, los párrafos aquí referidos son de utilidad para el tema bajo estudio.

> [L]as detenciones ordenadas por García Meza y Arce Gómez no se concretaban a la simple detención propiamente dicha, sino que era seguida de una serie de intimidaciones psicológicas y físicas, las que si bien eran ordenadas por Luis Arce Gómez, fueron llevadas a cabo con pleno conocimiento y bajo las órdenes de Luis García Meza.

C. Planeación

Bolivia, *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y otros) (Relación de sentencias 2.a)*, Sección VII, Considerando:

> A pesar de la coartada opuesta por García Meza, mediante el certificado […] expedido por el Gral. Av. Guillermo Escobar Uhry; sobre su ausencia de La Paz, el día del trágico suceso, y de haber sido informado de los hechos por su Ministro del Interior, al día siguiente, […] es incuestionable que anticipadamente conocía lo que sucedería en aplicación del Plan "Tiburón" [resultando en la masacre sangrienta de líderes del MIR], promovido por él mismo y en cuya elaboración participó personalmente.

CAPÍTULO III
CIRCUNSTANCIAS EIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

En su estudio sobre la parte general del derecho penal internacional, el profesor Kai Ambos ha concluido que éste "[…] sigue una estructura bipartita del crimen. De ello resulta una división básica de los principios generales en aquellos que describen —en un primer nivel— los presupuestos de la *responsabilidad individual* y aquellos que, como posibles [*defensas*] —en un segundo nivel— excluyen esa responsabilidad individual"[1]. A la luz de la presentación que sobre el principio de responsabilidad penal individual se ha realizado, corresponde ahora examinar alguna de la jurisprudencia latinoamericana relevante en materia de eximentes de la responsabilidad.

Tal como lo han hecho notar algunos académicos, la primera etapa del desarrollo del derecho penal internacional se centró en la consolidación del principio de responsabilidad penal individual, dejando de lado el tema de las causas o circunstancias que pudieran excluirla[2]. No fue sino hasta la aparición de los tribunales *ad hoc* que las eximentes de responsabilidad empezaron a tomar mayor relevancia en el plano internacional[3]. Esta tendencia se materializó finalmente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, donde se logró concretar un sistema más consolidado de normas internacionales en esta materia, apesar de las limitaciones que aún presenta[4].

Con pocas referencias en las normas internacionales, un punto de partida para el estudio de las eximentes de responsabilidad por la comisión de crímenes internacionales a aplicarse por las cortes nacionales, pueden ser los trabajos académicos especializados en derecho penal internacional. Al respecto, sin embargo, es importante reconocer que la mayoría de estos estudios han sido propuestos desde conceptos más cercanos a la tradición anglosajona que es, en todo

---

1 Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática,* 2da edición, (Ezequiel Malarino, trad.), Duncker & Humblot—Fundación Konrad Adenauer—TEMIS, Uruguay, 2004, pág. 73.

2 Tal como recuerda el estudio del profesor Gerhard Werle, el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg ni siquiera contenía normas relativas a los eximentes de responsabilidad, por lo que los abogados defensores dirigieron sus defensas particularmente a la falta de autoridad de la comunidad internacional para desarrollar juicios y establecer la responsabilidad individual de personas. Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law,* TMC Asser Press, Países Bajos, 2005, pág. 138.

3 *Ibídem.*

4 Los analistas internacionales han sido unánimes en afirmar que la negociación de los artículos del Estatuto de Roma que contienen las circunstancias eximentes de responsabilidad posiblemente fueron las más complicadas, dentro de todas las negociaciones sobre los que se consideran como principios generales del derecho penal. Esto, debido a la enorme diversidad de concepciones existentes en cada sistema jurídico, no sólo en cada familia, respecto de dichas normas. Véase, por ejemplo, Saland, Per, "International Criminal Law Principles", en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results,* Kluwer Law International, Países Bajos, 1999, págs. 189-217, así como Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional,* nota *supra 1.*

caso, la que más influyó en la creación y el trabajo de los tribunales penales internacionales *ad hoc* durante las dos últimas décadas.

Así, el profesor William Schabas ha propuesto una definición amplia de *defensas*, concepto proveniente del derecho anglosajón[5], y ha señalado que éstas son "[…] la respuesta a una acusación criminal […] [la cual] se utiliza para denotar 'todas aquellas bases que, por una razón u otra, previenen la sanción de una ofensa a pesar que, de hecho, la ofensa ha cumplido con todos los elementos definicionales del crimen'[6]"[7]. Dentro de este concepto global de *defensas*, otros académicos distinguen entre las defensas sustantivas y las defensas procesales[8]; las primeras son las únicas que efectivamente podrían eximir la responsabilidad de un individuo por la perpetración de un hecho criminal.

Como subcategorías, en muchos sistemas jurídicos del mundo se distingue al menos entre dos formas distintas de defensas sustantivas, *i.e.* justificaciones y excusas[9]. A este respecto, reiterando nuevamente las diferencias conceptuales que pueden existir en distintos sistemas, el profesor Antonio Cassese ha señalado que "[c]uando la norma estipula una justificación, una conducta que sería *per se* considerada como contraria al derecho por causar un daño a un individuo o a la sociedad, se considera en cambio legal y por lo tanto no configura un crimen. […] En contraste, una excusa se puede presentar cuando, a pesar de que el derecho la considera como una conducta *ilegal* que causa un daño y es contraria a la norma penal, el perpetrador no *será castigado*"[10]. De igual manera, el profesor Bantekas y la profesora Nash sostienen que las justificaciones connotan un hecho lesivo que, sin embargo, dado el contexto particular, no es considerado como injusto o ilegal *(wrong)* por el sistema. Por su parte, según estos académicos, la excusa se fundamenta en la noción de que a pesar de ser un hecho lesivo e ilegal, dadas las circunstancias particulares, su atribución al actor sería injusta[11].

Desde la filosofía del derecho se han dado también profundos debates alrededor de estos conceptos. Estos debates, si bien no pueden ser abordados con todo detalle en este estudio por escapar al objeto del mismo, merecen ser reconocidos. Por ejemplo, el profesor británico John Gardner ha presentado una crítica a las concepciones clásicas de la justificación y la excusa. Para este autor, la tendencia predominante entre los abogados penalistas es entender la falta como una prohibición *considerando todos los elementos*[12]. Como resultado, al existir una razón de

---

5 Es importante apuntar que el término *defences* se deriva de las tradiciones anglosajonas y no ha sido particularmente aceptado por los países neo-románicos. Más enfáticamente, este término fue rechazado en las negociaciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por las delegaciones de los países de la familia del *civil law.* Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional,* nota *supra 1.*

6 Nota en el original: Albin Eser, "'Defences' in War Crimes Trials", en Yoram Dinstein y Mala Tabory, (eds.), *War Crimes in International Law,* Países Bajos, Boston y Londres: Kluwer Law International, 1996, pág. 251.

7 Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court,* 3ra edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2007, pág. 226 [Traducción no oficial].

8 Véase, por ejemplo, Bantekas Ilias y Nash Susana, *International Criminal Law,* 3ra edición, Routledge-Cavendish Taylor & Francis Group, Londres-Nueva York, 2007, pág. 51-52.

9 Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* 2da edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2008, pág. 255.

10 *Ídem* [Traducción no oficial].

11 Véase, Bantekas Ilias y Nash Susana, *International Criminal Law*, nota *supra* 8.

12 El concepto de la falta *considerando todos los elementos* (o en inglés, "a wrongdoing *all things considered")*, significa que al establecerse la prohibición legal ya se han considerado todos los pros y contras respecto de

peso para justificar la conducta (como el homicidio en legítima defensa), ésta no se considera criminal sino que es en sí misma una negación de la falta[13]. Una postura contraria, de la cual el propio Gardner es expositor, sostiene que la falta será siempre *prima facie* una falta, con respecto a la cual podrá o no existir una causa de justificación. En otras palabras, desde esta perspectiva, la invocación de una justificación es distinta a la negación del crimen; el crimen efectivamente existe como realidad material, moral y jurídica, pero puede tener una justificación[14]. Estas diferencias teóricas tienen particular relevancia a la luz de lo que entendamos como el objetivo primario del derecho penal. Siguiendo aún la postura del profesor Gardner, el *objetivo primario* del derecho penal no es condenar, disuadir y penalizar la conducta criminal sino servir como "el vehículo para la identificación pública de las faltas (de conformidad con ciertos estándares de pruebas y procesales) y, en el caso de los agentes responsables cuyas faltas han sido identificadas, *responder* a las mismas al ofrecer justificaciones y excusas por haber cometido el crimen"[15]. Con estas bases filosóficas sobre el objetivo del derecho penal y la relación entre el crimen y la justificación, el propio profesor Gardner concluye que habrá situaciones en donde un crimen pueda estar justificado, sin que eso excluya la posibilidad de exigir al perpetrador del crimen una respuesta distinta a una pena privativa de la libertad. Entre ellas, por ejemplo, "el deber de mostrar su arrepentimiento, pedir disculpas, realizar una restitución o proveer una reparación, entre otras"[16].

Estas reflexiones son sólo una muestra del intenso debate intelectual e interpretativo que existe con respecto a las causas de justificación y a las excusas en el ámbito del derecho penal internacional. Dicho debate ha adquirido creciente importancia en las cortes internacionales y seguramente continuará siendo también materia de interpretación por parte de los órganos judiciales nacionales.

Con este telón de fondo, en este capítulo se presentan algunas decisiones latinoamericanas en las que se ha abordado el tema de las eximentes de responsabilidad respecto de crímenes de derecho internacional. Es importante mencionar que, para efectos de este estudio, se utilizará el término genérico "eximentes de responsabilidad", reconociendo, sin embargo, que existen importantes y profundas diferencias terminológicas y conceptuales a este respecto entre los países de la región. Es además importante precisar que, a diferencia de los capítulos precedentes, se ha optado, en éste, por estructurarlo siguiendo los criterios generales de los sistemas latinoamericanos y no la jurisprudencia o la normativa internacional. Siendo así, por ejemplo, se analizan por separado las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, en contraste con la aparente unión que en el derecho penal internacional se ha hecho de *necessity* y *duress*, como será explicado más adelante.

---

la perpetración de cierta conducta. Gardener, John, *Offences and defences: selected essays in the philosophy of criminal law*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2007.

13 *Ídem*.

14 *Ídem*.

15 *Ídem,* pág. 81 [Traducción no oficial]. El profesor Gardner advierte que identificar éste como el objetivo primario no significa que tenga mayor relevancia social que la condena, disuasión y penalización de la conducta, sino más bien que ésto depende de la realización de aquéllo.

16 *Ibídem*, pág. 82 [Traducción no oficial].

En término generales, este capítulo busca resaltar cómo las cortes y tribunales latinoamericanos, con base en las normas de sus propios sistemas legales, han analizado los elementos propios de cada una de las eximentes a la luz de la naturaleza especial de los crímenes internacionales e incluso de algunas normas y principios internacionales, para determinar su aplicación o no aplicación en estos casos[17].

1. ÓRDENES DEL SUPERIOR JERÁRQUICO

La obediencia debida a las órdenes del superior jerárquico (particularmente militar) es una circunstancia eximente de la responsabilidad ampliamente reconocida en los sistemas jurídicos latinoamericanos[18]. La regulación de la misma, sin embargo, puede variar significativamente de un sistema a otro. Así, por ejemplo, en México, ésta se entiende incorporada en las causas de exclusión del *error invencible de prohibición*[19]. Por su parte, el Código Penal colombiano reconoce expresamente como causa de justificación el obrar "en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales", aunque excluye explícitamente los crímenes de genocidio, desaparición forzada y tortura[20]. Otros códigos penales de la región que expresamente reconocen la obediencia debida como eximente de responsabilidad[21] son el argentino[22],

[17] Como ya se ha analizado en el Capítulo I del presente estudio, muchas de las prohibiciones que constituyen crímenes internacionales han adquirido carácter de normas de *ius cogens*. Este es un elemento de particular relevancia para la aplicación de cualquier circunstancia eximente de responsabilidad ya que, como lo ha reconocido la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el documento titulado *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,* "las circunstancias que excluyen la responsabilidad, [incluyendo el estado de necesidad y el consentimiento], no autorizan o excusan ninguna derogación de una norma imperativa de derecho internacional general". CDI, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, en *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II (Segunda Parte), pág. 85 [Traducción no oficial]. A pesar de que este artículo se refiere a la responsabilidad estatal, las normas han sido utilizadas por académicos, como el profesor Kai Ambos, a manera de referencia del desarrollo del derecho internacional en general. Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional,* nota *supra* 1.

[18] Adicionalmente, para un análisis más detallado de éste y otros temas particulares en algunos países de la región, véase, por ejemplo, Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer-Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Uruguay, 2003, y Ambos, Kai, *et. al.* (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,* Fundación Konrad Adenauer-Georg-August-Universität-Göttingen, Uruguay, 2006.

[19] Antes de la reforma de 1993, el ahora Código Penal Federal contenía una fracción que expresamente se refería a la obediencia al superior. Actualmente, como se menciona en el texto, los académicos entienden que esta excluyente se encuentra incorporada en el error de prohibición. Véase, por ejemplo, Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano,* 13ra edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

[20] Artículo 32.4 del Código Penal de la República de Colombia.

[21] Nótese, como se ha hecho en la introducción de este capítulo, que distintos sistemas han utilizado diferentes términos y conceptos para definir o clasificar aquellas instituciones jurídicas a las que en este estudio nos referiremos de manera genérica como circunstancias eximentes de responsabilidad.

[22] Artículo 34.5 del Código Penal argentino: "No son punibles: […] 5º. el que obrare en virtud de obediencia debida".

el peruano[23], el venezolano[24] y el uruguayo[25]. Evidentemente, estas breves referencias no son ni buscan ser exhaustivas sino meramente ilustrativas de la regulación regional sobre la materia.

A nivel internacional, la obediencia a las órdenes del superior jerárquico como eximente de responsabilidad, específicamente por la perpetración de crímenes internacionales, ha sido un tema de debate y constante análisis. Desde un punto de vista normativo, tanto en el estatuto del Tribunal Militar Internacional (Nüremberg) como en los estatutos de los tribunales penales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, la obediencia debida no se considera como eximente de responsabilidad, aunque sí puede presentarse como argumento para atenuar la pena[26]. Sin embargo, a pesar de la claridad de la regla introducida en estos instrumentos internacionales, según los estudios de académicos como el profesor Andreas Zimmermann, esta fórmula aún no ha cristalizado en una norma de derecho consuetudinario[27]. Más bien, explica el mismo profesor Zimmermann, parece existir un consenso entre la comunidad internacional que la obediencia debida sí constituye una eximente de responsabilidad, excepto "cuando la orden del superior sea manifiestamente ilícita o el subordinado esté en una posición para reconocer la ilegalidad de la orden[.] [En estas circunstancias] no se podrá depender en la defensa de obediencia a las órdenes del superior"[28].

Por su parte, el artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como la norma internacional más reciente en el tema, parece adoptar una posición intermedia: la premisa general efectivamente es la ***no procedencia*** de la obediencia debida como eximente de responsabilidad; ésta sólo se podrá alegar si se cumplen todos los requisitos expresamente enunciados en la norma, entre ellos, que la orden no sea manifiestamente ilícita[29]. Sin embargo, el mismo artículo explícitamente señala que las órdenes de cometer genocidio y crímenes de lesa

---

23 Artículo 20.9 del Código Penal peruano: "Está exento de responsabilidad penal: […] 9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones".

24 Artículo 65.2 del Código Penal venezolano: "No es punible […] 2. El que obra en virtud de obediencia legítima y debida. En este caso, si el hecho ejecutado constituye delito o falta, la pena correspondiente se le impondrá al que resultare haber dado la orden ilegal".

25 Artículo 29 del Código Penal uruguayo: "Obediencia al superior. Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto por obediencia debida. La obediencia se considera tal, cuando reúne las siguientes condiciones: a) Que la orden emane de una autoridad; b) Que dicha autoridad sea competente para darla; c) Que la gente tenga la obligación de cumplirla".

26 Véase el artículo 8 del estatuto del Tribunal Militar Internacional, así como los artículo 7.4 y 6.4 de los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, respectivamente. Éstos últimos, a la letra dicen: "El hecho que una persona acusada haya actuado de conformidad con una orden de un gobierno o de un superior no la eximirá de responsabilidad penal, pero podría ser considerada como un atenuante de la pena si el Tribunal Internacional determina que la justicia así lo requiere".

27 Zimmermann, Andreas, "Superior Orders", en Antonio Cassese, *et. al.,* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Volumen 1, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2002, págs. 957-975.

28 *Ídem,* pág. 965 [Traducción no oficial].

29 Artículo 33.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: "Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita".

humanidad siempre serán manifiestamente ilícitas[30], por lo que, en el mejor de los casos, este argumento sólo podrá alegarse como eximente para algunos crímenes de guerra.

En términos prácticos, tal como concluye el profesor Ambos en algunos de sus estudios sobre el tema, la obediencia debida nunca se ha aceptado como una eximente de responsabilidad *per se* en la jurisprudencia internacional, sino que siempre se ha aplicado en unión con otras, particularmente con el error[31]. Esta apreciación coincide con algunos de los estudios relativos a las normas de los sistemas nacionales, en los que se afirma que "[e]l deber de obediencia no se deriva de la existencia de un mandato vinculante, puesto que el inferior aún en ese caso no debe cumplirlo si la ilegalidad es notoria o está en conocimiento de tal circunstancia. La exclusión de responsabilidad del subordinado es consecuencia de una ignorancia de la antijuridicidad de su comportamiento, error que un mandato vinculatorio torna insuperable al impedirle inspeccionar la validez de la orden"[32].

A continuación se presentan extractos de algunas decisiones latinoamericanas en las que se aborda la cuestión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad. En primer término, se presentan decisiones que reconocen, de manera general, los presupuestos básicos de procedencia de una norma que efectivamente, cumplidos dichos requisitos, constituye una eximente de responsabilidad. A la luz de estas consideraciones, las dos secciones subsecuentes hacen mayor énfasis en las razones por las que la obediencia debida no podrá configurarse como circunstancia eximente de responsabilidad con respecto a crímenes internacionales. En coincidencia con las normas internacionales, las decisiones que se presentan hacen énfasis en la ilicitud manifiesta de la orden y en el conocimiento que de dicha ilicitud tenga el subordinado. Adicionalmente, la jurisprudencia latinoamericana parece también haber excluido la aplicación de esta eximente cuando se puede determinar que el autor material excedió de manera intencional las órdenes dadas. Por último, algunas decisiones hacen énfasis en determinados crímenes internacionales, con respecto a los cuales la obediencia debida nunca podrá ser admitida como eximente de responsabilidad.

A. Aspectos generales

Bolivia, *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y otros) (Relación de sentencias 2.a)*, Sección VII, Considerando:

> [L]a obediencia jerárquica, una verdadera causa de inculpabilidad y no de justificación, menos aún de inimputabilidad; es una auténtica eximente de la responsabilidad penal. Consistiendo ella en "la sujeción o subordinación a la voluntad del superior ejecutando sus órdenes", se halla sujeta, necesariamente para ser válida, a expresas e inequívocas condiciones señaladas por la ley. Basta no olvidar que así lo establece el art. 16, numeral 4) del vigente Código Penal, cuando a la letra dice: "(Obediencia jerárquica). La

[30] Artículo 33.2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: "A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas".

[31] Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional,* nota *supra* 1.

[32] Righi, Esteban, "Obediencia jerárquica", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, pág. 281.

obediencia jerárquica, siempre que la orden emane de una autoridad competente para darla; que el agente esté obligado a cumplirla y no sea contraria a la Constitución. En este caso, será punible el que dio la orden"-.

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 4.5:

> [L]a […] jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado que la exoneración penal por obediencia debida o cumplimiento de un deber ha de cumplir con algunos requisitos, que coinciden con los requisitos concurrentes del artículo 33 del Estatuto de Roma. Ellos son:
>
> > "La exoneración de responsabilidad, además de *no revelarse como manifiestamente antijurídica*, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, *debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público* entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de *emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor.* En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como *manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo*. En tercer lugar, se requiere que *el superior actúe dentro de su competencia*, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que *la orden esté revestida de las formalidades legales* [nota en el original omitida]".

B. Exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal

i. Órdenes manifiestamente ilícitas

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 4.5:

> [Esta] Corte ha interpretado la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso 2º del artículo 91 de la Constitución cuando la actuación se realiza en cumplimiento de órdenes superiores, en el sentido de *excluir la obediencia como causal de exoneración penal cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta puesto que causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible* [nota en el original omitida]. En efecto, sobre el particular sostuvo la Corte:
>
> > "El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente

> de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización [nota en el original omitida]".

Argentina, *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) (Relación de sentencias 1.e)*, Considerandos:

> La doctrina ha sostenido […] *"[en] los casos más graves de la ilegalidad de una orden […] [suelen] resultar evidentes ('manifiestos'). Así sucederá con las órdenes de cometer un homicidio o de inflingir torturas, o las de realizar delitos contra la honestidad, de cohecho, etc.* [nota en el original omitida]".
>
> Entre nosotros también se ha afirmado que *"El abuso del superior no obliga al inferior, al cual sólo le está vedado examinar la oportunidad o justificación de la orden legítima, pero no si ha de negarse a participar en un hecho delictuoso. La obediencia que se debe* perinde ac cadáver[33]*, incluso en el orden militar, es a las órdenes relativas al objeto propio de cada ordenamiento jurídico, pero se puede asegurar que ninguno de estos tiene por objeto mandatos delictuosos. La obediencia militar se debe a las* órdenes del servicio [nota en el original omitida]" [Itálicas y énfasis en el original].
>
> Sentados tales principios resulta patente que las órdenes recibidas por Simón eran manifiestamente ilegales y por ende, no sólo no debían cumplirlas, sino que estaba obligado a no hacerlo.
>
> Debe afirmarse aquí con el mayor énfasis que, en ningún caso puede validarse como legítimo un mandato que contenga la necesidad de privarle a otro ilegalmente de su libertad, de encerrarlo en centros clandestinos de detención bajo condiciones infrahumanas de vida, de someterlo a otros tormentos y de ocultarle el destino de sus hijos.

[33] Nota de edición: La expresión "perinde ac cadaver", en el contexto de esta sentencia, debe leerse como "*La obediencia que se debe* ***[incondicionalmente y sin oponer ninguna resistencia]****, incluso en el orden militar,* […]. La expresión fue utilizada por primera vez en el contexto de normas relativas a la obediencia debida al superior por Ignacio de Loyola, fundador de la orden religiosa denominada Compañía de Jesús, en el contexto de la obediencia que los miembros de dicha orden debían al superior de la misma. La frase implica una obediencia absoluta, "como la de un cadáver" que se deja llevar y hacer sin oponer ninguna resistencia. Textualmente, el párrafo correspondiente en las Constituciones de la Compañía de Jesús, dice: "cada uno de los que viven en obediencia se debe dexar llevar y regir de la divina Providencia por medio del Superior, como si fuese **un cuerpo muerto** [*perinde ac cadaver*], que se dexa llevar adondequiera y trattar comoquiera, o como un bastón de hombre viejo, que en donde quiera y en cualquier cosa que dél ayudarse querrá el que le tiene en la mano, sirve [ortografía original]. Constituciones de la Compañía de Jesús, Sexta Parte, "de lo que toca a los ya admitidos o incorporados en la Compaía cuanto a sí mesmos", Capítulo I, de lo que toca a la obediencia. No. [547].

> Una orden que lleve ínsita la obligación de cumplir tales conductas, no tiene la más mínima apariencia de legalidad desde que nadie puede ordenar, bajo ninguna situación la ejecución de hechos constitutivos de graves violaciones a elementales derechos humanos.
>
> Ni la baja graduación que ostentaba en la policía Simón, ni el sometimiento a la jerarquía militar, puede justificar su accionar. El procesado era personal de una fuerza de seguridad con bastante antigüedad, por lo que no puede admitirse como razonable que pudiera pensar que las acciones que se les reprochan constituían un acto de obediencia al que estaba obligado.
>
> [Más aún] la ilegalidad del método en el cual estuvo inmerso fue admitida por el propio Simón en declaraciones que formulara al programa televisivo "Telenoche investiga", del cual se cuenta con una versión en video casete que fue proyectada en la audiencia de debate, y donde al serle preguntado la razón por la cual se había empleado un método como el que nos ocupa dijo que pensaba que era "porque no se podía hacer en forma legal".

Guatemala, *Caso Masacre de Río Negro (Macario Alvarado Toj y otros) (Relación de sentencias 8.b)*, Fundamento Jurídico I:

> [P]ara que concurra la obediencia debida (como causa de inculpabilidad) se requieren ciertos requisitos, y el principal es que la legalidad [*sic*] del mandato no sea manifiesta.
>
> [E]n este caso es totalmente imposible configurar una obediencia debida, pues el hecho de que la defensa afirma que los sindicados recibieron un orden directa y expresa para cometer hechos delictivos[,] […] la defensa debió argumentar por qué esa orden era aparentemente legal, pues el hecho de asesinar a una considerable cantidad de personas indefensas, utilizando métodos sangrientos y crueles, no es un acto aparentemente legal, sino todo lo contrario es eminentemente, contundente y claramente ilegal, violatorio de un derecho humano sagrado como lo es la vida de las personas.

ii. La voluntad del autor inmediato va más allá de la orden

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerando 26:

> [A pesar de que sí recibió algunas órdenes previas] tampoco se ha acreditado que mediara alguna orden superior de trasladar a Sandoval hasta algún centro de detención clandestino y de aplicarle tormentos y menos aún de hacerlo desaparecer. De esta manera, a los militares, que en el caso en estudio también se aplica a los Carabineros […], les está impedido en el ejercicio de sus funciones o en el cumplimiento de órdenes de sus superiores, actuar en forma arbitraria, debiendo hacerlo con sujeción a la ley y a los reglamentos, por cuanto la autoridad y el poder establecidos por la ley lo son en beneficio social o institucional, y no de los militares en particular.

Guatemala, *Caso Masacre de Río Negro (Macario Alvarado Toj y otros) (Relación de sentencias 8.b)*, Alegatos y Fundamento Jurídico I.

> [De conformidad con los alegatos de la defensa] [e]n este caso se inobservó [la ley aplicable] porque había subordinación jerárquica entre los miembros del ejército y los imputados [miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil]. Las órdenes se dictaban dentro de las atribuciones de los castrenses, estaban revestidas de formalidades legales, aunque la [i]legalidad del mandato era manifiesta, no había opción de los acusados para actuar en diferente forma por el temor al resultado si no cumplían esas órdenes.
>
> [De conformidad con las pruebas presentadas] […] el tribunal sentenciador admitió que había organización militar no sólo porque los acusados fueron obligados a integrar las patrullas de auto defensa civil sino que porque actuaban bajo esas órdenes militares. Con esto queda[ría] acreditad[a] la obediencia debida.
>
> [Difiriendo de dicho criterio, a juicio de este tribunal] en este caso, quedó acreditado que los sicarios actuaban a discreción, es decir, por voluntad propia e independientemente de la coacción u orden del superior, pues como se indicó […] tenían facultades para escoger a sus víctimas **indefensas (niños y mujeres)**, a algunas mujeres las seleccionaban para violarlas, por lo que como se indicó, tuvieron un nivel de actuación independiente de las directrices del [ejército] […] por lo que también esos razonamientos valen para este motivo de fondo" [Énfasis en el original].

Adicionalmente, véase, Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 2*:*

> [N]o es posible argumentar la eximente de responsabilidad referida a la obediencia debida, prevista en el artículo 29 del Código Penal, pues ninguno de los enjuiciados actuaron en el marco de sus atribuciones funcionales estrictas.
>
> Tampoco consta en ninguna parte, que hayan recibido una orden de sus superiores jerárquicos para privar de libertad, torturar, trasladar y dar muerte a los detenidos.

C. La obediencia debida no es aplicable a determinados crímenes de derecho internacional

Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de "Aprobación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (Relación de sentencias 5.b)*, Considerando II.B:

> [La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que con respecto a la misma] no se admitirá como eximente la obediencia debida (Art. VIII) […]. Ni en [ésta], ni en otras disposiciones de la Convención, encuentra la Sala inconstitucionalidad alguna, dada la naturaleza y gravedad de los actos regulados, que imponen medidas en extremo rigurosas, como posible vía a la desaparición —y aquí vale el término— de este tipo de prácticas, que al parecer todavía subsisten en este Continente, no obstante el progreso hacia sistemas democráticos, que se ha experimentado en los últimos años".

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 4.5:

> En lo que respecta a la constitucionalidad de la exclusión de la obediencia debida del derecho constitucional interno, la Corte ha hecho eco a la aceptación por el Estado colombiano del consenso internacional sobre la materia:
>
> "Aparte de que *la obediencia debida absoluta y la exoneración incondicional de responsabilidad del militar subalterno, ha sido universalmente considerada en las prácticas, usos, costumbres y jurisprudencia como contraria al derecho internacional humanitario*, de manera específica, se han prohibido en varios tratados suscritos por Colombia […]. [Entre dichos tratados destacan] [l]a Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes […]. En relación con el delito internacional de genocidio, tampoco se ha admitido como válida la exculpación basada en la orden superior […]".
>
> "No siendo compatible con el derecho internacional humanitario, que un militar consciente de su acción, se escude en la orden del superior a fin de obtener la exoneración absoluta de su responsabilidad por las infracciones que cometa en relación con sus reglas y principios, la norma legal que la Corte examina y que incorpora dicha regla, claramente se opone a sus dictados, aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales [nota en el original omitida] [Énfasis añadido].

Argentina, *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) (Relación de sentencias 1.e)*, Considerandos:

> Ni aun cuando el procesado obrara en el convencimiento de estar actuando en una situación de guerra, podría encontrar justificativo su conducta, puesto que resulta por todos sabido que durante los conflictos armados existen normas, de derecho interno e internacional, vigentes al momento de los sucesos, sobre el trato a los detenidos que no podía soslayarse (artículos 18 y 23 de la Constitución Nacional; 3 y concordantes del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, Convenio IV).

2. MIEDO INSUPERABLE (*DURESS*)

Tanto en las normas nacionales como internacionales se ha reconocido que una persona puede quedar eximida de responsabilidad si se comprueba que actuó bajo coerción (por el término inglés *duress)* de un tercero. Esta eximente, equiparable con el miedo insuperable o miedo invencible, está también expresamente reconocida por algunos códigos penales de la región[34].

[34] Entre ellos, el artículo 10.9 del Código Penal chileno: "Están exentos de responsabilidad criminal: […] 9. El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable". Artículo 32.9. del Código Penal colombiano: "No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: […] 9. Se obre impulsado por miedo insuperable". Artículo 25.1 del Código Penal guatemalteco: "Son causas de inculpabilidad: […] 1o.

Para la mejor comprensión de este concepto resulta útil abordar algunas de las particularidades de su codificación y aplicación a nivel internacional. En primer lugar, según resaltan algunos académicos, en la práctica se ha tendido a mezclar *duress* (término utilizado en el derecho penal internacional) con la obediencia debida. Sin embargo, la naturaleza de cada una de éstas debe ser entendida en sus propias dimensiones. En el caso de la primera, la eximente resulta de la amenaza y la argumentable imposibilidad moral de actuar de otra forma; en cambio, en el segundo caso, la eximente deviene del error de prohibición con respecto a la orden recibida[35]. Más aún, a nivel internacional tampoco se ha diferenciado claramente entre *duress* y *necessity*, ésta ultima equiparable, en cierta medida, al estado de necesidad en los sistemas legales latinoamericanos. Al respecto, el profesor Ambos resalta que la primera se refiere "a la falta de libre albedrío u opciones frente a una amenaza inminente [nota en el original omitida], [en tanto que] la *necessity* se basa en la elección entre dos males con la decisión a favor del mal menor [nota en el original omitida]"[36].

Por otro lado, en cuanto a la jurisprudencia internacional, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha concluido que la coerción *(duress)* no puede constituir una eximente absoluta o completa, sino solamente un atenuante de la pena, al menos en el caso de asesinatos de personas inocentes como crímenes de lesa humanidad y guerra perpetrados por un soldado[37].

Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias". Artículo 20.7 del Código Penal peruano: "Está exento de responsabilidad penal: […] 7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor".

35 Véase, por ejemplo, Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* nota *supra* 9, y Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional,* nota *supra* 1.

36 Ambos, Kai, "Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility", en Antonio Cassese, *et. al.,* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Volumen 1, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2002, pág. 1036 [Traducción no oficial].

37 TPIY, *El Fiscal vs. Drazen Erdemovic*, Caso No. IT-96-22-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 7 de octubre de 1997, párr. 19. La mayoría de la sala se remitió a los argumento de los jueces McDonald y Vohrah en su opinión separada, como fundamento de la decisión. A continuación se transcribe la parte relevante de dicha opinión. TPIY, *El Fiscal vs. Drazen Erdemovic*, Caso No. IT-96-22-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 7 de octubre de 1997, Opinión Separada Conjunta del Juez McDonald y del Juez Vohrah, 7 de octubre de 1997, párrs. 55, 66, 72, 75, 88: Los jueces sostuvieron que "no puede encontrarse ninguna regla en el derecho internacional consuetudinario respecto a la disponibilidad o no disponibilidad de la coacción como defensa contra un cargo por el asesinato de seres humanos inocentes". En ausencia de una regla de derecho consuetudinario, los jueces examinaron "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas" y sostuvieron que existe "un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas de que una persona acusada es menos culpable y menos merecedora de una sanción plena cuando ejecuta ciertos actos prohibidos bajo coacción", el término "coacción" significa "amenazas inminentes a la vida de la persona acusada si ésta se rehúsa a cometer el delito". Sin embargo, los jueces sostuvieron que "[e]s claro, a partir de las diferentes posiciones de los principales sistemas legales del mundo, que no existe una regla concreta consistente que conteste la cuestión respecto a si la coacción es o no una defensa cuando se trata del asesinato de personas inocentes". Los jueces expresaron su preocupación de que, con respecto a los más horrendos crímenes conocidos por la humanidad, los principios de derecho a los que nosotros [el TPIY] damos crédito, hayan tenido el efecto normativo adecuado en los soldados que portan armas de destrucción y sobre los comandantes que los controlan en situaciones de conflicto armado", y concluyeron que "el derecho internacional [...] no puede admitir la coacción en casos que involucran la matanza de seres humanos inocentes a gran escala". Los jueces sostuvieron que la "coacción no puede permitirle una defensa completa a un soldado acusado de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, en el derecho internacional, que involucren la toma de vidas inocentes. Lo hacemos considerando la obligación que nos ha sido encomendada, bajo el Estatuto, de asegurar que el derecho internacional humanitario, que se ocupa de la

Esta decisión ha sido objeto de críticas por parte de algunos estudios académicos, en los que se resalta que la naturaleza misma de la coerción *(duress)* "considera que la persona acusada no tenía otra opción moral viable en el asunto"[38]. Es precisamente a la luz de este argumento que la siguiente decisión guatemalteca resulta particularmente interesante. En la misma, la Corte de Apelaciones parece centrarse en la determinación de si, a pesar de las circunstancias coercitivas, se puede concluir que los agentes actuaron con voluntad propia. Establecido esto se puede determinar que existían otras opciones morales y legales viables y, como conclusión, se rechaza el argumento del miedo invencible como eximente de responsabilidad.

Guatemala, *Caso Masacre de Río Negro (Macario Alvarado Toj y otros) (Relación de sentencias 8.b)*, Alegatos y Fundamento Jurídico I:

> [El tribunal de primera instancia] indicó que las patrullas tuvieron una participación directa y voluntaria, pero [de conformidad con el argumento de esta defensa, dicha participación] no fue voluntaria porque eran comandados por los militares bajo sanciones severas si no actuaban y no quedó acreditado que se organizaran de forma voluntaria[.] [A este respecto] incluso el tribunal dice que no se niega que hubo coacción del ejército nacional en contra de las comunidades del país para la formación de las patrullas de auto defensa civil, indicando que esto es un hecho histórico documentado ampliamente por la Comisión del Esclarecimiento Histórico, por lo tanto, quedó demostrado que los sindicados no actuaron con voluntad propia.
>
> [A criterio de este tribunal] […] para que haya miedo invencible no es posible que una persona tenga la facultad para decidir si comete o no determinado delito, como en el presente que quedó acreditado que los procesados como miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil *si tenían esas facultades amplias y discreciones es decir, obraban a voluntad,* pues incluso golpearon a las víctimas, se mofaban de ellas y violaron de forma selectiva a [mujeres] […]. Por las razones indicadas, consideramos que en el presente caso, no ocurre el miedo invencible en la conducta de los procesados, porque para que este [*sic*] concurra es necesario anular la voluntad del sujeto activo, lo cual no ocurre en este caso […]. En cuanto a que si fueron organizados en forma voluntaria o no, los miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil, es un hecho que no tienen mayor relevancia en el presente caso, pues ello no necesariamente implica que obedecían órdenes ciegamente por un "miedo invencible", lo esencial en el presente caso es la actuación de los procesados en los delitos por los cuales se les acusó […].

3. ESTADO DE NECESIDAD

En términos generales, los sistemas jurídicos latinoamericanos reconocen como una más de las eximentes de responsabilidad el actuar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosa o intencionalmente por el

protección de la humanidad, no sea demeritado en ningún momento" [Traducción no oficial].

38 Véase, Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, nota *supra* 7.

agente, de manera que se lesione otro bien de igual o menor valor al que se intenta proteger, y siempre que se cumpla con los demás requisitos establecidos por la ley aplicable[39].

En el marco del derecho penal internacional, como ya se ha mencionado, el concepto de "estado de necesidad" como eximente de responsabilidad aún no está claramente delimitado y diferenciado del concepto de *duress*[40]. Como resultado, a la fecha no ha habido un análisis que, para efectos de este estudio, resulte relevante por parte de los tribunales penales internacionales[41]. Por su parte, desde el ámbito académico, el profesor Cassese ha resaltado que el concepto de *necessity* "generalmente hablando, es un encabezado más amplio que *duress*. Designa *amenazas a la vida o a sufrir una lesión corporal severa*[42] *que emane de circunstancias objetivas* y no de otra persona"[43].

Claramente, estas interpretaciones corresponden a la tradición anglosajona, por lo que su utilidad para el desarrollo de la jurisprudencia latinoamericana resulta marginal. Como

[39] Véase, por ejemplo, el artículo 12 del Código Penal boliviano: "Está exento de responsabilidad el que para evitar una lesión a un bien jurídico propio o ajeno, no superable de otra manera, incurra en un tipo penal, cuando concurran los siguientes requisitos: 1. Que la lesión causada no sea mayor que la que se trata de evitar, tomando en cuenta, principalmente, la equivalencia en la calidad de los bienes jurídicos comprometidos; 2. Que la lesión que se evita sea inminente o actual, e importante; 3. Que la situación de necesidad no hubiera sido provocada intencionadamente por el sujeto; 4. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, la obligación de afrontar el peligro". Artículo 32.6 del Código Penal colombiano: "No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: […] 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión". Artículo 24.2 del Código Penal guatemalteco: "Son causas de justificación: […] 2. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes: a) Realidad del mal que se trate de evitar; b) Que el mal sea mayor que el que se causa para evitarlo; c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo". Artículo 27 del Código Penal salvadoreño: "No es responsable penalmente: […] 3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo". Artículo 15.V del Código Penal Federal mexicano: "El delito se excluye cuando: […] V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo". Artículo 20 del Código Penal peruano: "Está exento de responsabilidad penal: […] 4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro". Artículo 27 del Código Penal uruguayo: "Está exento de responsabilidad el que, para defender su vida, su integridad física, su libertad, su honra o su patrimonio, ataca alguno de estos derechos de los demás con tal que el mal causado sea igual o menor que el que tratare de evitar, que este no haya sido provocado por su conducta y que revista el doble carácter de inminente e inevitable". Artículo 65.4 del Código Penal venezolano: "No es punible: […] 4.- El que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo".

[40] Véase, Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional,* nota *supra* 1.

[41] Para un recuento sobre la forma en que los tribunales penales internacionales han utilizado los argumentos de *necessity* y *duress*, véase, por ejemplo, Ambos, Kai, "Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility", nota *supra* 36.

[42] Nota de edición: El término utilizado en el texto original en inglés es "threats to life and limb".

[43] Véase, Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, nota *supra* 9, pág. 281 [Traducción no oficial].

consecuencia, el análisis judicial que respecto a este tema puedan realizar las cortes regionales será crucial para reafirmar, en derecho nacional y tal vez internacional, los elementos propios del estado de necesidad como una circunstancia eximente de responsabilidad independiente y diferenciada. En este ejercicio jurisdiccional será fundamental que las cortes mantengan en mente la naturaleza específica de los crímenes internacionales, la importancia de los valores protegidos y la gravedad de las consecuencias sufridas por las víctimas. A la luz de estos debates, a continuación se presenta una decisión en donde la Corte Suprema peruana abordó, en alguna medida, el argumento del estado de necesidad en el marco del juicio de responsabilidad penal del ex Presidente Albero Fujimori, por la perpetración de crímenes calificados por la propia corte como de lesa humanidad.

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 681:

> [Durante los primeros meses de mil novecientos noventa y dos, en Perú] [n]o sólo no existía una situación de necesidad —los peligros o riesgos derivados de los ataques del terrorismo podían y debían ser enfrentados y vencidos en democracia—, sino que el peligro para la sociedad y el Estado que representaba el terrorismo era y podía ser evitado de otro modo —no cabía sacrificio tanto del Estado de Derecho ni de la libertad personal de los ciudadanos—, más aún si —como ha quedado demostrado— no existía el alegado equilibrio estratégico entre el Estado y las organizaciones terroristas. La acción que se realizó: destrucción de las instituciones constitucionales y privación de la libertad personal del agraviado —entre numerosas personas afectadas con motivo o a propósito del golpe de Estado—, no era necesaria, pues *existían otros medios menos lesivos para evitar el mal que amenazaba*. Además, no concurría un interés protegido -subsistencia del Estado constituido— que pueda estimarse esencialmente superior a la vigencia del régimen democrático y de las libertades que ése garantizaba. No se estaba, por consiguiente, frente a la salvaguarda de intereses legítimos —sin duda, la instauración de un régimen de emergencia, al margen y contra la Constitución, no constituye interés legítimo alguno—, y menos para vulnerar bienes jurídicos de máxima protección, como la libertad de inocentes ajenos por completo a la violencia terrorista, y declarar en esa medida la impunidad de conductas incompatibles con los postulados inspiradores del Estado de Derecho.
>
> La exigencia del castigo para quienes perpetraron el golpe de Estado está reconocida por la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, bajo cuya vigencia tuvo lugar, y por lo demás —es de insistir— ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional. Ello importa, desde el Derecho penal, consecuencias adicionales, siendo la más notoria la imposibilidad de alegar causas de atipicidad por falta de imputación objetiva, justificación o de inculpabilidad -adecuación social y consentimiento- que puedan eximir de sanción bajo el argumento de un supuesto peligro a la supervivencia del Estado, de su régimen político y de la sociedad por la acción terrorista o, en todo caso, bajo consideraciones ex post radicadas en la coyuntural aprobación ciudadana a esas acciones, que a final de cuentas implicaron la instauración de una dictadura […], inaceptables desde todo punto de vista [nota en el original omitida].

4. CONSENTIMIENTO

El consentimiento es una más de las circunstancias eximentes de responsabilidad reconocidas expresamente en la parte general de muchos códigos penales latinoamericanos[44]. En términos generales, denota la noción de que una persona no será responsable por un ilícito cuando su conducta ha sido consentida por la persona que legalmente puede disponer del bien jurídico afectado.

No obstante el reconocimiento generalizado de esta eximente en muchos sistemas nacionales, no existen precedentes internacionales, convenciones o judiciales, que expresamente se refieran al consentimiento como eximente de responsabilidad en el caso de crímenes de derecho internacional[45]. Dada esta ausencia de estándares internacionales, las cortes nacionales deberán ser particularmente cuidadosas cuando el consentimiento se argumente en casos de crímenes de derecho internacional.

Al respecto, resulta difícil, por no decir imposible, imaginar una situación hipotética que reúna los requisitos del consentimiento como eximente de responsabilidad cuando se trata de crímenes internacionales. Como se ha analizado en el Capítulo I de este estudio, muchos crímenes de este tipo han adquirido estatuto de norma de *ius cogens;* por ende, dada su propia naturaleza, no pueden aceptar ningún acuerdo en contrario[46]. Lo mismo se puede decir de los derechos fundamentales protegidos por muchas de las normas que consagran crímenes internacionales y que son irrenunciables. Por último, como lo sostiene el extracto de la sentencia que a continuación se presenta, otros bienes de naturaleza colectiva tampoco podrán ser disponibles por solo algunos de los titulares.

---

44 Véase, por ejemplo, el artículo 32 del Código Penal colombiano: "No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: […] 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo". Artículo 15 del Código Penal Federal mexicano: "El delito se excluye cuando: […] II. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) Que el bien jurídico sea disponible; b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo". Artículo 20 del Código Penal peruano: "Está exento de responsabilidad penal: […] 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición".

45 Para una referencia a criterios internacionales relacionados con el tema bajo análisis, podemos remitirnos a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en materia de responsabilidad estatal por actos ilícitos. En el documento titulado *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por ilícitos internacionales), la Comisión ha incluido el consentimiento como una de las circunstancias excluyente de la ilicitud: "Artículo 20. El consentimiento válido por parte de un Estado a la comisión de un acto dado por parte de otro Estado excluye la ilicitud de dicho hecho en relación al primer Estado, en la medida que el hecho permanezca dentro de los límites del consentimiento". CDI, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, en *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II (Segunda Parte). Como se ha dicho ya, a pesar de que este artículo se refiere a la responsabilidad estatal, las normas han sido utilizadas por académicos, como el profesor Kai Ambos, a manera de referencia del desarrollo del derecho internacional en general.

46 Véase, nota *supra* 17.

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 681:

> Los hechos que determinaron la ejecución del golpe de Estado, asimismo y pese a la alegación de la defensa, tampoco pueden estar comprendidos dentro del ámbito de eficacia del consentimiento (artículo 20°. 10 del Código Penal) [nota en el original omitida]. Cuando el tipo legal, como en este caso, protege un bien jurídico colectivo —en los delitos contra la colectividad—, que trasciende la voluntad de un individuo o grupo de individuos —la protección a la persona y sus bienes opera de manera indeterminada—, es evidente que el consentimiento de éste o éstos no excluye la tipicidad del acto [nota en el original omitida]; el bien jurídico no es disponible al dirigirse a la comunidad. Por otro lado, el consentimiento, de existir, debe ser prestado con anterioridad o al momento de la acción, nunca con posterioridad; en el caso del golpe de Estado, más allá de la relevancia que puedan tener las encuestas de opinión o el resultado de votaciones producidas tiempo después del hecho en cuestión, es claro que si el perjudicado hubiera manifestado su conformidad con lo sucedido, no hace sino perdonar al agente por lo que ha realizado, lo que de ninguna manera excluye la tipicidad [nota en el original omitida].

5. INMUNIDADES

Dentro de la literatura especializada en derecho penal internacional se ha examinado también el tema de las inmunidades bajo el título general de las circunstancias eximentes de la responsabilidad[47]. Éstas se derivan directamente de normas internacionales y constitucionales, y se regulan por otras reglas aplicables en el sistema jurídico de cada Estado.

Para comprender mejor el tema, es importante diferenciar entre dos tipos de inmunidades. En primer lugar, las llamadas inmunidades materiales o funcionales que son reconocidas a todos los funcionarios estatales en el desarrollo de sus labores y mandatos, independientemente del lugar en donde se realicen. El segundo tipo, conocidas como personales, se reconoce sólo a algunos funcionarios gubernamentales que desempeñan su cargo fuera del territorio estatal[48].

---

47 Véase, Cassese, Antonio, *International criminal law*, nota *supra* 9. Véase, también Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, nota *supra* 7, págs. 226-232. Véase también, Cassese, Antonio, *et. al.,* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Volumen 1, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2002, en donde el tema de "Official Capacity and Immunities" se incluye en el título general de "Defences", págs. 975-1003.

48 Véase, Gaeta, Paola, "Official Capacity and Immunities", en Antonio Cassese, *et. al.,* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Volumen 1, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2002, págs. 975-1003. Con mayor detalle, el profesor Cassese ha señalado que "[l]a primera categoría está basada en la noción de que los Estados deben respetar la organización interna de otros Estados y, por lo tanto, no deberán interferir en la estructura de los Estados extranjeros o la lealtad que un funcionario estatal le debe a su propio Estado. Por ende, ningún agente estatal será responsable ante otro Estado por actos que haya realizado en su capacidad oficial que, por lo tanto, deberán ser atribuidos a su Estado". En contraste, continúa el profesor Cassese, "[l]a segunda categoría se afirma en la necesidad de impedir que un Estado extranjero infrinja la prerrogativa soberana de otro Estado, o interfiera con las funciones estatales de un agente estatal bajo el pretexto de tratar con un acto exclusivamente privado (*ne impediatur legatio,* i.e. las

Con respecto a estas dos categorías, las inmunidades funcionales son las que pueden constituir eximentes de responsabilidad, y cubren actos oficiales *de iure* o *de facto*, cuyos efectos no cesan cuando se concluye el desempeño de las funciones[49]. Siendo esta la regla general, en el desarrollo actual del derecho internacional, las inmunidades funcionales no constituyen ya una eximente de responsabilidad absoluta por la comisión de crímenes internacionales[50]. El parte aguas en esta materia lo constituyó el Acuerdo de Londres, en virtud del cual se estableció el Tribunal Militar Internacional. En éste se declaró que los Jefes de Estado u otros altos funcionarios gubernamentales no estaban eximidos de responsabilidad internacional, ni estos cargos podrían considerarse como circunstancias atenuantes de la pena[51]. Este mismo principio fue recuperado en un número significativo de instrumentos internacionales incluyendo los Principios de Nüremberg[52] y por supuesto, los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional[53].

Sin embargo, en la práctica judicial nacional e internacional se ha planteado una pregunta adicional sobre la inmunidad frente a la jurisdicción penal por crímenes internacionales. Evidentemente, esta cuestión no se refiere ya a la inmunidad funcional como eximente de responsabilidad, sino a la inmunidad personal de la que puede gozar un funcionario frente a persecuciones penales en tanto que se encuentre en el ejercicio de su cargo[54]. Si bien esto no es estrictamente materia de este capítulo, bien vale mencionar brevemente que el criterio que parece prevalecer a la fecha es el sostenido por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la República Democrática del Congo contra Bélgica[55]. En la sentencia de dicho caso, la Corte hizo una diferencia entre distintos tipos de jurisdicciones y concluyó que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, los funcionarios estatales no gozan de inmunidad frente a la jurisdicción criminal: (i) de su propio Estado; (ii) de un tercer Estado, si su Estado renunció a la inmunidad; (iii) de un tercer Estado cuando concluya su cargo, por los crímenes cometidos antes y después

inmunidades se otorgan para evitar obstáculos en el cumplimiento de sus funciones diplomáticas)". Véase, Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, nota *supra* 9, pág. 303 [Traducción no oficial].

49 *Ídem.*

50 Gaeta, Paola, "Official Capacity and Immunities", nota *supra* 48.

51 Artículo 7 del Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1948, suscrito por y entre los gobiernos de Estados Unidos de América, la República de Francia, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

52 Principio III de los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en la Sentencia del Tribunal,* adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en *Year Book I.L.C.*, 1950, Vols. I y II.

53 Artículos 7 y 6 de los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, así como el artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

54 A este respecto es importante recordar lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia al enfatizar que "[...] la inmunidad frente a la jurisdicción de la que gozan los Ministros de Relaciones Exteriores en funciones no significa que éstos gocen de impunidad con respecto a cualquier crimen que puedan haber cometido, independientemente de su gravedad. Inmunidad frente a la jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos claramente separados. Mientras que la inmunidad jurisdiccional es de naturaleza procesal, la responsabilidad criminal es una cuestión de derecho sustantivo. La inmunidad jurisdiccional bien puede obstaculizar por un cierto periodo de tiempo la persecución de ciertas ofensas; esto no exonera de responsabilidad penal a la persona a la que se le aplica [la inmunidad jurisdiccional] (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002,* p. *3*, párr. 60 [cita oficial de la Corte Internacional de Justicia]) [Traducción no oficial].

55 *Ídem.*

de tener el cargo, o durante éste por actos realizados en su capacidad personal, y (iv) de una corte o tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre el caso[56].

En los siguientes párrafos se reproducen segmentos de algunas sentencias latinoamericanas en las que se abordan diversos temas relacionados con las inmunidades de funcionarios gubernamentales. La primera sección incluye decisiones en que se reconoce, de manera general, la existencia de normas nacionales e internacionales que establecen inmunidades funcionales y personales. En segundo lugar, se presenta una sentencia que es emblemática por su significado y demuestra la importancia y diferencia que puede existir a nivel interno para el enjuiciamiento de sus propios funcionarios, en este caso del ex Presidente de Perú, Alberto Fujimori. Por último, las decisiones de la tercera sección se refieren de forma general al tema de las inmunidades frente a jurisdicciones internacionales como la Corte Penal Internacional. Sin minimizar su relevancia, el análisis realizado en estas decisiones no es claro en diferenciar inmunidades funcionales y personales, con las consecuencias que ya se han mencionado en esta breve introducción.

A. Aspectos generales

Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Relación de sentencias 5.b),* Considerando XII:

> [D]entro de las prerrogativas otorgadas constitucionalmente a los miembros de los Supremos Poderes, por razón del cargo y de la función desempeñadas, se encuentra el denominado "fuero" o "privilegio constitucional" mejor conocido como inmunidad, que implica un obstáculo en el ejercicio de la acción penal cuando se intente contra esos funcionarios. Se trata de un criterio funcional, según el cual, por razones de interés político se protege la investidura del sujeto para garantizar la continuidad del servicio público y evitar interrupciones inoportunas que podrían causar mayores daños al interés público que las producidas por la investigación del hecho atribuido y además para garantizar la independencia y equilibrio entre Poderes del Estado frente a una eventual extralimitación judicial.

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 4.5:

> De conformidad con el principio de inmunidad de los jefes de Estado, en sentido estricto, tales funcionarios no pueden ser juzgados por las jurisdicciones nacionales de otros Estados. La regulación interna de este principio ha dado lugar a una gran variedad de tratamientos judiciales, que van desde la imposibilidad absoluta de ser juzgados, aún por sus propios Estados y su extensión a funcionarios distintos al Jefe de Estado o de Gobierno, hasta el reconocimiento de fueros especiales de juzgamiento que en principio impiden que cualquier otra jurisdicción distinta de la expresamente autorizada, los juzgue.

[56] *Ídem*, párr. 61. Para un análisis doctrinario sobre el tema, véase, por ejemplo, Gaeta, Paola, "Official Capacity and Immunities", nota *supra* 48.

B. El caso peruano: inmunidad del Jefe de Estado

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerandos 695 y 696:

> En el caso del imputado, en tanto en cuanto el delito se perpetró con motivo del desempeño de la función de Presidente de la República es de tener presente el artículo 210° de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, similar a lo estatuido en el artículo 117° de la Constitución de mil novecientos noventa y tres [nota en el original omitida], en cuya virtud durante su mandato o período sólo puede ser acusado por determinados ilícitos penales -los denominados delitos presidenciales-, listado en el que obviamente no se encuentran los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado.
>
> La referida norma constitucional, que es un supuesto de inmunidad, consagra un impedimento procesal o condición de procedibilidad justificada por la necesidad de garantizar un adecuado funcionamiento de la institución presidencial —apartándola de maquinaciones de índole política, como acotó en su día el constitucionalista TORIBIO ALAYZA Y PAZ SOLDÁN [nota en el original omitida]—, en virtud de la cual condiciona el inicio del proceso, la propia persecución penal, hasta que culmine el mandato presidencial: ese es su alcance material —es aplicable, por ende, el artículo 84° del Código Penal—[57].
>
> El comienzo del proceso penal está condicionado, en el caso de un Alto Funcionario Público como sería un Presidente de la República, primero, a la culminación o cesación del mandato presidencial; y, segundo, conforme al artículo 99° de la Constitución, a la resolución acusatoria del Congreso de contenido penal —artículo 100° de la *Lex Superior*—.

[57] Nota en el original: Nota 992. "La inmunidad presidencial, por tanto, es relativa y temporal; relativa en la medida que sólo debe orientarse a preservar el ejercicio de la Presidencia de la República, y temporal en la medida que sólo debe entenderse en el tiempo hasta el final del mandato presidencial, de suerte que no puede entenderse como un supuesto de impunidad, inaceptable en un Estado Constitucional [Conforme: Defensoría del Pueblo. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley número 290/2006-DP, del veintiuno de septiembre de dos mil seis, páginas 11 y 12]". Nota 993. "La doctrina penalista nacional, al parecer, es unánime al respecto. Desde BRAMONT ARIAS, siguiendo a HURTADO POZO y culminando con VILLAVICENCIO TERREROS, acotan que recién culminado el mandato presidencial queda expedita la acción para perseguir al ex Presidente por los otros delitos —no los presidenciales— que hubiera cometido durante el período presidencial, sin que el tiempo transcurrido pueda ser tenido en cuenta para los efectos de la prescripción [La Ley Penal Curso de Dogmática jurídica, Librería Mundial de R. Meza S. y Cía., Lima, 1950, página 249; Manual de Derecho Penal Parte General I, obra citada, página 342; Derecho Penal Parte General, obra citada, página 216]. Refiriéndose a la inmunidad presidencial consagrada en esa norma [el artículo 150° de la Constitución de 1933 tiene la misma lógica institucional], BRAMONT ARIAS en la obra antes anotada, dice lo siguiente: 'La inmunidad sólo quiere decir que la acción no le puede ser dirigida mientras dura en el cargo transitorio que desempeña. No puede alegarse prescripción de la acción penal. Las acciones no prescriben cuando están impedidas'".

C. Inaplicabilidad de inmunidades frente a la Corte Penal Internacional

Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Relación de sentencias 5.b),* Considerando XII:

> [E]stá claro que la "inmunidad" de que gozan los miembros de los Supremos Poderes, si bien constituye un obstáculo para el normal ejercicio de la acción penal en el nivel nacional, […] al estar sujetos éstos, como funcionarios públicos, al principio de legalidad, son responsables por los actos que realicen en el ejercicio del cargo —aún cuando sean de tipo penal— en la medida que son simples depositarios de la autoridad, no podría ser sobrevaluada al punto de que impida la actuación de un tribunal como la Corte Penal Internacional y por la naturaleza de los delitos previstos en el Estatuto. De tal manera, no se requiere esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa para iniciar sus procedimientos.

Véase, en contraste, Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de "Aprobación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (Relación de sentencias 5.b)*, Considerando II.B:

> La Convención [Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas] impone un compromiso para que este tipo de delitos [que incluye] […] [la no aplicabilidad de] privilegios, inmunidades o jurisdicciones especiales (Art. IX) […]. Aquí la Sala solo formularía la observación de que en cuanto a las "inmunidades", que de principio la Convención descarta y, diríamos, razonablemente, hay que excluir a aquellos funcionarios constitucionalmente cobijados por inmunidad, como serían los miembros de los Supremos Poderes (artículo 121 inciso 9° de la Constitución Política). Con esa sola observación, la previsión del Artículo IX de la Convención, es inobjetable[58].

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 6.1:

> Un importante acuerdo de los países que suscribieron el Estatuto de Roma lo constituye la irrelevancia del cargo oficial y la inmunidad que puede estar asociada al mismo para eximirse de responsabilidad por la comisión de cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, señalados en el artículo 5º. Establece el Estatuto de Roma lo siguiente:
>
> "Artículo 27. Improcedencia del cargo oficial
>
> 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento,

[58] Nota añadida al original: Nótese que esta decisión es de fecha significativamente anterior a la determinación de la constitucionalidad del proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" y que, evidentemente, la hipótesis normativa varía, pues no se está frente a una posible entrega a la Corte Penal Internacional.

representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. 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."

El citado precepto excluye lo que en estricto sentido sería una defensa. La norma refiere no solo a la inmunidad en sentido estricto sino a cualquier defensa derivada del cargo oficial, como la inviolabilidad parlamentaria o la existencia de un fuero especial. Con él se asegura que ni los altos funcionarios públicos dentro de un Estado —por ejemplo un Jefe de Estado o de Gobierno, un miembro del gobierno o un parlamentario—, cualquiera que sea su nivel y jerarquía, queden a salvo de la instrucción y del juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional cuando incurren en una de las conductas estipuladas en el Estatuto. Se ha optado por colocar el valor de los bienes jurídicos de interés para toda la humanidad protegidos en el Estatuto por encima de la protección a la investidura de los mandatarios. *Se trata aquí de un cambio de enorme significación: los derechos humanos ocupan un claro lugar de precedencia sobre los principios de inmunidad de los Jefes de Estado, de Gobierno y de otros altos funcionarios del Estado reconocidos por el derecho internacional* [nota en el original omitida] y por el derecho interno de los Estados, con lo que se ratifica la tendencia en este sentido presente en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Convención de Genocidio, los Principios de Nüremberg, los Estatutos de los Tribunales ad hoc y el Código de Crímenes contra la Paz. La inmunidad penal del poder ha cedido, no sin resistencia, dadas las reformas constitucionales que ciertos países como Francia tuvieron que adelantar para exceptuar el principio de inmunidad del primer mandatario [nota en el original omitida], frente a la importancia y a la necesidad de protección de la dignidad de la vida humana [Énfasis añadido].

El artículo 27 del Estatuto, como se anotó, emplea la expresión inmunidades en un sentido amplio para referirse tanto a los jefes de Estado y de gobierno como a otros altos funcionarios estatales, cobijados bien sea por inmunidades en sentido estricto, como por fueros especiales o reglas de inviolabilidad, reconocidas en los distintos ordenamientos internos. Si bien la norma no tiene el alcance de eliminar la inmunidad, inviolabilidad o fuero que pudieran derivarse de ciertos cargos públicos en el ámbito nacional, ésta no inhibe la competencia de la Corte Penal Internacional, no exime de la responsabilidad penal ni puede fungir de causal para la reducción de la pena.

El artículo 27 del Estatuto de Roma viene así a recoger importantes antecedentes de derecho internacional, como los casos del juzgamiento de Augusto Pinochet o del Tribunal *ad hoc* para Yugoslavia [nota en el original omitida].

CAPÍTULO IV
LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Un estudio sobre la jurisprudencia nacional en materia de crímenes internacionales no puede pasar por alto aquellas decisiones en que las cortes y tribunales de la región se han referido a una de las características más críticas del sistema de derecho penal internacional: la interrelación y dinámica que existe entre las normas internacionales y nacionales, así como la obligación de adaptar el sistema jurídico doméstico a las primeras.

Sin duda alguna, actualmente la persecución de crímenes de derecho internacional depende directamente de la eficacia de los sistemas jurídicos nacionales para poder investigar, enjuiciar y, en su caso, sancionar a los responsables de los mismos. Aquéllos son, en palabras del profesor Hugo Relva, "las verdaderas piedras angulares [en las que] recae el sistema de justicia penal internacional"[1].

En este contexto, el trabajo de aplicación, integración e interpretación que realicen las cortes y tribunales nacionales será esencial para satisfacer las necesidades de la persecución penal de crímenes y colectividades delictivas que se distinguen por sus complejidades. Sin embargo, en muchos casos la labor judicial no será suficiente para suplir deficiencias estructurales de los sistemas jurídicos domésticos. Como se menciona en otros capítulos de este mismo estudio, la definición de los crímenes internacionales se establece en normas de dicha naturaleza que aún no tienen un equivalente en todos los sistemas nacionales. Más aún, en términos generales, estos últimos no han sido diseñados para responder específicamente a las particularidades de las estructuras de criminalidad colectiva inherentes a la comisión de los crímenes internacionales, y no contemplan aún todas las normas relativas al régimen jurídico al que dichos crímenes deben estar sujetos[2].

De las situaciones descritas devienen al menos dos consecuencias: (i) las cortes deberán dedicar una parte importante de su labor interpretativa a la integración de normas internacionales y nacionales, y (ii) los demás poderes y órganos gubernamentales deberán, de conformidad con los procesos previstos en cada país, adoptar todas las medidas legislativas y de otra naturaleza necesarias para adaptar su sistema jurídico a los estándares internacionales relevantes para el procesamiento de este tipo específico de crímenes. Este segundo proceso, de implementación, es una obligación que se establece explícitamente en el texto de algunos tratados[3], como se detalla en la jurisprudencia latinoamericana, o que bien se deriva de las necesidades implícitas del sistema de justicia penal internacional[4].

---

1 Relva, Hugo, "The Implementation of the Rome Statute in Latin American States", en *16 Leiden Journal of International Law 331,* 2003, pág. 332 [Traducción no oficial].

2 Véase, nota *infra* 45. Véase también el *Capítulo VI. Decisiones estatales que obstaculizan la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, sanción de crímenes de derecho internacional,* de este mismo digesto.

3 Véase, notas *infra* 12-14 a 18.

4 Véase el cuerpo de texto correspondiente a las notas *infra* 16 y 17.

Estudios académicos en el tema han concluido que existen diversas fórmulas para la implementación de los tratados y estándares internacionales a nivel nacional[5]. Sin importar la fórmula que se elija, lo importante será que los Estados latinoamericanos efectivamente adopten la legislación requerida a fin de estar en posibilidades fácticas y jurídicas para enjuiciar a los perpetradores de crímenes internacionales. Lo anterior, ya que la implementación no sólo es una obligación sino también una exigencia jurídica derivada de la propia naturaleza, características y principios fundamentales de los sistemas penales. Como lo ha apuntado el profesor Relva:

> En los países latinoamericanos, que son países neo-románicos *(civil law countries)*, cada vez que un tratado que reconoce derechos de los individuos es ratificado, el disfrute de dichos derechos es inmediatamente reconocido sin la necesidad de adoptarlos a la legislación doméstica: una legislación subsecuente que implemente la provisión del tratado o convención no es necesaria. Sin embargo, si en lugar de reconocer derechos el tratado prohíbe ciertas conductas e impone a los Estados parte la obligación de prevenirlas y sancionarlas, no se puede afirmar que dichas conductas son punibles bajo la legislación doméstica a menos que se haya adoptado expresamente una regla de derecho subsecuente que las penalice. La conducta prohibida debe estar específicamente definida y se debe establecer una pena particular y determinada antes de poder ser considerada como un crimen[6].

---

[5] En términos generales, dicha implementación se podrá realizar mediante una *remisión o referencia* al tratado en particular o mediante un proceso de *codificación*, sea con la adopción de leyes especiales, con la modificación de códigos existentes o con la derogación de leyes que van en contravía de los principios y reglas establecidos en los tratados internacionales. Véase, Ambos, Kai, *et. al.* (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,* Fundación Konrad Adenauer-Georg-August-Universität-Göttingen, Uruguay, 2006, pág. 19, así como Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law,* TMC Asser Press, Países Bajos, 2005, pág. 76. Como ejemplo de implementación por remisión en Latinoamérica, véanse los artículos 378 y 379 del Código Penal de Costa Rica: "Artículo 378. Crímenes de guerra. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar actos que puedan calificarse como violaciones graves o crímenes de guerra, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los que Costa Rica sea parte, relativos a la conducción de las hostilidades, la protección de heridos, enfermos y náufragos, el trato a los prisioneros de guerra, la protección de las personas civiles y la protección de los bienes culturales, en casos de conflictos armados, y según cualesquier otro instrumento del Derecho Internacional Humanitario". "Artículo 379. Crímenes de lesa humanidad. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma".

[6] El mismo profesor Relva continúa: "[P]ara la gran mayoría de los Estados de la tradición neo-románicos y, en particular […] para los Estados latinoamericanos el principio [de legalidad] siempre involucra la adopción de legislación doméstica que criminalice dichas conductas y [establezca] penalidades específicas. […] Si la tortura, desaparición forzada o un crimen de guerra no es clasificado como crimen por la legislación doméstica de un Estado, no será posible forzar a la persona presuntamente responsable por dichos crímenes a aparecer en corte. Esto es verdad a pesar de que los Estados sean partes de tratados que requieren el castigo de estas conductas, y sin importar el rango que los tratados tengan en la jerarquía constitucional". Relva, Hugo, "The Implementation of the Rome Statute in Latin American States", nota s*upra* 1, pág. 333 [Traducción no oficial]. Para estudios similares, véase, por ejemplo, Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos,* Oxford University Press, México, 2002.

Aquí se entrevé otro de los temas que han resultado más debatidos en la jurisprudencia y doctrina respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales: el principio de legalidad en el ámbito penal. Mucho se ha argumentado por parte de litigantes y doctrinarios que las definiciones internacionales de estos crímenes no cumplen con el principio de legalidad, dado que, entre otros aspectos, son vagas y abiertas y pretenden ser aplicadas a hechos ocurridos antes de la adopción de los tipos penales respectivos[7].

En este capítulo se presentarán algunas de las decisiones latinoamericanas más importantes en la materia, por lo que no se entrará en este momento al análisis más detallado del problema. Sin embargo, como introducción al mismo es importante reconocer, como lo hace el profesor M. Cherif Bassiouni, que "hay una importante presunción que subyace lo que se puede identificar como deficiencias en la especificidad del contenido, estilo de redacción y metodología legal en la formulación de los crímenes internacionales, y es la presunción de que estos crímenes serán sancionados mediante los sistemas naciones de justicia […]. Dicha presunción se basa [asimismo] en el conocimiento, [certidumbre,] que los órganos legislativos nacionales adoptarán la legislación doméstica [adecuada]"[8]. Con esta afirmación, el profesor Bassiouni enfatiza una vez más la profunda e innegable conexión que existe entre la posibilidad factico-jurídica de los sistemas de justicia para investigar, enjuiciar y sancionar estos crímenes, y la actuación legislativa que se asume como un presupuesto necesario tanto a nivel nacional como internacional.

Más aún, de lo anterior resulta un complejo proceso de elecciones legales que afectarán directamente la posibilidad del Estado para perseguir crímenes internacionales, y en las que todos los actores estatales tienen un rol que cumplir. Como lo ha resaltado el profesor Ferdinandusse, "[a] nivel nacional, [las] opciones [para perseguir los crímenes internacionales] son decididas, primero, por el legislativo y ejecutivo cuando definen el marco jurídico nacional, segundo, por las autoridades fiscales [o del ministerio público] cuando seleccionan las bases legales para la acusación y, tercero, por las cortes cuando deciden si confirman o no los cargos. [Así], [l]as decisiones de los poderes legislativo y ejecutivo determinan en gran parte las posibilidades del fiscal o ministerio público, en tanto que las cortes están restringidas por las decisiones de todos estos actores"[9]. No sólo tendrá que haber, entonces, un proceso de implementación, sino que el legislativo y el ejecutivo deberán realizar un proceso de alta calidad que dote al sistema legal de las normas requeridas.

La incuestionable obligación de implementar no implica, sin embargo, que eventualmente no se pueda optar por la aplicación de normas propias y preexistentes en los sistemas nacionales. Esto, por ejemplo, cuando exista un tipo penal doméstico que contenga todos los elementos de la definición internacional pero amplíe el ámbito de protección[10], o cuando en ausencia de legislación

---

7 Para un estudio integral del principio de legalidad en derecho internacional y derecho comparado, con respecto a la persecución de crímenes internacionales, véase, Gallant, Kenneth S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law,* Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2009.

8 Bassiouni, M. Cherif, "The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework", en Bassiouni, M. Cherif (ed.), *International Criminal Law. Crimes,* Volumen I, 2da. edición, Transnational Publisher, Inc., Nueva York, 1999, pág. 5 [Traducción no oficial].

9 Ferdinandusse, Ward N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts,* TMC Asser Press, Países Bajos, 2006, pág. 89 [Traducción no oficial].

10 Sobre la posibilidad de adoptar tipos penales que amplían los estándares internacionales de protección, sea por la integración de otras normas internacionales, o por consensos político-jurídicos a nivel nacional, véase, notas *infra* 39-41.

de implementación se enjuicie con base en un delito ordinario. Aún en este caso, no se podrá dejar de observar la naturaleza específica y la gravedad extraordinaria de los crímenes internacionales, así como el régimen que a ellos corresponde. Como consecuencia, se podría llegar a un proceso de subsunción de delitos comunes en normas internacionales, tal como se analizará más adelante.

Con base en estos breves apuntes, en este capítulo se presentan los criterios sostenidos por diversas cortes latinoamericanas con respecto a estos tres temas, *i.e.* implementación de las normas de derecho penal internacional en el sistema nacional, principio de legalidad y crímenes internacionales, y subsunción de la conducta en normas nacionales e internacionales. La jurisprudencia nacional en estas materias es de particular relevancia al no tener realmente un paralelo en la jurisprudencia internacional[11]. Es en estas decisiones en donde se alcanza a apreciar la imperante necesidad de adaptar los sistemas nacionales, respetando sus fundamentos, principios y naturaleza, a las normas internacionales. Esta adaptación permitirá el efectivo procesamiento de aquellas personas acusadas de la perpetración de los crímenes más graves para la humanidad.

1. LOS ESTADOS TIENEN LA OBLIGACIÓN DE LEGISLAR EN MATERIA DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

Como se ha apuntado brevemente, los Estados latinoamericanos tienen la obligación explícita o implícita de adoptar todas las medidas legislativas necesarias para adecuar su sistema nacional a los tratados internacionales de los que son parte. Entre el primer tipo, aquéllos que imponen la obligación explícitamente, destacan la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[12],

[11] Evidentemente, tanto los tribunales penales internacionales como las cortes regionales de derechos humanos han tenido que enfrentar en diversas ocasiones cuestiones relacionadas con el principio de legalidad y la persecución de crímenes que, de conformidad con los acusados y peticionarios, no constituían ofensas de conformidad con el derecho nacional aplicable al momento. Entre otros, véase, Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el Enjuiciamiento de los Mayores Criminales de Guerra Alemanes, Nüremberg, 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946; TPIY, *El Fiscal vs. Tihomir Blaskic*, Caso No. IT-95-14-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 29 de julio de 2004, párr. 141 y siguientes; TPIY, *El Fiscal vs. Stanislav Galic*, Caso No. IT-98-29-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 5 de diciembre de 2003, párrs. 92 y 93; TPIY, *El Fiscal vs. Milorad Krnojelac*, Caso No. IT-97-25-A, Sala de Apelaciones, Sentencia de 17 de septiembre de 2003, párr. 220; Corte EDH, *Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany*, App No. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, 2001; Corte EDH, *Kononov vs. Latvia*, App No. 36376/04, 2008; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, párr. 121; Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69, párr.157; Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C, No. 115, párr. 79 y siguientes; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111, párr. 174; Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, No. 119, párr. 125. Si bien éstas y otras sentencias son de relevancia para el estudio del principio de legalidad en la persecución de crímenes internacionales (o en algunos casos de delitos ordinarios), la riqueza particular de las decisiones latinoamericanas deviene de la interpretación que las ***cortes nacionales*** hacen de dicho principio conforme a la tradición jurídica neo-románica-germánica a la que pertenecen la mayoría de los países de la región.

[12] Artículo V de la a Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada el 9 de diciembre de 1948, entró en vigor el 12 de enero de 1951.

los cuatro Convenio de Ginebra de 1949[13] y el Protocolo I Adicional a dichos convenios[14].

Por su parte, en el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[15], el cual representa el más reciente impulso en materia de implementación, existe un deber implícito a cargo de los Estados parte de adecuar su legislación interna. Como ha resaltado el profesor Relva, "[d]ebido a la naturaleza complementaria atribuida a [dicha corte] [nota en el original omitida] […] es la obligación primaria de los Estados enjuiciar a las personas responsables por la comisión de los crímenes de derecho internacional definidos en el Estatuto. Por ende, se puede concluir que, a fin de cumplir con esta obligación, los Estados parte [de dicho tratado] deberán adoptar la legislación necesaria"[16]. En una interpretación sutilmente distinta, el profesor Gerhard Werle ha afirmado que si bien no existe obligación de implementar directamente el Estatuto, pues se deja a los Estados parte la potestad y autonomía para decidir las fórmulas normativas que consideren más convenientes, "[e]l mensaje del Estatuto […] con respecto a la calidad de la legislación doméstica es que los Estados deben tener la voluntad *así como* estar en posibilidades (mediante su legislación doméstica) de enjuiciar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en una capacidad similar a la de la Corte Penal Internacional"[17].

De manera adicional a los tratados antes mencionados, la propia jurisprudencia latinoamericana también ha hecho referencia a la obligación de implementar contenida en muchos instrumentos internacionales de derechos humanos[18]. Como se ha mencionado en capítulos previos, si bien estos tratados no se refieren directamente a ninguno de los tres crímenes internacionales so-

---

13 Artículo 49 del Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; artículo 50 del Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; artículo 129 del Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y artículo 146 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos fueron aprobados el 12 de agosto de 1949 y entraron en vigor el 21 de octubre de 1950.

14 Artículo 80 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977.

15 A la fecha de conclusión de este estudio, trece de los quince países incluidos en éste habían ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Venezuela, el 7 de junio de 2000; Costa Rica, el 30 de enero de 2001; Argentina, el 8 de febrero de 2001; Paraguay, el 14 de mayo de 2001; Perú, el 10 de noviembre de 2001; Ecuador, el 5 de febrero de 2002; Panamá, el 21 de marzo de 2002; Bolivia, el 27 de junio de 2002; Uruguay, el 28 de junio de 2002; Honduras, el 1 de julio de 2002; Colombia, el 5 de agosto de 2002; México, el 28 de octubre de 2005, y Chile, el 29 de junio de 2009.

16 Relva, Hugo, "The Implementation of the Rome Statute in Latin American States", nota *supra* 1, pág. 338 [Traducción no oficial].

17 Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law,* nota *supra* 5, pág. 75 [Traducción no oficial].

18 Entre las disposiciones convencionales que establecen la obligación de implementar, resaltan el artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984, que entró en vigor el 26 de junio de 1987; el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985, que entró en vigor el 28 de febrero de 1987; el artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994, que entró en vigor el 28 de marzo de 1996, y el artículo IV de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid,* adoptada el 30 de noviembre de 1973, que entró en vigor el 18 de julio de 1976. Adicionalmente, véase el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, y el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978.

bre los que versa este estudio, los bienes jurídicos tutelados por los mismos muchas veces coinciden con los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es importante enfatizar que los Estados tienen la obligación de implementar todos estos tratados, adoptando las fórmulas que permitan una mejor protección a nivel interno[19]. Por lo tanto, no será suficiente con implementar los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma, dejando de lado, por ejemplo, otros tratados humanitarios que establecen crímenes de guerra[20]. De la misma forma, en un proceso integral de implementación será importante adaptar el sistema jurídico nacional a otras normas relevantes, incluyendo aquéllas que establecen las bases de cooperación con la propia Corte Penal Internacional[21] y con otros Estados[22], así como las que se refieren al régimen jurídico particular al que están sujetos este tipo de crímenes.

En las siguientes secciones se transcriben extractos de decisiones latinoamericanas en las que las cortes de la región han enfatizado la obligación a cargo de los Estados de implementar los tratados relevantes. En este contexto, las cortes reconocen la libertad legislativa de la que gozan los legisladores para determinar, de acuerdo con la política criminal del Estado, las fórmulas que consideren más adecuadas para estos fines. No obstante lo anterior, en coincidencia con estudios académicos en la materia[23], las cortes también han concluido que la potestad legislativa en materia de crímenes internacionales tiene límites claros en los principios y valores constitucionales, los

19 A este respecto, véase la posición adoptada por algunas cortes latinoamericanas respecto, por ejemplo, del crimen de genocidio y de la tortura. *"Genocidio y grupos políticos" y "Los mínimos de protección establecidos por el derecho internacional pueden ser ampliados por tipos penales en derecho nacional"*, secciones I.2.B.ii.a y IV.2.D, respectivamente, en este mismo digesto.

20 A este respecto, Hugo Relva ha enfatizado que "[l]a legislación doméstica debe ser enteramente consistente no sólo con el Estatuto de Roma –el cual establece estándares mínimos– pero también con otras, más estrictas, obligaciones impuestas por otras normas de derecho internacional general. Por ejemplo, otros convenios internacionales o costumbre puede imponer la obligación de criminalizar conductas no previstas en el Estatuto, cuyo largo enlistado de crímenes de derecho internacional no es de forma alguna exhaustivo". Relva, Hugo, "The Implementation of the Rome Statute in Latin American States", nota *supra* 1, pág. 338 [Traducción no oficial]. En esta hipótesis se ubica, por ejemplo el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, el cual criminaliza ciertas conductas no cubiertas por el artículo 8 del Estatuto de Roma. Otro ejemplo de normas internacionales que brindan una protección mayor a determinados individuos es, por ejemplo, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado el 25 de mayo de 2000, que entró en vigor el 12 de febrero de 2002. Dicho instrumento prohíbe la participación de niños menores de 18 años en las hostilidades, en contraste con el Estatuto, en que la edad se ha fijado en los 15 años.

21 Véase, Parte IX del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Asimismo, con respecto a algunas experiencias prácticas respecto a la implementación de normas sobre cooperación en Alemania y algunos países de América Latina, véase, entre otros, Ambos, Kai, *et. al.* (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,* nota *supra* 5.

22 Como en otros temas, los Estados tendrán la flexibilidad para identificar las fórmulas de cooperación más convenientes de conformidad con sus propios sistemas jurídicos. Sin embargo, algunas normas básicas, como aquellas relacionadas con la extradición de personas acusadas por la comisión de estos crímenes, deben estar previstas en el sistema nacional. De manera adicional, en el marco de las Naciones Unidas se han adoptado los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, los que pueden ser una guía útil para la adecuación de normas en materia de cooperación internacional. Dichos principios fueron adoptados mediante la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General el 3 de diciembre de 1973.

23 Véase, por ejemplo, Ferdinandusse, Ward N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts,* nota *supra* 9.

propios tratados internacionales de derechos humanos y los principios generales del derecho, como el de no discriminación.

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Décimo Segundo:

> [En virtud del artículo] V […] de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio […], las partes contratantes, se comprometieron a adoptar con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la propia Convención, especialmente a establecer sanciones penales específicas para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerando 34:

> [El Tercer Convenio de Ginebra de 1949] consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 1.3:

> Los Estados, entre ellos el Estado colombiano, tienen la obligación primordial de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario. A nivel internacional, esta obligación se deriva de fuentes convencionales y consuetudinarias, y forma parte del deber general de los Estados de respetar el Derecho Internacional y honrar sus obligaciones internacionales. A nivel constitucional, esta obligación encuentra su fuente en diversos artículos de la Carta Política.
>
> Diversas instancias internacionales han afirmado el carácter vinculante del Derecho Internacional Humanitario y han llamado urgentemente a los Estados a que cumplan y hagan cumplir sus obligaciones en este ámbito. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por ejemplo, en la Resolución 1674 del 28 de abril de 2006 […] ha llamado a los Estados a "adoptar medidas apropiadas de orden legislativo, judicial y administrativo para cumplir las obligaciones que les imponen estos instrumentos". […] La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos también ha exigido en varias resoluciones a los Estados Parte que cumplan con su obligación de promover, respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. Así [por ejemplo] en la Resolución 2226 (XXXVI-O/06) de 2006, la Asamblea General […] subraya "la necesidad de fortalecer las normas del derecho internacional humanitario, mediante su aceptación universal, su más amplia difusión y la adopción de medidas nacionales de aplicación"; […] (h) insta "a los Estados Miembros a que adecuen su legislación penal, a fin de cumplir con sus

> obligaciones legales, de acuerdo a lo dispuesto por los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977 en cuanto a la tipificación de los crímenes de guerra, la jurisdicción universal y la responsabilidad del superior"; e (i) invita "a los Estados Miembros que son Parte en el Estatuto de Roma […] a tipificar en su legislación penal los crímenes de su competencia".

Con respecto a la obligación de establecer tipos penales que protejan derechos fundamentales, los cuales pueden identificarse con los bienes jurídicos tutelados por los crímenes de lesa humanidad, véase, por ejemplo, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por María Emilia Villegas Namuche (Relación de sentencias 13.b),* Considerando 10:

> Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente […]. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos.

Con respecto al delito de desaparición forzada de personas, véase, Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de "Aprobación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (Relación de sentencias 5.b)*, Considerando II.B:

> [La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas] […] impone al Estado costarricense, a través de su Asamblea Legislativa, el deber de legislar para crear el DELITO DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS, en base a un texto inicial que se formula, pero que podría ser mejorado en algún extremo, tomando en cuenta circunstancias de tiempo y lugar, no siempre idénticas en los distintos países. Es importante para la Sala, señalar que no por entenderse que Costa Rica es un país de tradición civilista, pluralista o tolerante, pueda estar exento de las conductas que el Convenio trata de regular y reprimir.

Venezuela, *Recurso de revisión (Caso Marco Antonio Monasterios Pérez) (Casimiro José Yánez) (Relación de sentencias 15.b),* Consideraciones IV.1:

> [El artículo] constitucional [que prohíbe a las autoridades públicas practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas] fue incorporad[o] en el Texto Fundamental en virtud de que el Estado venezolano suscribió y ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas […]. Además, cabe acotar que Venezuela suscribió y ratificó, igualmente, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1992.
>
> En efecto, en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estado Venezolano —como lo señala el artículo I—, se compromete a sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de des-

aparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, y, además, a tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en dicha Convención.

A. Actuación legislativa en la elaboración de la ley penal

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h),* Considerando 5:

> La Corte ha sido enfática en reconocer que para la definición de la política criminal del Estado y, en particular, en materia penal para la configuración de las conductas punibles, el órgano legislativo tiene una competencia amplia y exclusiva que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular.
>
> Esta circunstancia, permite que el legislador adopte distintas estrategias de política criminal, siempre que la alternativa aprobada, además de ser legítima en cuanto a la forma como se configura, respete los valores, preceptos y principios constitucionales. Así las cosas, es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional sino que corresponde al legislador desarrollarlos.
>
> [L]a Constitución reconoce al Legislador un margen de discrecionalidad para desarrollar la política criminal y determinar o no el establecimiento de delitos y sanciones según la valoración que este haga en el marco de la Constitución [nota en el original omitida].

Véase también, Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, C (similar).

B. Límites de la actuación legislativa

i. Principios constitucionales y derechos fundamentales

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c),* Considerando 4:

> [L]os principios y valores supremos así como los derechos fundamentales que hacen del ciudadano el eje central de las reglas de convivencia consagradas en la Carta Política de 1991, se erigen en límites constitucionales de las competencias de regulación normativa que incumben al Congreso como titular de la cláusula general de competencia de modo que, so pretexto del ejercicio de la libertad de configuración legislativa, no le es dable desconocer valores que, como la vida, la integridad personal y la proscripción de todo tipo de discriminación respecto de los derechos inalienables de las personas, de acuerdo con la Carta Política, son principios fundantes de la organización social y política, pues así lo proclama el Estatuto Superior.

> [L]a cláusula general de competencia en favor del Congreso y la libertad de configuración legislativa que de la misma emana, no pueden aducirse como razón constitucionalmente válida para justificar la desprotección o el desconocimiento de valores superiores que, como la vida y la integridad personal gozan del mayor grado de protección, por lo que su garantía no admite restricciones ni diferenciaciones de trato, ya que ello desnaturaliza la esencia misma del mandato constitucional.

Véase también, Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, C (similar).

Adicionalmente, véase, Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 101 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.h),* Considerando 5:

> La Corte ha precisado que en el ejercicio de su atribución el Congreso *"no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4)* [nota en el original omitida]".

ii. Tratados internacionales

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, C:

> Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad[,] [dentro de ellas, los tratados internacionales de derechos humanos,] cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función interpretativa —sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales—, y una función integradora —provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas […]—. Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del legislador en materia penal, sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros establecidos por tales normas en ausencia de una cláusula constitucional específica.
>
> Ahora bien, ha de reiterarse que […] las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad, y la Corte Constitucional […] no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado—: "(…) En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución".

iii. Principio de no discriminación

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c),* Considerando 4:

> [L]a señalada restricción [*i.e.*, introducción de la frase "al margen de la ley" en el tipo penal de genocidio] resulta también inaceptable, por cuanto riñe abiertamente con los principios y valores que inspiran la Constitución de 1991, toda vez que desconoce en forma flagrante las garantías de respeto irrestricto de los derechos a la vida y a la integridad personal que deben reconocerse por igual a todas las personas, ya que respecto de todos los seres humanos, tienen el mismo valor.
>
> Como lo tiene definido esta Corporación en su jurisprudencia, en tratándose de estos valores supremos, no es constitucionalmente admisible ningún tipo de diferenciación, según así lo proclama el artículo 5º de la Carta Política, conforme al cual *"los derechos inalienables de las personas",* en el Estado Social de Derecho que es Colombia, que postula como valor primario su dignidad, se reconocen *"sin discriminación alguna".*

C. La falta de legislación no elimina la gravedad de la conducta

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por María Emilia Villegas Namuche (Relación de sentencias 13.b),* Considerando 4:

> Aunque cuando se produjo la presunta detención del beneficiario no estaba vigente la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco el delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en nuestro Código Penal, tal situación no justifica de ninguna manera la comisión del delito, ni nos impide considerarlo como un grave atentado contra los derechos humanos, puesto que los derechos contra los que atenta este ilícito se encuentran protegidos por las Constituciones de 1979 y 1993, así como por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, como son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO PENAL

No es el propósito de este estudio proponer un análisis detallado del principio de legalidad[24], sino presentar la interpretación que las cortes y tribunales latinoamericanos han desarrollado sobre el mismo, así como su relación con la persecución de crímenes de derecho internacional. No obstante, es importante hacer algunas precisiones previas a fin de sentar las bases de la discusión.

[24] Para uno de los estudios más completos en materia de principio de legalidad desde el derecho internacional y comparado, véase, Gallant, Kenneth S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law,* nota *supra* 7.

Tal como lo recuerda el profesor Sergio García Ramírez, el trabajo de Cesar Beccaria, uno de los primeros expositores de la reforma hacia el derecho penal moderno, se desarrolló en un momento en que la administración de justicia se consideraba "erigida sobre el cimiento de Constantino: *Algunos restos de la legislación de un antiguo pueblo conquistado, compilada por orden de un príncipe que reinaba hace doce siglos en Constantinopla, envueltos en el fárrago voluminoso de libros preparados por oscuros intérpretes sin carácter oficial, compon[ían] la tradición de opiniones que una gran parte de Europa honra[ba] todavía con el nombre de Leyes.* […] [Estos eras los] cimiento[s] para la construcción de los delitos y las sanciones que el tribunal hacía con su propia competencia y por su propia fuerza"[25]. Frente a esta realidad, Beccaria planteó respuestas que proponían cambios profundos en la manera de entender el derecho y las instituciones[26]. Estas nuevas concepciones encontraron espacios y se consolidaron en los trabajos de otros relevantes doctrinarios como Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, quien propuso la máxima *nullum crime sine lege, nulla pena sine lege*[27], y en documentos jurídicos clásicos como la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*[28].

Hoy en día, como lo enfatizan las decisiones latinoamericanas, en coincidencia con la jurisprudencia y doctrina internacionales, el principio de legalidad es un principio de justicia y un derecho humano reconocido a nivel nacional e internacional, que debe interpretarse y aplicarse con base en su objetivo último[29], teniendo en cuenta la realidad jurídica del momento. Los retos actuales no son los que describía Beccaria en su época sino que son, por ejemplo, la integración de diversas normas jurídicas en un mismo sistema jurídico[30], o la ordenada y correcta interacción

---

25 Estudio Introductorio de Sergio García Ramírez, en Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, Sección de Obras de Política y Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pág. 19.

26 *Ibídem.*

27 Para más detalles del trabajo del jurista alemán Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, véase, por ejemplo, Gallant, Kenneth S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law,* nota *supra* 7.

28 Artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789): "La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente".

29 Véase, por ejemplo, Corte EDH, *Kononov vs. Latvia*, nota *supra* 11, párr. 113; Corte EDH, *SW vs. UK*, App No. 20166/92, 1995, párr. 34, y Corte EDH, *CR vs. UK*, App No. 20190/92, 1995 párr. 32. En su estudio sobre la aplicación directa del derecho penal internacional por las cortes nacionales, el Profesor Ferdinandusse ha identificado dos objetivos principales del principio de legalidad, en su construcción desde el derecho nacional e internacional: "El primero es garantizar la certidumbre legal a los individuos. La certeza legal requiere que los crímenes sean específicos y prohibir su aplicación retroactiva. Estas son condiciones esenciales para que los individuos sepan por adelantado la 'calidad moral' (aceptable o inaceptable) y las consecuencias legales de su conducta [nota en el original omitida]. En segundo lugar, el principio de legalidad delimita y separa los poderes de los actores institucionales involucrados en el sistema de justicia penal (internacional) [nota en el original omitida]. Previene a la legislatura de penalizar actos pasados mediante una legislación, en lugar de criminalizar la conducta futura [nota en el original omitida]. También impide que la judicatura, nacional o internacional, imponga sanciones arbitrarias o crear nuevas ofensas". Ferdinandusse, Ward N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts,* nota *supra* 9, págs. 222-223 [Traducción no oficial].

30 A nivel nacional, véase, por ejemplo, la Sentencia C-148/05 de 22 de febrero de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia, MP. Álvaro Tafur Galvis, en la que esta alta corte entra al análisis de la constitucionalidad de una norma, con base en la integración de diversas normas internacionales relacionadas con la definición del crimen de tortura. Asimismo, a nivel internacional, véase, Corte EDH, *Kononov vs. Latvia*,

de diversas jurisdicciones e instituciones.

Esto no significa, por supuesto, que el contenido del principio de legalidad haya sido negado con el desarrollo del derecho internacional, sino todo lo contrario[31]. La jurisprudencia y doctrina han confirmado que el principio de legalidad en el derecho penal denota, en términos generales, que sólo la ley puede establecer y penalizar los crímenes *(nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege),* así como la prohibición de su aplicación retroactiva y la construcción extensiva en perjuicio de la persona acusada[32]. Se ha establecido, también, que la norma penal debe ser cierta y clara[33], lo que no impide la eventual interpretación judicial de la norma en cuestión[34].

Estos mismos criterios han sido afirmados por la jurisprudencia latinoamericana que, sin duda alguna, ha aportado una riqueza interpretativa de difícil comparación en cuanto a la persecución nacional de crímenes internacionales y su relación con el principio de legalidad. En coincidencia con la doctrina internacional, la jurisprudencia latinoamericana ha identificado las dos dimensiones del principio de legalidad: como principio de justicia y como derecho humano. Asimismo, las decisiones aquí transcritas reconocen los criterios generales que deben satisfacer los tipos penales a fin de dar cumplimiento al principio de legalidad en materia penal.

A. Aspectos generales

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Máximo Humberto Cáceda Pedemonte (Relación de sentencias 13.d)*, Considerando 28:

nota *supra* 11, en donde la Corte Europea de Derechos Humanos entra a analizar un cúmulo de normas jurídicas, incluyendo códigos penales de Lativia y otros Estados relevantes, así como tratados en derecho humanitario, particularmente las Regulaciones de La Haya de 1907, a fin de determinar la calidad de "civiles" o "combatientes" de las presuntas víctimas de un crimen atribuido al peticionario. Véase también, Corte EDH, *Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany*, nota *supra* 11.

31 Para un estudio más detallado sobre la evolución del principio de legalidad en el desarrollo del derecho penal internacional y su vinculación con procesos nacionales, véase, por ejemplo, Lamb, Susan, "Nullum crimen, nulla pena sine lege in International Criminal Law", en Antonio Cassese, *et. al.,* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Volumen 1, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2002, págs. 733-766, así como Van Schaack, Beth, "Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals", en *97 Geo. L.J. 119*, noviembre, 2008.

32 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, No. 126, párr. 90; Corte EDH, *Kononov vs. Latvia*, nota *supra* 11, párr. 114; Corte EDH, *Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany*, nota *supra* 11, párr. 50. Desde la doctrina, Susan Lamb ha enfatizado que "[e]l principio *nullum crimen* se funda en cuatro atributos esenciales: (a) el concepto de ley escrita; (b) el valor de la certeza legal; (c) la prohibición de analogía, y (d) la no retroactividad [nota en el original omitida]". Lamb, Susan, "*Nullum crimen, nulla pena sine lege* in International Criminal Law", nota *supra* 31, pág. 734.

33 Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, nota *supra* 11, párrs. 79-82; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, nota *supra* 11, párrs. 174-177; Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, nota *supra* 11, párr. 125.

34 Corte EDH, *Achour vs. France*, App No. 67335/01, 2006, párr. 41. Sobre este punto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que los requisitos de claridad y certeza no "eliminan la gradual clarificación de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial […] siempre que el desarrollo que resulte sea consistente con la esencia de la ofensa y haya podido ser razonablemente previsto". Corte EDH, *Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany*, nota *supra* 11, párr. 50, y Corte EDH, *Kononov vs. Latvia*, nota *supra* 11, párr. 114.

> Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones, en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

Bolivia, *Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 138 del Código Penal (Relación de sentencias 2.b),* Fundamento II.1:

> [E]l principio de legalidad "se constituye en el pilar básico del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica. Viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley. Es por tanto un principio informador de todo el ordenamiento jurídico de la nación".
>
> El fundamento del principio de legalidad se encuentra en la necesidad de certeza en las normas jurídicas, con la finalidad de que el individuo conozca aquellas conductas permitidas y aquellas otras que se encuentran proscritas, eliminando de esta manera la arbitrariedad estatal en la persecución de los delitos e imposición de las penas; en consecuencia, el principio se asienta en la seguridad jurídica […], no sólo en la medida en que el individuo puede prever sus actos y las consecuencias jurídicas de los mismos, sino también en cuanto sólo el Estado, a través del Órgano Legislativo, tiene el monopolio en la creación de las normas penales.
>
> [E]l principio también encuentra su fundamento en el principio democrático […], que alude a la participación de los ciudadanos en la conducción de la comunidad a la que pertenecen, y en tal sentido, a la necesidad de que las conductas a ser consideradas delictivas por esa comunidad, tengan que estar definidas por los representantes del pueblo a través de una ley en sentido estricto, es decir en una ley formal, emanada del Órgano Legislativo.
>
> En el ámbito penal, el principio de legalidad cobra singular importancia, pues a partir de él se construye el derecho penal liberal, llegando a constituirse, en la mayoría de los países, en una garantía constitucional del individuo, que limita la actuación punitiva del Estado. Sobre este principio, el Tribunal Constitucional […] al analizar su configuración primigenia y su formulación actual, [ha] estableci[do]:
>
> > "[…] los precedentes más significativos de esta garantía se encuentran en el siglo XVIII en las ideas de la Ilustración, recogidas luego en las Petitions of Rights de los Estados Americanos […] y, fundamentalmente, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano […], desde donde se extiende, para luego formar parte de la conciencia jurídica universal, al no existir país de esta órbita de cultura que no lo haya acogido en su legislación; y es que, como lo expresa con singular certeza el profesor Madrid Conesa 'pocos principios gozan de tan alto prestigio y de una posición tan fundamental dentro del

> ordenamiento positivo y aceptados de manera tan unánime por la doctrina y la jurisprudencia, como el principio nullum crimen sine lege, siendo, al mismo tiempo tan a menudo negado en la práctica, tanto por el legislador como por los tribunales'".

Como complemento de las decisiones anteriores, con referencia al concepto general del principio de legalidad, véase, El Salvador, *Acción de hábeas corpus interpuesta por Reyna Dionila Portillo (Relación de sentencias 7.b),* Considerando 4°:

> [E]l principio de legalidad implica el sometimiento de la administración al cumplimiento de las atribuciones y competencias que por ley se le establecen; es decir, todos los entes públicos se encuentran vinculados por dicho principio en tanto que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como el ejercicio de un poder atribuido por norma jurídica, la que le construye y limita, principio que no sólo hace referencia a la legalidad ordinaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende a la Constitución. En tal sentido la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también —de modo preferente— a la Constitución.

B. El principio de legalidad y los tipos penales

Bolivia, *Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 138 del Código Penal (Relación de sentencias 2.b),* Fundamento II.1:

> El principio [de legalidad] significaba, en su configuración primigenia, una garantía mediante la cual ningún hecho podía ser considerado delictivo si una ley no lo hubiera declarado así con anterioridad a su perpetración, ni podía imponerse pena alguna que no estuviese previamente establecida por la ley; lo que más tarde indujo a Beling a formular el concepto de tipo y tipicidad, con las repercusiones que esto conllevó en la elaboración técnico-dogmática de la teoría jurídica del delito. Así, el tipo aparece como el "precipitado técnico del *nullum crimen, nulla poena sine lege*", conforme al cual, no será suficiente, para merecer pena, que una acción sea antijurídica para el ordenamiento legal general, sino que deberá guardar identidad con uno de los tipos penales que sirven de presupuesto de la pena que se pretenda aplicar. El tipo penal complementa y vivifica la lucha contra la incerteza y la inseguridad, características del derecho penal autoritario, quedando la potestad punitiva del Estado enmarcada dentro de límites precisos, y los derechos individuales garantizados frente a cualquier intervención arbitraria de los poderes públicos.

Véase, adicionalmente, Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c),* Considerando 4:

> [L]a discriminación que la frase cuestionada introduce [en el tipo penal del delito de genocidio] [*i.e.*, grupos que estén "al margen de la ley"], por lo demás, pretende

fundamentarse en un criterio que carece de precisión y claridad, por lo que, por este aspecto también resulta inconstitucional dada su ambigüedad e indeterminación, ya que, en otros términos, significa que no tiene univocidad necesaria para hacer, en forma inequívoca, la adecuación típica de la conducta, por lo cual, resulta contrario al principio de tipicidad general de rango constitucional y, por esa vía a las garantías constitucionales que integran el debido proceso y el derecho a la defensa en materia penal, principalmente el principio *"nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa"*, pues, se reitera, en estricto sentido carece de tipicidad, que es elemento estructural de la legalidad del delito y de la pena, en tanto mecanismo garantista de las libertades democráticas en un Estado social de derecho, cuyo fin esencial es garantizar la protección efectiva de los derechos humanos.

i. El tipo penal debe ser previo, escrito, estricto y cierto

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Máximo Humberto Cáceda Pedemonte (Relación de sentencias 13.d)*, Considerando 27:

> Conforme lo ha sostenido en reiteradas oportunidades este Tribunal, "[…] el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)["].

Bolivia, *Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 138 del Código Penal (Relación de sentencias 2.b),* Fundamento II.1:

> [E]l principio de legalidad no se agota en la clásica formulación elaborada por Feuerbach: *"Nullum crimen, nulla poena sine previa lege"*, sino que actualmente se presentan otros requisitos que completan la formulación del principio, dotándoles de mayor exigencia y contenido:
>
> a) *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 (arts. 29 y 59.1ª. de la CPE), pues sólo este Órgano, al ser el representante de la voluntad popular, tienen la potestad de definir qué conductas van a ser consideradas delictivas y establecer las correspondientes sanciones.
>
> b) *Nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*: los delitos y las penas deben estar determinadas exclusivamente por la Ley; lo que significa que no se puede recurrir a la analogía para extraer de su aplicación consecuencias desfavorables, aún cuando el comportamiento que se trata de incriminar sea similar al previsto en la ley penal.
>
> El fundamento de la prohibición de analogía radica en que, debido a la gravedad de la sanción contenida en la norma penal, ésta sólo debe responder a los supuestos que los

representantes de la soberanía popular (legisladores) han establecido a través de la ley, vedándose de esta manera la extensión de la arbitrariedad del juzgador, exigiéndose, en cambio, la sujeción de éste a la Ley.

Sin embargo, lo afirmado no implica que el juzgador carezca en absoluto de la facultad de interpretación de las normas; pues indudablemente, el juez debe buscar su sentido, para establecer qué supuestos se encuentran comprendidos en ellas, y determinar si en el caso concreto es aplicable la ley. En definitiva, lo que no puede hacer el juzgador es, una vez interpretada la ley, extender sus consecuencias desfavorables a otros supuestos no contenidos en ella, pero similares o análogos.

c) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*: que se traduce en la necesidad de que las leyes sean claras, precisas y accesibles al pueblo. Esta exigencia es conocida con el nombre de principio de taxatividad, y tiene la finalidad de dotar de seguridad jurídica a los miembros de la sociedad. Por ello, serán contrarias al principio de taxatividad aquellas normas que configuran los presupuestos de hecho de manera abierta, difusa, discrecional o indeterminada, quedando en poder de los jueces regular efectivamente los supuestos.

Sin embargo, la ley penal en muchos casos contiene términos normativos (juicios de valor) que remiten la valoración a otros códigos o leyes (por ejemplo al Código civil o al Código de comercio), o a otros órdenes normativos, como por ejemplo la moral. En estos casos, será el intérprete —juzgador— que deberá concretar el sentido de la normal legal, mediante una valoración que tome en cuenta los códigos, leyes o el orden normativo al que remite la norma legal. Estas cláusulas son denominadas cláusulas pendientes de valoración, y si bien de acuerdo a un sector de la doctrina, su inclusión en los tipos penales puede vulnerar la exigencia de certeza, en la medida en que la efectividad de la ley penal dependerá de la decisión del juzgador, no es menos cierto, que ciertas leyes penales exigen la utilización de términos que forman parte de determinados órdenes normativos no jurídicos; sin que los mismos violen el principio de legalidad si es que su significado puede ser concretado por la interpretación efectuada por el juzgador en cada momento histórico.

De lo contrario, estaríamos condenando a que el Derecho penal utilice sólo aquellos términos que no presentan dificultad alguna de comprensión, lo que ciertamente es imposible por cuanto la ley penal nace de una situación histórica determinada, en la que predomina cierto sistema de valores, de normas morales, de reglas sociales, que cambian con el transcurso del tiempo a mayor velocidad que el derecho. Ello hace imposible que el derecho pueda constantemente modificar sus normas con la finalidad de dar un sentido específico a determinadas expresiones valorativas, que respeten la identidad moral o ética de una sociedad; en todo caso, será el juzgador el que determine el contenido de esos términos, acudiendo para ello a los órdenes normativos a los que remite el legislador.

d) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*: Este postulado hace referencia al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, en virtud del cual, la ley debe ser previa a la comisión del hecho; aclarándose, sin embargo, que la retroactividad es permitida cuando sea favorable al reo.

Venezuela, *Recurso de revisión (Caso Marco Antonio Monasterios Pérez) (Casimiro José Yánez) (Relación de sentencias 15.b),* Consideraciones IV.2:

> [L]a Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Esa disposición constitucional contempla el principio de tipicidad penal, el cual es contenido del principio de legalidad, que ha sido configurado por la doctrina de la siguiente manera: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa*. Se trata de un principio que delimita el poder punitivo del Estado.

C. Ley previa: irretroactividad de la ley penal y principio de legalidad

Como se ha señalado, la irretroactividad de la ley está ubicada en el núcleo del principio de legalidad[35]. En palabras del profesor Theodore Meron, "[l]a prohibición de medidas penales retroactivas es un principio fundamental de la justicia criminal y una norma consuetudinaria, incluso imperativa de derecho internacional que debe ser observada en todas las circunstancias por los tribunales nacionales e internacionales"[36]. Sin embargo, es importante insistir que la irretroactividad debe ser entendida e interpretada en el contexto del desarrollo actual del derecho, a fin de ser correctamente aplicada en la persecución de crímenes internacionales.

La jurisprudencia latinoamericana que a continuación se presenta resulta de crucial importancia para este tema. De manera notoria, las cortes de la región han concluido que con respecto a la aplicación del principio de irretroactividad, es fundamental considerar el derecho internacional como parte del sistema jurídico doméstico y darle plenos efectos como ley previa. Más aún, la jurisprudencia de distintos países latinoamericanos ha resaltado que las normas consuetudinarias son fuentes de primera importancia en derecho internacional y, como tales, constituyen un antecedente que debe ser tenido en cuenta en la persecución penal de crímenes internacionales, aún cuando los mismos no estuvieran tipificados en la legislación nacional al momento de la comisión del crimen. Como una aproximación adicional respecto al tema de la retroactividad de la ley, otras cortes latinoamericanas han concluido que en el caso concreto de los delitos permanentes, como la desaparición forzada, el tipo penal aplicable será el vigente al momento del cesamiento de la conducta criminal, no al inicio de la ejecución[37].

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 8:

---

35 Ferdinandusse, Ward N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts,* nota *supra* 9, pág. 223.

36 Meron, Theodore, *War Crimes Law Comes of Age 244*, Oxford University Press, [s.l.e.], 1998, [s.n.p.], en Kenneth S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law,* nota *supra* 7, pág. 3 [Traducción no oficial].

37 Para referencias adicionales respecto a la naturaleza de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad y crimen permanente, véase, *"La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad"* y *"La desaparición forzada es un delito permanente"*, secciones I.3.E y I.3.E.iii, de este mismo digesto.

El principio de irretroactividad de la ley penal es una consecuencia del principio de legalidad de los delitos. Como lo ha precisado el Comité de Derechos Humanos, este principio se traduce en "el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengan determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicable en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por la ley posterior se imponga una pena más leve". Es igualmente un principio reconocido del derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario también es receptor de este principio. Constituye asimismo una salvaguarda esencial del derecho internacional de los derechos humanos y varios tratados consagran el carácter inderogable del derecho a no ser condenado por actos u omisiones que no eran delictivos al momento en que fueron cometidos.

i. El derecho internacional constituye ley previa

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 8:

> El derecho internacional es claro [al] definir la naturaleza de la ley penal aplicable: se trata tanto de la legislación nacional como el Derecho Internacional. Así, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional o Internacional".
>
> Igualmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece, a su art. 7, que "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el Derecho Nacional o Internacional".
>
> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 9 establece que "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable".— Similar alcance le da el derecho internacional humanitario al concepto de derecho aplicable. Como lo ha señalado Slivie Stoyanka: "no puede cometerse impunemente una violación del derecho internacional basándose en el hecho de que ese acto o esa omisión no estaba prohibida por el derecho nacional cuando se cometió".— El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos establecen con mayor precisión el alcance del principio de irretroactividad de la ley penal. Así en el art. 15 del Pacto establece que: "Nada de lo dispuesto en este art. se opondrá al juicio ni a 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".— Similar provisión contiene el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aunque existe poca doctrina al respecto en lo que concierne el ámbito interamericano, algunos autores consideran que la fórmula empleada por el artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— "de acuerdo con el derecho aplicable"— consagra la misma situación.
>
> Aunque algunas veces se trata esta regla como una excepción, en realidad se trata de una disposición aclarativa sobre el alcance del principio de irretroactividad de la ley penal.

Este alcance del principio de irretroactividad de la ley penal tiene por objeto y propósito permitir el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como criminales por los principios generales del Derecho Internacional, aun cuando estos actos no estaban tipificados al momento de su comisión ni por el derecho penal internacional ni por el derecho penal nacional. Esta cláusula fue incorporada a ambos tratados con el expreso propósito de responder las situaciones como las de la Segunda Guerra Mundial […].

La tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada son "per se" crímenes internacionales[38]. Así mismo, la práctica masiva, sistemática o a gran escala de la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada, las persecuciones por motivos políticos, entre otros actos, constituyen un crimen internacional calificado, a saber, un crimen de lesa humanidad. Son estas conductas, precisamente, a las que se refieren, entre otras cosas, el art 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.— Lo anterior tiene varias consecuencias, según diferentes premisas fácticas e hipótesis. Se puede, según el derecho internacional, llevar a juicio y condenar sin violar el principio de irretroactividad de la ley penal: A un autor de un acto criminal, aun cuando ni al momento de cometerse ni posteriormente ese acto no era ni es delito según la legislación nacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delito por el Derecho Internacional.

Los procesos por crímenes de lesa humanidad realizados por los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y del Extremo Oriente así como aquellos celebrados por los tribunales de los Aliados en virtud de la Ley Nº 10 del Consejo de Control Aliado reafirmaron la aplicación de este principio: los autores de crímenes de lesa humanidad fueron procesados, juzgados y castigados por comportamientos calificados de crímenes de lesa humanidad según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional y se les aplicó tipos penales adoptados después de la comisión de los ilícitos. Varios tribunales internacionales han aplicado igualmente retroactivamente legislación nacional a comportamientos que eran delictivos bajo el Derecho Internacional al momento de su comisión. Uno de los primeros precedentes fue el proceso, por genocidio, de Adolf Eichman por la Suprema Corte de Israel en 1961. La Corte precisó que dado que los actos imputados a Eichman eran la negociación misma de los fundamentos esenciales de la Comunidad Internacional y que el Estado de Israel podía juzgarlo bajo el principio de jurisdicción universal en su calidad de custodio del Derecho Internacional. En Sri Lanka, el tribunal de apelaciones juzgó y condenó a una persona por el delito de secuestro de un avión, a pesar de que el delito no estaba tipificado en la legislación nacional, al considerar que este ilícito ya estaba incriminado en el derecho internacional bajo la figura de la piratería aérea.— Así *la ausencia de tipos penales nacionales para reprimir un crimen bajo el Derecho Internacional*

[38] Nota añadida al original: Si bien es cierto que las convenciones y tratados internacionales, por su gravedad, definen la tortura, la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales con características penales y, por ende, podrían ser consideradas como crímenes internacionales en sentido lato, es importante precisar que dicho término, en éste y otros estudios sobre la materia, se utiliza en un sentido estricto para referirse a los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra. En este tenor, la propia sentencia del tribunal resalta que dichas conductas sólo serán crímenes de lesa humanidad cuando cumplan con los elementos de sistematicidad o generalidad.

no se puede invocar por un Estado para no cumplir con su obligación de juzgar y castigar a los autores de este ilícito, si al tiempo de su comisión ya era delito bajo el Derecho Internacional o considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional [Énfasis añadido].

a. El derecho consuetudinario constituye ley previa

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerando 13:

> [P]odría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad.
>
> Esto obedece a "que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)".

Chile, *Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros) (Relación de sentencias 3.d)*, Considerandos 6 y 7:

> [E]l Derecho Internacional de los Derechos Humanos, plantea la existencia de normas imperativas, reconocidas a nivel de derecho positivo, por primera vez, en el Convenio de Viena de 1.969, sobre Derecho de los Tratados, conceptualizadas como aquéllas que la comunidad internacional en su conjunto reconocen como no susceptibles de acuerdo en contrario y que sólo son derogables por otra norma del mismo carácter (artículos 53 y 64) […].
>
> Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "la violación de estas normas afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obligan, a diferencia del Derecho Consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia" [nota en el original omitida]. Pues bien, si bien no existe en el Derecho Internacional un tratado o declaración que enumere casuísticamente las normas de derecho imperativo, existe un amplio consenso doctrinario en orden a incluir en su ámbito las violaciones a gran escala de los derechos humanos o "crímenes contra la humanidad", categoría en la que cabe incluir el ilícito de autos, conforme a reiterada

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[L]a prohibición de retroactividad, predicada en los códigos penales clásicos, como el nuestro, ha perdido progresivamente vigencia, con la creciente codificación de tipos de derecho penal internacional[.] […] [E]n el Derecho Penal Internacional la irretroactividad no puede ser entendida de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al 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. Ello, porque los hechos en cuestión "crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad" —ya eran punibles en el momento de cometerse los ilícitos de autos según la costumbre internacional y también acorde al derecho interno, en cuanto homicidios calificados* [Énfasis añadido].

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 2.1:

Como primera medida, debe tenerse en cuenta que las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. […] [L]as normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico.

La importancia de las normas consuetudinarias dentro del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo es tal, que *en sí mismas proveen el fundamento para la responsabilidad penal individual de quienes cometen crímenes de guerra*. Así, el Estatuto de la Corte Penal Internacional remite directamente a las normas consuetudinarias del DIH al establecer, en el Artículo 8 ("Crímenes de Guerra") que "2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por 'crímenes de guerra': (…) (e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional (…)" […]; y el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia otorga competencia a este organismo para investigar y juzgar a los responsables de "violaciones a las leyes o costumbres de la guerra". Más aún, este último Tribunal en varias sentencias ha deducido la responsabilidad penal individual de los criminales del conflicto yugoslavo exclusivamente con base en normas consuetudinarias, y no convencionales, de Derecho Internacional Humanitario. Así lo recomendó el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe, en el cual indicó que este órgano debía aplicar preferentemente, en relación con las "violaciones de las leyes o costumbres de la guerra", las reglas de derecho internacional humanitario que son indudablemente consuetudinarias, para así respetar el principio de *nullum crimen sine lege* y evitar los problemas derivados de la adherencia de sólo algunos Estados a los tratados relevantes. Desde el caso seminal del Fiscal vs. Dusko Tadic y a lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, luego de constatar que tanto las Regulaciones de La Haya como el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra forman parte indudable del derecho consuetudinario, ha declarado la responsabilidad individual de varios acusados con base en el contenido de éstas disposiciones, excluyendo

> específicamente la necesidad de recurrir al Protocolo I de los Convenios de Ginebra y declarando que "el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 Común".

En este contexto, véase, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete (Relación de sentencias 13.c),* Considerando 17:

> [L]a aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requieren validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad.

Véase también, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Juan Nolberto Rivero Lazo (Relación de sentencias 13.e),* párrafo 21 (igual).

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 8:

> [De conformidad con el art 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] […] la ausencia de un tipo penal de tortura en la legislación nacional, no es un obstáculo para llevar ante la justicia y condenar a los autores de actos de tortura cometidos cuando esta conducta ya era considerada delito por el Derecho Internacional.
>
> [De la misma forma] […] la existencia *ex post* facto de un tipo penal de desaparición forzada en la legislación nacional, no es un obstáculo para llevar ante la justicia y condenar a los autores de desaparición forzada cometidas cuando esta conducta ya era considerada delito por el derecho internacional: […] [en particular a] un autor de un acto criminal, aun cuando al momento de cometerse no estaba tipificado como delito por la legislación nacional o por un tratado internacional, *si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional* [Énfasis añadido].

ii. En delitos permanentes, se aplica el tipo legal vigente al momento del cese de la conducta delictiva

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por María Emilia Villegas Namuche (Relación de sentencias 13.b),* Considerando 26:

> [S]i bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos.
>
> En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24.d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la *Lex previa*, según la

cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito.

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

En extensión de este argumento, véase, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete (Relación de sentencias 13.c),* Considerando 22:

[E]ntre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente, en el Código Penal, la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas. [En este sentido], señaló expresamente que no se vulnera la garantía de la lex previa derivada del Principio de Legalidad Penal [*sic*], en caso 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 mismo 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. Esta apreciación se fundamenta, además, en lo dispuesto en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, la que indica expresamente que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

Véase también, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Juan Nolberto Rivero Lazo (Relación de sentencias 13.e),* Considerando 17.

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerando 4:

[A]l calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descripta, el tribunal oral consideró [...] que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, Código Penal, en su redacción actual […]. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que *en los delitos permanentes*

(como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la de vigencia al momento del cese de la conducta delictiva […] [Énfasis añadido].

Venezuela, *Recurso de revisión (Caso Marco Antonio Monasterio Pérez) (Casimiro José Yánez) (Relación de sentencias 15.b),* Consideraciones IV.2:

> Nuestra jurisprudencia patria plantea que necesariamente debe existir, previamente, la tipificación de un delito para que una conducta sea castigada como tal. Sin embargo, la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, ha aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible. Ello ocurre con los delitos permanentes o los continuados, en los cuales se señala que *"si la nueva ley entra en vigencia mientras perdura la permanencia o la continuación, se aplicará en todo caso esta ley, sea o no más favorable, y quedan sin sanción los actos precedentes* [nota en el original omitida]" [Énfasis en el original].
>
> Por tanto, compartiendo la premisa doctrinaria para dar operatividad al artículo 45 de la Carta Magna, esta Sala precisa que si durante la privación ilegítima de libertad del sujeto pasivo *el sujeto activo sigue negado a revelar la suerte o paradero de la persona privada de libertad o a reconocer que se encuentra bajo ese estado, y a su vez, entra en vigencia en esta situación la tipificación legal del delito de desaparición forzada de personas, debe concluirse que los sujetos implicados en ese comportamiento pueden ser juzgados y declarados culpables y responsables del delito de desaparición forzada de personas, sin que ello implique retroactividad de la ley penal*, pues se trata de la aplicación de la ley que configura el delito inconcluso [Énfasis añadido].

D. Los *mínimos de protección* establecidos por el derecho internacional pueden ser ampliados por el derecho penal nacional

La adecuación del sistema jurídico nacional a los estándares y normas internacionales, requerida para la efectiva persecución de crímenes internacionales, no implica la copia o transcripción textual de los instrumentos internacionales en los códigos y leyes locales. Como ya se dijo, el sistema internacional otorga amplia flexibilidad a los Estados para adoptar la fórmula que consideren más conveniente para la tipificación doméstica de estos crímenes, siempre y cuando el tipo penal nacional contenga los elementos esenciales de la prohibición internacional[39]. Al mismo tiempo, es pertinente enfatizar nuevamente que en el proceso de implementación, los Estados deberán

[39] Al respecto, se puede observar la sentencia del caso *Gómez Palomino vs. Perú*, en la que la Corte Interamericana analizó el tipo penal de desaparición forzada consagrado en la legislación peruana y concluyó que éste era incompleto y ambiguo respecto del contenido esencial exigido por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y otros instrumentos internacionales sobre la materia. En consecuencia, la Corte IDH le ordenó al Estado peruano "reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas". Corte IDH, caso *Gómez Palomino vs. Perú,* Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, No 136, párrs. 90 a 110 y punto resolutivo 12.

armonizar todos sus compromisos internacionales, a fin de adoptar la norma que garantice los mejores estándares de protección[40].

Nada de esto significa, por supuesto, que los Estados, *so pretexto* de este margen de discrecionalidad, puedan violar los compromisos adquiridos en virtud de los tratados internacionales al promulgar leyes que no respondan a los estándares establecidos por aquéllos. De esta forma, los instrumentos internacionales relevantes para la materia se convierten en "guías" que establecen los mínimos legislativos. Por ejemplo, con referencia particular a la Corte Penal Internacional, el profesor Gerhard Werle ha concluido que "el objetivo último del Estatuto [de Roma] no es que en efecto todos los crímenes sean juzgados [por aquélla], sino suministrar una fuente de normas y estándares legales que den a los Estados las bases para, ellos mismos, investigar y enjuiciar efectivamente los crímenes más serios de derecho internacional"[41].

Este mismo criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia latinoamericana en las decisiones que a continuación se transcriben, las cuales enfatizan que los tratados internacionales constituyen sólo estándares mínimos que deben reflejarse en la legislación nacional. En la misma línea, las cortes latinoamericanas han reconocido también que cualquier tipo penal que consagre elementos más restrictivos no será compatible con la obligación de implementar que se establece en los tratados internacionales.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c),* Considerando 4:

> [A] diferencia de la regulación internacional sobre genocidio, el artículo 322A de la Ley 589 del 2000 que tipificó esta conducta en la legislación penal colombiana, extendió el ámbito del tipo penal al genocidio de los grupos políticos.
>
> Esta Corte encuentra que ningún reparo puede formularse a la ampliación que de la protección del genocidio a los grupos políticos, hace la norma cuestionada, pues es sabido que la regulación contenida en los Tratados y Pactos Internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección.

[40] Este principio ha sido expresamente establecido en distintos tratados internacionales a través disposiciones que, con distintas formulaciones, afirman que nada de lo contenido en el tratado podrá entenderse como una limitante a otras normas que otorguen mayor protección, o se hayan desarrollado en otros ámbitos normativos. Véase, por ejemplo, Artículo 10 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. "Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto". Artículo 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978. "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: […] limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Artículo 16 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, nota *supra* 18. "La presente Convención deja a salvo lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otras convenciones sobre la materia y por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito de tortura". Artículo XV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, nota *supra* 18. "Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las partes".

[41] Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law,* nota *supra* 5. pág. 73 [Traducción no oficial].

> Así, pues, no hay óbice para que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio de genocidio, *siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen*, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida. Y es indudable que un grupo político la tiene [Énfasis añadido].

Bolivia, *Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 138 del Código Penal (Relación de sentencias 2.b),* Fundamento II.3.2:

> El segundo párrafo, del referido art. 138 determina que: "En la misma sanción incurrirán el o los autores u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país".
>
> Esta última norma es impugnada en el presente recurso […] [alegando] que el supuesto contemplado […] no guarda relación con lo establecido en la doctrina y los tratados internacionales sobre genocidio y que no existe ley alguna que defina lo que debe entenderse por masacre sangrienta, estableciendo, por tanto, un supuesto tan amplio que cualquier conducta puede ser sancionada a criterio del juzgador.
>
> [El principio de] complementariedad [que rige la relación entre los Estados y la Corte Penal Internacional] también implica que el Estado signatario [del Estatuto de Roma], que asume una obligación internacional, se encuentra vinculado al deber de perseguir y reprimir, en su territorio, las conductas descritas en el Estatuto, con las normas que forman parte de su ordenamiento jurídico. En ese contexto, si bien el Estatuto, establece las modalidades típicas del Genocidio; no es menos cierto, que los Estados miembros, respetando los lineamientos generales establecidos a nivel internacional, pueden, en su legislación penal interna, incorporar otros supuestos de hecho atendiendo a una determinada realidad social.

i. El tipo penal no puede establecer elementos que restrinjan la definición internacional

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c),* Considerando 4:

> [L]ejos de adoptar las medidas de adecuación legislativa consonantes con las obligaciones internacionales que el Estado Colombiano contrajo, en particular, al suscribir la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que según quedó ya expuesto, el Estado Colombiano aprobó mediante la Ley 28 de 1959, las que le exigían tipificar como delito y sancionar severamente las conductas consideradas como crímenes de lesa humanidad, desvirtuó el propósito que con su consagración normativa se perseguía, pues restringió la protección de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad de las personas, al concederla únicamente en tanto y siempre y cuando la conducta atentatoria recaiga sobre un miembro de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político *"que actúe dentro del margen de la Ley",* con lo que sacrificó la plena vigencia y la irrestricta protección que, a los señalados derechos, reconocen tanto el Derecho Internacional Humanitario,

como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Tratados y Convenios Internacionales que lo codifican.

E. El principio de legalidad y el derecho penal internacional

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 4.2:

> Si bien el principio de legalidad en el derecho penal internacional se ha expresado de manera menos rigurosa que en los órdenes nacionales, según el término *nullum crimen sine iure* en lugar de *sine lege*, esta Corte constata que en el Estatuto de Roma se ha buscado avanzar en la determinación de las conductas punibles acudiendo al derecho positivo escrito, por contraposición a la confianza en la certeza del derecho penal internacional consuetudinario.
>
> Si bien constitucionalmente es necesario que las conductas punibles sean definidas con precisión, en derecho penal internacional se ha admitido un grado de precisión menor en la descripción de las conductas que constituyen crímenes internacionales, básicamente por razones históricas y dada la gravedad de los hechos enjuiciados utilizando estas cuatro categorías.
>
> [Sin embargo, como ya se mencionó, el Estatuto de Roma busca avanzar en este sentido. Entre los principios generales del derecho penal reconocidos en el Estatuto de Roma,] [e]l principio de *nullum crimen sine lege* excluye la posibilidad de que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia sobre delitos no consignados en [dicho] Estatuto. Este principio abarca garantías penales de importancia suprema, como las reglas de *lex scripta, lex praevia, lex stricta* y *lex certa* [nota en el original omitida]. Es así como el Estatuto de Roma establece que nadie será penalmente responsable a menos que su conducta constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte (artículo 22.1 ER). Además, consagra un principio de interpretación restrictiva de la definición de crimen y prohíbe su extensión por analogía (artículo 22.2 ER). Lo anterior sin desmedro de la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional, independientemente de lo estipulado en el Estatuto de Roma (artículo 22.3 ER). Por su parte, los artículos 22 y 23 consagran los principios *nullum crimen* y *nulla poena sine lege*, como también lo hace el artículo 29 de la Constitución.

3. SUBSUNCIÓN DE CONDUCTAS EN DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL

La subsunción, entendida genéricamente como la adecuación jurídica de los hechos a la norma, puede presentar ciertas particularidades cuando se trata del procesamiento de crímenes de derecho internacional. Los operadores del sistema de justicia se enfrentan a la pregunta que el profesor Ferdinandusse ha planteado en términos de "¿qué crímenes, qué derecho?"[42]. Tal como

[42] Ferdinandusse, Ward N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts,* nota *supra* 9, pág. 89.

este académico ha resaltado, "los crímenes núcleo de derecho internacional pueden ser perseguidos penalmente como crímenes ordinarios, como crímenes internacionales definidos en derecho nacional, o por aplicación directa de las normas internacionales"[43].

En la práctica, muchos de los procesos por crímenes internacionales en Latinoamérica efectivamente se han desarrollado con base en delitos comunes (homicidio, lesiones, secuestro, entre otros). Si bien no existe una norma o principio internacional que prohíba esta práctica[44], la misma resulta ser una opción menos que deseable. Ante la ausencia de algunos elementos específicos que definen el crimen en los tipos penales nacionales, los procesos pueden terminar por desconocer la extraordinaria gravedad de estos crímenes. Más aún, tal como lo ha afirmado la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

> [l]a caracterización, o ausencia de caracterización, de un tipo particular de conducta como criminal de conformidad con el derecho nacional no tiene efecto alguno en la caracterización de ese tipo de conducta como criminal bajo derecho internacional. Es posible que una conducta particular definida como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad […] sea caracterizada meramente como un delito [ordinario] en derecho nacional, en lugar de ser considerado un crimen contra la paz y seguridad de la humanidad bajo derecho internacional. Ninguna de estas circunstancias puede servir como obstáculo para la caracterización de la conducta respectiva como un crimen de derecho internacional. La distinción entre la calificación como un crimen de derecho nacional y la calificación como un crimen de derecho internacional es significativa teniendo en mente las diferencias entre los correspondientes regímenes legales. La distinción tiene importantes implicaciones con respecto del *no bis in idem* [y el principio de imprescriptibilidad, entre otros] […]"[45].

A fin de minimizar las consecuencias negativas del uso de delitos comunes, diversas cortes y tribunales latinoamericanos han recurrido a una práctica denominada por algunos académicos como "doble subsunción"[46]. En este proceso, la conducta se adecua a un delito nacional y, paralelamente, se adecua a las normas internacionales a fin de calificarla como genocidio, crimen de lesa humanidad o de guerra, así como para dar pleno efecto al régimen jurídico específico de los crímenes internacionales, al que se refiere la Comisión de Derecho Internacional.

En las siguientes secciones se presentan decisiones en que cortes latinoamericanas, reconociendo que la falta de tipificación nacional no elimina el carácter de crímenes internacionales, han afirmado la subsunción de las conductas en normas internacionales. Asimismo, en estas de-

---

43 *Ídem* [Traducción no oficial]. Sobre esta última opción, es importante retomar la posición del Profesor Werle quien afirma que la aplicación directa, al menos de crímenes establecidos por normas consuetudinarias, se podrá dar casi de manera exclusiva en los países de tradición anglosajona en los que no se requiere la existencia de un tipo penal escrito. Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law,* nota *supra* 5, pág. 76. Con respecto a las jurisdicciones latinoamericanas, es importante resaltar las conclusiones del profesor Relva al afirmar que, debido a la formulación del principio de legalidad en la tradición neo-románica, la aplicación directa de normas penales internacionales enfrentará serios problemas, por decir lo menos. Véase, nota *supra* 6.

44 Ferdinandusse, Ward N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts,* nota *supra* 9.

45 CDI, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*, en *Yearbook of the International Law Commission,* 1996, Vol. II, Segunda Parte, pág. 18 [Traducción no oficial].

46 Parenti, Pablo, "Argentina", en Kai Ambos, *et. al.* (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, Georg-August-Universität-Göttingen-Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, págs. 21 a 66.

cisiones se han reconocido las consecuencias de esta subsunción, entre ellas, la no aplicabilidad de las normas de prescripción y, en general, la aplicación del régimen internacional para este tipo de crímenes. Por último, de manera notoria, se desataca el criterio adoptado por algunas cortes de la región al afirmar que este proceso de subsunción en las normas internacionales no es violatorio de los derechos de la persona acusada.

A. Subsunción de conductas en normas de derecho internacional

Venezuela, *Recurso de revisión (Caso Marco Antonio Monasterios Pérez) (Casimiro José Yánez) (Relación de sentencias 15.b),* Consideraciones IV.1:

> [E]n el artículo IV de [la] Convención [Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas] se indicó que: *"[l]os hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos de cualquier Estado Parte"*. Por ende, desde la fecha de suscripción, ratificación y depósito de dichos tratados, la falta de regulación expresa sobre tales delitos no es excusa para asegurar que las conductas que el Estado venezolano se obliga a sancionar conforme a los tratados suscritos quede impune o tenga una pena irrisoria en el orden interno, por cuanto, y haciendo suya la Sala un extracto de la jurisprudencia argentina: *"la subsunción en tipos locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas [analizadas] (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* [nota en el original omitida]" [Énfasis en el original].

Panamá, *Recurso de apelación (Caso Cruz Mojica Flores) (Relación de sentencias 11.c)*, Consideraciones:

> Señalan las constancias procesales que [los delitos se cometieron] cuando el país se encontraba confrontando situaciones gubernamentales a merced de un régimen de fuerza eminentemente militar.
>
> En tal coyuntura la seguridad jurídica ciudadana y la tutela judicial se encontraban en una franca incertidumbre, el derecho a la vida así como el resto de las garantías fundamentales que deben acompañar la existencia humana se veían soslayados. En consecuencia, *la afectación de este derecho de primer orden [el derecho a la vida], se ve subsumida en el ahora denominado derecho de gentes* [Énfasis añadido].

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerandos 700, 701 y 714:

> En el presente caso, conforme a la ejecución del hecho y a los móviles determinantes de las muertes ocurridas en el Solar de Barrios Altos y en la avenida Ramiro Prialé, se tiene que no sólo se preparó anticipadamente la comisión del delito —lo que presupone la existencia de un plan preconcebido, por lo menos en sus lineamientos de ejecución—,

a cuyo efecto se constituyó un Destacamento Especial de Inteligencia, cuya misión específica era, entre otras, matar a quienes estimaron estaban vinculados al aparato político o militar de la organización terrorista "Sendero Luminoso". Los ejecutores materiales actuaron con absoluta frialdad y determinación, en lo que entendían era una operación militar de eliminación de senderistas, a cuyo efecto incursionaron con sigilo y decisión al Solar del Jirón Huanta —Barrios Altos y a la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle", La Cantuta —donde aparentaron una operación de registro y búsqueda de terroristas en las instalaciones de los estudiantes y profesores—, sorprendieron a las víctimas, que no esperaban una acción semejante, las sometieron y les dieron muerte utilizando su armamento de guerra.

En el primer caso, irrumpieron en el solar del Jirón Huanta ochocientos cuarenta, aprovecharon que los agraviados se encontraban departiendo en una pollada, separaron a determinados asistentes y dispararon contra ellos sin miramiento alguno, lo que incluso determinó el asesinato de un niño. En el segundo caso, bajo la apariencia de una operación de identificación de posibles subversivos, ingresaron a la Universidad La Cantuta —que incluso se encontraba bajo control militar—, redujeron a quienes consideraron senderistas —sobre la base de una identificación previa decidida con anterioridad—, los llevaron a un descampado en la avenida Ramiro Prialé y, sin más, los ejecutaron utilizando el armamento de guerra que portaban, y luego los enterraron y quemaron para ocultar el crimen perpetrado.

En estas condiciones es indiscutible que el crimen fue alevoso. Así se planificó y así se realizó, a la vez que para su ejecución se contó con la formación castrense de los autores materiales. Se sorprendió a las víctimas para inmovilizarlas, se cuidó que se encontraran desarmadas, se las sometió y, luego, se las atacó con armamento de guerra, evitando cualquier maniobra defensiva de su parte y asegurando su muerte. Hubo, pues, indefensión de las víctimas y se aseguró el resultado letal, sin riesgo para los ejecutores; todo ello, por lo demás, se buscó de propósito.

Se mató en función a un plan previamente elaborado, y la ejecución del crimen siguió, por lo menos externamente, pautas propias del desarrollo de operaciones militares, aunque al margen y en contradicción con la propia normatividad castrense. La concepción que se asumió se basó, sin duda, en el desprecio a la vida humana y en una abierta rebeldía a las reglas básicas de una sociedad civilizada, a la esencia misma del honor militar y de los lineamientos que rigen el enfrentamiento y trato al enemigo vencido o desarmado.

En coherencia con [el estudio de los elementos de los crímenes de lesa humanidad] se ha caracterizado al asesinato, como delito contra la humanidad [nota en el original omitida], precisando que él es consecuencia o expresión de una agresión sistemática, proveniente del Estado o de sus órganos de poder, la cual es promovida o avalada por políticas y directivas oficiales o cuasi oficiales, y que recae sobre la población civil en una coyuntura de conflicto bélico o social. No hay obstáculo, asimismo, para incorporar a estas consideraciones las lesiones graves, no sólo porque en el caso Barrios Altos formaron parte de un mismo ataque que apuntaba a aniquilar a presuntos terroristas, sino porque el resultado era coherente con ese objetivo o misión [Énfasis añadido].

i. Subsunción en normas internacionales de tipos penales distintos a las conductas constitutivas de crímenes de derecho internacional

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerandos 10-14 y 17:

> [L]a apreciación de la Cámara de Casación relativa a que la conducta de Arancibia Clavel de tomar parte en la asociación ilícita que integraba "de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los 'crímenes de lesa humanidad'" no puede compartirse. Se pretende dar sustento a tal afirmación en la circunstancia de que el objeto de la sentencia apelada no incluye los delitos que pudieran haber cometido los miembros de la banda —ni siquiera el homicidio de Prats y su esposa, objeto de otro recurso—, sino tan solo la imputación por el art. 210 [del] Código Penal [que establece el tipo penal del delito de asociación ilícita], hecho que no estaría comprendido en ninguna de las definiciones de delitos de lesa humanidad que transcribe, y a las que califica, además, de "inseguras".
>
> [E]strictamente, y a partir de las propias definiciones utilizadas por el *a quo* correspondía calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos —sobre cuyo carácter no caben dudas— con la aquiescencia de funcionarios estatales. En efecto, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma que en la resolución apelada cita sólo en su art. 7, queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos.
>
> [E]n este sentido no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros.
>
> Así, por ejemplo lo estatuyen los arts. 2, y 3 inc. b de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la "asociación para cometer genocidio".
>
> [D]el plexo normativo internacional transcripto se desprende que dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad, también se incluye el formar parte de una organización destinada a cometerlos, con conocimiento de ello[47].
>
> [E]n consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad.

[47] Los instrumentos internacionales mencionados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Argentina en el párrafo 13 de la sentencia referida son: "la Carta de Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 30 de abril de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948, […] [y] el artículo 7.1, inciso h, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, […] [y] el artículo II de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad".

Colombia, *Recurso de apelación (Manuel Enrique Torregrosa Castro) (Relación de sentencias 4.k)*, Considerando 25:

> [V]arios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también debe ser calificado como punible de la misma naturaleza [nota en el original omitida], como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica [nota en el original omitida].
>
> Ha de agregarse que al ordenamiento jurídico nacional han sido incorporados diferentes tratados y convenciones, bien por anexión expresa o por vía del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política), que permiten constatar que el *concierto para delinquir* sí hace parte de los crímenes de lesa humanidad[,] [tales como] […] [la] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio […] Art. III. Serán castigados los actos siguientes: […] b) La asociación para cometer genocidio.

B. Consecuencias jurídicas de la subsunción en normas internacionales

Argentina, *Caso "Circuito Camps" y otros (Miguel Osvaldo Etchecolatz) (Relación de sentencias 1.d)*, Considerandos I y IV.a:

> La conducta del imputado encuadra en el artículo 144 bis inciso 1º del Código Penal, con la agravante prevista en el último párrafo de dicho artículo en cuanto remite a los incisos 1º, 2º y 5º del artículo 142 del mismo cuerpo normativo, es decir el delito de privación ilegal de la libertad cometido utilizando ilegalmente su calidad de funcionario público, agravado por las circunstancias de haberse cometido con violencias o amenazas y haber durado la privación de libertad más de un mes […].
>
> También debe encuadrarse su conducta dentro del artículo 144 ter[48] del Código Penal por la aplicación de tormentos sufridos por las víctimas de autos […].
>
> Se impone sobre el punto recordar que *los delitos aquí juzgados, son de lesa humanidad y es precisamente por eso que no han prescripto.* Esta afirmación surge de las distintas etapas del expediente en las que se los calificó de esa manera, etapas todas superadas en cada rechazo que sufrieran los planteos efectuados en sentido contrario por la defensa [Énfasis añadido].

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 711:

> Las disposiciones indicadas en el primer caso, bajo el ámbito esencial del Estatuto de Nüremberg, en tanto forman parte del Derecho Internacional consuetudinario y

[48] Nota de edición: La expresión "ter" en este contexto se refiere a la numeración del artículo referido en el Código Penal argentino. En algunos países latinoamericanos es común, en el proceso de reformas de códigos penales, incluir nuevas disposiciones o tipos a los que, para no modificar la numeración preexistente, se les añade "bis", "ter", "quater" o subsiguientes.

se configuraron antes de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, son plenamente aplicables para la labor de subsunción [nota en el original omitida]. Sin embargo, es de rigor identificar determinados límites, en tanto (i) se reconoce a esas disposiciones, nucleadas alrededor del Estatuto de Nüremberg, el propio carácter de norma internacional consuetudinaria; (ii) se asume las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal [ley previa, estricta, escrita y cierta: artículos 2°.24.d) de la Constitución y II del Título Preliminar del Código Penal], en cuya virtud cabe afirmar, desde una perspectiva material, que no existía en el momento de comisión de los hechos: mil novecientos noventa y uno–mil novecientos noventa y dos una ley que hubiera incorporado una figura penal en nuestro ordenamiento punitivo y que comprenda, de un lado, todos los elementos descriptos en esa norma internacional consuetudinaria en cuanto crimen internacional —ni siquiera en la actualidad el legislador ordinario ha cumplido con las exigencias de tipificación material derivadas de la ratificación por el Perú del Estatuto de la Corte Penal Internacional—, y de otro lado, la sanción correspondiente; y, (iii) se admite que los crímenes contra la humanidad afectan los Derechos Humanos esenciales, de suerte que lo medular de las conductas que prohíbe en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente.

Por ello es de atender, para su debida identificación, a los elementos contextuales o a las circunstancias –que son las que confieren a unos determinados hechos el carácter de crimen internacional– que rodearon los ataques que causaron las muertes y lesiones graves de veintinueve personas, y que en ese momento estaban legalmente previstas en nuestro derecho interno como delitos de homicidio calificado y lesiones graves, y que no se oponen a lo dispuesto en los artículos 45° y 46° del Código Penal. La norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, así como otros elementos que en los párrafos siguientes se precisarán, todos los cuales están debidamente predeterminados —presentan límites suficientemente definidos— por la aludida norma internacional consuetudinaria. La concurrencia de estas circunstancias, a su vez, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo. *Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad [nota en el original omitida], y que por ello permite la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal* [Énfasis añadido].

C. Subsunción en normas internacionales y derechos de la persona acusada

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerandos 16 y 18:

[De conformidad con el recurrente] el veredicto en estudio hizo una calificación inexacta del ilícito y determinó la pena conforme a dicho criterio y además ha valorado

desacertadamente el injusto, estimando como delito un hecho que la ley penal no considera como tal, incurriendo en falsa aplicación de las normas, disponiendo la concurrencia de una legislación inexistente y declarando que el hecho se inserta en un tipo penal que nuestro ordenamiento no contempla. […] Ilustra su crítica con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita recién en mil novecientos noventa y cuatro y que actualmente está en tramitación en el Congreso Nacional, lo que claramente constituye aplicación de derecho inexistente, conculcando así todo nuestro orden constitucional, ya que se ha tipificado equivocadamente el delito de secuestro procurando presentarlo como equivalente al de desaparición forzada de personas previsto en dicha Convención, con el único objeto de proceder a denegar la aplicación de la amnistía y la prescripción. […] [El] veredicto en revisión […] hace aplicación de la mencionada Convención a la cual se le concede carácter de obligatoria, pese a que en [Chile] es inexistente debido a que no ha sido revisada por nuestro Parlamento, ni ha pasado por el Tribunal Constitucional, negándose aplicación a la amnistía y a la prescripción, que sí son instituciones vigentes en nuestro ordenamiento. Además, dichos sentenciadores recurrieron a lo que denominaron la maciza doctrina de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, que habría formulado los principios reconocidos en el estatuto del Tribunal de N[üremberg] y en los juicios iniciados por éste, los cuales aplica al caso en comento, misma situación que se da respecto de la llamada resolución Nº 808, de febrero de mil novecientos noventa y tres […] que creó un Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de guerra cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, resolución que sería aplicable en nuestra nación por encontrarse ese tribunal basado en el capítulo VI [*sic*] de la Carta de las Naciones Unidas. A mayor ilustración indica, […] los dirimentes ocupan como fuente del derecho aplicable en lo dispositivo del fallo, el Estatuto Penal Internacional, el cual declara en funciones, en circunstancia que en nuestra Patria no ha entrado a regir por haber sido objeto de un severo reproche del Tribunal Constitucional en orden a una modificación previa a nuestra carta magna […].

[A criterio de este Tribunal] es menester consignar que la alegación del recurrente en orden a que el fallo *sub lite* aplicó legislación no vigente en nuestra Patria al momento de ocurrir los hechos, debe también ser desechada por la razones expuestas en el razonamiento cuarto de esta resolución, en el sentido que el veredicto de segundo grado no se asila en dichas normas para condenar a su defendido, sino que lo hace en el artículo 141 del Código sancionatorio, ilustrando su decisión con las reglas de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y la resolución que creó el Tribunal Internacional para juzgar los delitos perpetrados en la ex Yugoslavia, así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional. De lo anterior fluye claramente que la condena en comento se asentó en el artículo 141, incisos 1º y 4º, del Código punitivo, que reprime el delito de secuestro calificado, […] las regulaciones que invoca el impugnante, las cuales sólo dan cuenta de la importancia del delito cometido y como, a través del tiempo, se ha tratado de reforzar aún más la idea del respeto a la libertad individual como un bien jurídico de la mayor importancia, así como el reconocimiento a la vida y dignidad de las personas y de quienes tienen el justo y legítimo derecho de conocer el paradero de los que han sido detenidos.

D. Subsunción de la conducta en tipos penales de derecho nacional

Como se ha mencionado en repetidas ocasiones, en muchos casos la persecución de crímenes internacionales por cortes latinoamericanas ha tenido que basarse en delitos comunes previstos en la legislación nacional. Al respecto, la jurisprudencia de la región ha desarrollado algunos criterios de importancia. En primer lugar, se ha afirmado que si la legislación nacional contempla un tipo penal correspondiente a la definición internacional del crimen, se deberá utilizar éste en la persecución penal de los posibles responsables frente a cualquier otro tipo penal. De no existir un tipo que contenga todos los elementos se deberá optar, entre los tipos penales existentes, por aquél que mejor responda a las características y naturaleza del crimen en cuestión; en este proceso, se excluyen, por ejemplo, los delitos militares. Por último, se aclara que existen tipos penales domésticos que pueden compartir algunos elementos con las definiciones internacionales de genocidio, crímenes de lesa humanidad o de guerra; sin embargo, ante la ausencia de los elementos que definen estos crímenes[49], los delitos no serán equiparables.

i. Se debe privilegiar el tipo penal que responda mejor a la naturaleza y circunstancias de los crímenes de derecho internacional

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerandos 19 y 20:

> [E]n lo que atañe a la equivocada calificación del hecho como constitutivo del delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en los incisos 1º y 4º del artículo 141 del Código Penal, porque a la fecha de la ocurrencia del evento su defendido tenía la calidad de funcionario público, dado que se desempeñaba en entidades públicas, como el Ejército de Chile, lo que desplaza la conducta a la figura descrita en el artículo 148 del mismo ordenamiento, llamada por la doctrina detenciones ilegales y, que a su juicio, es plenamente aplicable al ilícito en estudio, es útil destacar que *nuestro legislador presupone en el denominado delito de detenciones ilegales, que el funcionario actúa con un móvil concordante con la función pública que debe desarrollar y de un modo, aunque ilícito, no del todo contradictorio con el ordenamiento jurídico.* Entonces lo lógico es concluir que el tipo de detención ilegal verificada por funcionario es equivalente a la figura privilegiada concedida al particular que detiene a alguien para presentarlo ante la autoridad y que reprime el artículo 143 del mismo cuerpo legal. Por ende, los casos en que no concurren los requisitos que hacen procedente el privilegio corresponden a la conducta genérica de privación de libertad; o dicho de otro modo, la sanción aplicable al funcionario depende del tipo realizado por su actuación, que puede ser tanto el especial, contenido en el referido artículo 148, como el común castigado en el artículo 141 del mismo texto, según la siguiente hipótesis disyuntiva: a) *cuando es*

[49] Con respecto a los elementos que definen los crímenes internacionales, el profesor Antonio Cassese ha concluido que los mismos son: (i) en el genocidio, el dolo especial o intención genocida; (ii) para los crímenes de lesa humanidad, la naturaleza sistemática o generalizada del ataque contra la población civil, y (iii) en los crímenes de guerra, el contexto de conflicto armado y la relación directa de la conducta con el mismo. Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* 2da edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2008. Estos elementos son abordados con más detalle en la sección correspondiente a cada uno en el Capítulo I de este mismo digesto.

posible reconocer en el acto del funcionario una suficiente conexión con el legítimo sistema de vulneración de la libertad de las personas, el derecho penal le otorga un trato más benigno con el tipo especial privilegiado del artículo 148; o, b) de lo contrario, la acción que el funcionario realiza es la del tipo común de privación de libertad contemplada en el artículo 141, ya sea su hipótesis genérica o cualquiera de las figuras calificadas, como ocurre en el presente caso. Para discernir el tipo donde debe insertarse la conducta del inculpado, es necesario precisar que el funcionario no sólo debe actuar guiado por un interés en la cosa pública, sino que su intervención debe demostrar también objetivamente un importante grado de congruencia o conexión con el sistema o procedimiento regular de privación de la libertad individual. *Lo esencial en este punto ha sido la obstaculización o libre desenvolvimiento de los procedimientos de control judicial o administrativos de la privación de libertad de una persona, lo que trae como consecuencia que el condenado no se encuentre en la situación del artículo 148 de la recopilación sancionatoria, sino que en aquellas del artículo 141.* […] [S]e ha estimado que son parámetros decisivos para determinarse cuál de las dos disposiciones es procedente aplicar, el observar que: a) se detenga en razón de la persecución de un delito; b) que se deje alguna constancia de la detención; y c) que se ponga al detenido a disposición de los tribunales de justicia. Faltando estos requisitos debe aplicarse el artículo 141, por lo que corresponde subsumir en dicho tipo la detención ilegal llevada a cabo con grave abuso del cargo por el funcionario [nota del original omitida] [Énfasis añadido].

[L]os elementos probatorios reunidos durante el transcurso del litigio no permiten concluir que concurren las exigencias mencionadas para enmarcar la acción de Krassnoff en el artículo 148. En efecto, no consta en parte alguna del proceso que la detención efectuada por aquél haya obedecido a un delito cometido por la víctima, ni menos aún que quedara constancia de dicha detención y que se le pusiera a disposición de algún tribunal de la República para su procesamiento, sino que, por el contrario, tal como se lee de los hechos irrevocablemente fijados por el fallo de la alzada, Miguel Sandoval fue detenido sin orden administrativa o judicial que la justificase, conducido a un centro de detención clandestino, conocido como Villa Grimaldi desde donde desaparece luego de su paso por el mismo, por lo que no es posible recalificar el delito como de detención ilegítima, según lo pretende este recurrente.

a. Delitos comunes vs. delitos militares

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a),* Considerando 26:

[P]rocede consignar que los elementos del tipo descrito en el artículo 330 del Código de Justicia Militar, exigen que el sujeto activo calificado, —en este caso un militar—, debe actuar en ejercicio de una orden superior o de sus funciones militares. Dicho supuesto no ha sido demostrado pues […] la detención irregular de civiles no puede considerarse propia de las funciones militares, ni [se ha probado] […] la existencia de orden alguna para detener a personas, en contra de quienes se haya impartido y que hubieran participado en ilícito alguno. […] Lo hará en el ejercicio de sus funciones castrenses cuando su intervención guarde relación con las misiones que le corresponda

> por su calidad de soldado. […] [S]i la actuación del militar no responde a razones funcionarias, sino a otras de distinta índole, no se configura el delito previsto en el artículo 330, por cuanto no concurren las referencias o modalidades atinentes al sujeto activo y que tienden a darle al hecho punible un carácter de delito funcionario o ministerial.

ii. De existir el tipo penal correspondiente al crimen de derecho internacional se debe privilegiar éste frente a otros tipos penales

Guatemala, *Caso Masacre de Río Negro (Macario Alvarado Toj y otros) (Relación de sentencias 8.b)*, Fundamento Jurídico II:

> [E]sta Sala estima que la calificación adecuada a la masacre de Río Negro era de la GENOCIDIO y en consecuencia eso fue lo que debió solicitar tanto el acusador como el querellante, ya que el hecho es totalmente deleznable: Se atacó la vida de mujeres y de niños y esto ocasionó un gran impacto en la sociedad que debe ser castigado drásticamente. Esta Sala lamenta que el ente acusador y el querellante respectivo ni hayan intentado tipificar el hecho como Genocidio, ya que por las circunstancias específicas del hecho el destinatario, en este caso concreto, fue un grupo étnico, racial, nacional, que tiene una gran trascendencia a nivel internacional […]. [E]sta consideración se efectúa en razón del Derecho Penal Internacional, porque esta Sala debía pronunciarse y hacer un llamado a los entes encargados de la persecución a efecto de que en posteriores casos hagan valer el Derecho Penal Internacional [Énfasis en el original].

En esta misma línea, véase, Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322 de la Ley 589 de 2000 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.c),* Considerando 4:

> Ciertamente, esta Corte considera inadmisible la tesis según la cual las conductas de aniquilación de los grupos que actúan al margen de la ley, podrían recriminarse acudiendo a otros tipos penales, verbigracia el homicidio, pues ella desconoce la especificidad del genocidio y la importancia de incriminar las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad […].

iii. Delitos que comparten algunos elementos con los crímenes de derecho internacional, pero que difieren de éstos

Bolivia, *Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 138 del Código Penal (Relación de sentencias 2.b),* Fundamento II.3.2:

> Las "masacres sangrientas" a las que alude [el mismo] artículo [que tipifica el genocidio], tienen particularidades que no pueden subsumirse en los supuestos contenidos en el primer párrafo del art[ículo] 138 [que recupera la definición de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio]; 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.

En este contexto, corresponde analizar si el segundo párrafo contiene un supuesto demasiado extenso vulnerando con ello el principio de taxatividad. Para ello es preciso analizar qué se entiende gramaticalmente por "masacre sangrienta".

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, masacre significa "matanza de personas, por lo general indefensas, producida por ataque armado o causa parecida", siendo ése, por consiguiente, el acto típico contenido en el segundo párrafo del art[ículo] 138 del C[ódigo] P[enal]; no siendo necesario que el supuesto contemple otras características como por ejemplo la pertenencia de ese grupo a una etnia, nacionalidad o cultura determinada, puesto que —como se explicó en párrafos precedentes— el sentido del legislador, no fue delimitar al sujeto pasivo, ya que por sus características, éstos pueden tener orígenes disímiles.

a. El caso boliviano

Bolivia, *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y otros) (Relación de sentencias 2.a)*, Sección VII, Considerando:

> El 15 de enero de 1981 acontecieron hechos luctuosos que conmovieron profundamente la sensibilidad del pueblo de Bolivia, cuando en operativo de exterminio fueron bárbaramente ejecutados por organismos de represión del Estado en la calle Harrington de la ciudad de La Paz, los dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (MIR).
>
> Por [la] prueba [presentada] se concluye que fueron elaborados planes operativos de exterminio de la alta dirección del MIR en organismos de seguridad del Estado […]. [E]l día miércoles 14 de enero de 1981, se realizó una última reunión en la D.I.N. […] donde se planificó el operativo "para eliminar físicamente a los dirigentes de ese partido" […].
>
> [De acuerdo al testimonio de uno de los participes] "[e]l operativo consistió en la toma por asalto de la casa en la que se hallaban reunidos los dirigentes del MIR. Todos los grupos y sus participantes tomamos la casa y procedimos a la captura de 8 dirigentes del MIR que allí estaban reunidos. No hubo resistencia armada, como se suponía que podía haber porque los señores del MIR se encontraban sin armas. La misión que yo tenía era la de identificar a los dirigentes del MIR. Eso fue lo que hice cuando llegué al segundo piso de la casa de la calle Harrington, donde ya encontré a los ocho dirigentes capturados. Una vez que yo los identifiqué a todos, inmediatamente se procedió a su eliminación con disparos de metralleta".
>
> [Estos hechos constituyen] la masacre sangrienta de la calle Harrington, […] el apresamiento de varios dirigentes del MIR en la Plaza Uruguay y el genocidio de calle Harrington, más aún si ha de entenderse como tal "la destrucción de un grupo

de políticos e intelectuales", puesto que el genocidio siempre fue considerado como un crimen contra la Humanidad, no prescriptible por Convenio de la O.N.U. [*sic*], de 27 de noviembre de 1968, habiendo las Naciones Unidas declarado punibles, además, la conspiración para cometerlo, la incitación directa y pública, la tentativa y la complicidad, castigando a los gobernantes responsables con las penas máximas, cual debe ocurrir en el caso presente.

CAPÍTULO V
JURISDICCIÓN SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

La consolidación del principio de responsabilidad penal individual por la perpetración de los crímenes núcleo de derecho internacional ha dado lugar al planteamiento de algunas cuestiones adicionales: ¿ante qué autoridad deberá responder la persona acusada por cometer dichos crímenes? y, una vez establecida su responsabilidad, ¿cuál será el órgano autorizado para determinar la sanción? Estas preguntas, que son precisamente una más de las particularidades de los crímenes internacionales[1], han sido exploradas por la jurisprudencia de las cortes y tribunales latinoamericanos.

Tradicionalmente, los Estados podrán ejercer su jurisdicción —entendida ésta como la capacidad para adoptar, aplicar y ejecutar reglas que rijan la conducta de las personas[2]— en el ámbito de poder que les corresponda, según los principios y normas aplicables, nacionales e internacionales. En materia penal, esto se traduce en la posibilidad de establecer tipos penales, perseguir las conductas que vulneren las prohibiciones consagradas en dichos tipos y determinar las consecuencias que correspondan, todo en el ámbito de su jurisdicción. De aquí se pueden identificar los tres tipos de jurisdicción estatal: legislativa, ejecutiva y judicial. Sin demeritar la importancia de cada una de éstas, este capítulo se centrará exclusivamente en el estudio de la tercera. Para estos efectos, de este momento en adelante el término "jurisdicción" se utilizará de manera restrictiva, como sinónimo de jurisdicción adjudicativa o judicial.

A este respecto, existen aún importantes debates en cuanto a la naturaleza de las normas que determinan y delimitan la esfera de poder de cada Estado. Para algunos académicos, es el derecho internacional el que establece cuándo y bajo qué condiciones aquéllos podrán ejercer su jurisdicción; en otras palabras, los Estados no podrán actuar en tanto que no exista una norma internacional que expresamente se los permita[3]. Desde la posición contraria, sostenida también por la jurisprudencia internacional, los Estados podrán regular su propia jurisdicción y, de esta forma, determinar en qué casos podrán ejercerla, siempre y cuando no exista una norma de derecho internacional que se los prohíba[4].

---

1 Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court,* 3ra edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2007.

2 Véase, Evans, Malcolm D., *International Law*, 2da edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2006, pág. 335.

3 *Ídem*.

4 En el caso *"S.S. Lotus"* la Corte Permanente de Justicia Internacional concluyó que "la primera y más importante restricción impuesta por el derecho internacional a los Estados es que –en ausencia de una norma permisiva que prevea lo contrario– éstos no podrán ejercer sus poderes en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio excepto con base en una norma permisiva de derecho consuetudinario o convencional. Esto no significa, sin embargo, que el derecho internacional prohíba que un Estado ejerza su jurisdicción en su propio territorio, con respecto a cualquier caso que se relacione con actos que hayan tenido lugar fuera del mismo, y respecto al cual no puede basarse en una norma permisiva de derecho internacional. Esta perspectiva sería

Sin entrar a mayor detalle sobre esta discusión, la práctica de los Estados, así como la jurisprudencia y doctrina internacionales han afirmado que, en la actualidad, la regla general principal para la aplicación de la jurisdicción adjudicativa del Estado continúa siendo la territorialidad[5]. En otras palabras, serán las cortes y tribunales del Estado en dónde se haya cometido el delito las que podrán tomar conocimiento de éste[6]. Ésta no es, claro está, la única base para la actuación de las cortes nacionales. Actualmente se reconocen otros criterios, dentro de los aún considerados como principios clásicos de la jurisdicción penal: (i) el de la personalidad activa[7]; (ii) el de la

sólo defendible si el derecho internacional contuviera una prohibición general a los Estados para extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus cortes sobre personas, propiedades y actos fuera de su territorio, y si, como excepción a esta prohibición general, se permitiera a los Estados hacerlo en casos específicos. Pero este ciertamente no es el caso de conformidad con el derecho internacional y sus estándares actuales. Lejos de establecer una prohibición general de manera que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y jurisdicción de sus cortes […], se deja a los Estados un amplio margen de discreción, que sólo está limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas; con respecto a otros casos, todos los Estados continúan en libertad de adoptar los principios que consideren mejores y más apropiados". Véase, CPJI, *Caso del S.S. "Lotus"*, (Francia vs. Turquía), Sentencia No. 9, Serie A, No. 10, 7 de septiembre de 1927, pág. 15 [Traducción no oficial].

5 Véase, por ejemplo, Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ta edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2003. Desde un punto de vista aún más enfático sobre el principio de territorialidad para la jurisdicción adjudicativa del Estado, véase, Evans, Malcolm D., *International Law*, nota *supra* 2.

6 Entre la legislación latinoamericana a este respecto, véase, por ejemplo, el artículo 1 del Código Penal argentino: "Este código se aplicará: 1º.- Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción […]". Artículo 1 del Código Penal boliviano: "Este Código se aplicará: 1. A los delitos cometidos en el territorio de Bolivia o en los lugares sometidos a su jurisdicción. 2. A los delitos cometidos en el extranjero, cuyos resultados se hayan producido o debían producirse en el territorio de Bolivia o en los lugares sometidos a su jurisdicción". Artículo 14 del Código Penal colombiano: "La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional. La conducta punible se considera realizada: 1. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción. 2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida. 3. En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado". Artículo 4 del Código Penal costarricence: "La ley penal costarricense se aplicará a quien cometa un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas en los tratados, convenios y reglas internacionales aceptados por Costa Rica. Para los efectos de esta disposición se entenderá por territorio de la República, además del natural o geográfico, el mar territorial, el espacio aéreo que los cubre y la plataforma continental. Se considerará también territorio nacional las naves y aeronaves costarricenses". Artículo 8 del Código Penal salvadoreño "La ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República, o en los lugares sometidos a su jurisdicción". Artículo 4 del Código Penal guatemalteco: "Salvo lo establecido en tratados internacionales, este Código se aplicará a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción". Artículos 1, 2.1 y 3 del Código Penal Federal mexicano: "Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal", "Artículo 2o. Se aplicará, asimismo: I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República; […]", "Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes. La misma regla se aplicará en el caso de delitos continuados". Artículo 3 del Código Penal venezolano: "Todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana".

7 Con base en este principio, las cortes locales tendrán conocimiento de las conductas delictivas cometidas por sus propios nacionales en el territorio de otro Estado. El punto central de este principio de jurisdicción es que la nacionalidad representa un elemento de lealtad o afiliación con un determinado Estado, y también es una expresión de la soberanía del mismo. Algunos autores han identificado distintos criterios por los que se podría establecer jurisdicción con base en la nacionalidad del sujeto activo: (i) dada la gravedad de la

personalidad pasiva[8], y (iii) el del interés nacional o de protección[9].

ofensa; (ii) para evitar la extradición de un nacional para ser sujeto a la jurisdicción del Estado territorial, y (iii) para sancionar una conducta prohibida en el Estado de nacionalidad pero no en el Estado territorial. Véase, por ejemplo, Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* 2da edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2008; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, nota *supra* 5; Inazumi, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law,* Intersentia, Antwrpen-Oxford, 2005. Como ejemplo de disposiciones en los códigos penales de la región respecto de la jurisdicción por personalidad activa, véase, el artículo 1.3 del Código Penal boliviano: "Este Código se aplicará: […] 3) A los delitos cometidos en el extranjero por un boliviano, siempre que éste se encuentre en territorio nacional y no haya sido sancionado en el lugar en que delinquió". Artículo 16.4 del Código Penal colombiano: "La ley penal colombiana se aplicará: […] 4. Al nacional que fuera de los casos previstos en los numerales anteriores, se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley penal colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años y no hubiere sido juzgado en el exterior". Artículo 5 del Código Penal Federal mexicano: "Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I. Que el acusado se encuentre en la República; II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquió, y III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República". Artículo 10.5 del Código Penal uruguayo: "Se sustraen a la aplicación de la ley uruguaya, los delitos cometidos por nacionales o extranjeros en territorio extranjero, con las siguientes excepciones: […] 5º Los delitos cometidos por un uruguayo, castigados tanto por la ley extranjera como por la nacional, cuando su autor fuere habido en el territorio de la República y no fuese requerido por las autoridades del país donde cometió el delito, aplicándose en ese caso la ley más benigna". Artículo 4 del Código Penal venezolano [se omite el texto del mismo por su extensión].

8 De acuerdo con este principio, las cortes de un Estado podrán tomar conocimiento de los crímenes perpetrados fuera de su territorio por un extranjero en contra de uno de sus nacionales, según las normas que al respecto se establezcan en cada sistema jurídico. Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* nota *supra* 7; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, nota *supra* 5; Inazumi, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law,* nota *supra* 7. Como ejemplo de disposiciones en los códigos penales de la región respecto de la jurisdicción por personalidad pasiva, véase, el artículo 16.5 del Código Penal colombiano: "La ley penal colombiana se aplicará: […] 5. Al extranjero que fuera de los casos previstos en los numerales 1, 2 y 3, se encuentre en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano, que la ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años (2) y no hubiere sido juzgado en el exterior". Artículo 5.4 del Código Penal guatemalteco: "Este Código también se aplicará: […] 4. Por delito cometido en el extranjero contra guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país de su perpetración, siempre que hubiere acusación de parte o del Ministerio Público y el imputado se hallare en Guatemala". Artículo 5 del Código Penal Federal mexicano [texto completo en la nota anterior]. Artículo 2.4 del Código Penal peruano: "La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando: […] 4. Es perpetrado contra peruano […] y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República". Artículo 10.6 del Código Penal uruguayo: "Se sustraen a la aplicación de la ley uruguaya, los delitos cometidos por nacionales o extranjeros en territorio extranjero, con las siguientes excepciones: […] 6º Los delitos cometidos por un extranjero en perjuicio de un uruguayo, o en perjuicio del país, con sujeción a lo establecido en el inciso precedente, y siempre que concurran las circunstancias en él articuladas".

9 De conformidad con este principio, las cortes nacionales podrán ejercer jurisdicción sobre una conducta criminal cuando la misma afecte intereses esenciales del Estado. Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* nota *supra* 7; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, nota *supra* 5; Inazumi, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious*

Este panorama normativo respecto del ejercicio de la jurisdicción del Estado en materia penal se torna aún más complejo cuando se trata de los crímenes núcleo de derecho internacional, en relación con los cuales se han reconocido otras bases jurisdiccionales. En particular, nos referimos al *principio de jurisdicción universal*, y a lo que algunos académicos han denominado como el principio *aut dedere aut iudicare*[10] o jurisdicción con base en tratados internacionales[11]. Cada uno de estos temas será analizado con mayor profundidad más adelante.

Todo lo anterior se refiere, claro está, a la actuación de los órganos judiciales nacionales, que en conjunto componen lo que el profesor Cherif Bassiouni ha denominado como el ***sistema de aplicación indirecta*** de los crímenes núcleo de derecho internacional[12]. De la mano de éste, actualmente existe un ***sistema de aplicación directa*** que se conforma por las cortes y tribunales penales internacionales que conocen de la responsabilidad penal individual por la perpetración de dichos crímenes.

Mucho se ha escrito con respecto a la historia y desarrollo de los tribunales penales internacionales. Desde el Tribunal Militar Internacional en Nüremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en Tokio, hasta los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda y la Corte Penal Internacional[13]. Más aún, a los tribunales de naturaleza puramente internacional se les han unido, en el panorama de los órganos judiciales con jurisdicción para la persecución de estos crímenes, los llamados genéricamente tribunales

Crimes under International Law, nota *supra* 7. Como ejemplo de disposiciones en los códigos penales de la región respecto de la jurisdicción por el interés nacional o de protección, véase, el artículo 1.4 del Código Penal boliviano: "Este Código se aplicará: […] 4. A los delitos cometidos en el extranjero contra la seguridad del Estado, la fe pública y la economía nacional. Esta disposición será extensiva a los extranjeros, si fueren habidos por extradición o se halle dentro del territorio de la República". Artículos 16.1 y 16.5 del Código Penal colombiano: "La ley penal colombiana se aplicará: 1. A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto la conducta definida en el artículo 323 del presente Código, contra la administración pública, o falsifique moneda nacional o incurra en el delito de financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana. […] 5. Al extranjero que fuera de los casos previstos en los numerales 1, 2 y 3, se encuentre en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano, que la ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años (2) y no hubiere sido juzgado en el exterior". Artículo 5.6 del Código Penal guatemalteco: […] 6. Por delito cometido en el extranjero contra la seguridad del Estado, el orden constitucional, la integridad de su territorio, así como falsificación de la firma del Presidente de la República, falsificación de moneda o de billetes de banco, de curso legal, bonos y demás títulos y documentos de crédito".

10 Véase, por ejemplo, Bassiouni, M. Cherif y Wise, Edward M., *Aut Dedere, Aut Judicare. The duty to Extradite or Prosecute in International Law,* Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1995.

11 Evans, Malcolm D., *International Law*, nota *supra* 2.

12 Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2003, pág. 333.

13 Véase, entre otros, Bassiouni, M. Cherif, "International Criminal Investigations and Prosecutions: From Versalles to Rwanda", en M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law. Enforcement,* Vol. II, 2a edición, Transnational Publishers, 1999; Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* nota *supra* 7.

mixtos[14], que incluyen a la Corte Especial para Sierra Leona[15] y a las Cámaras Extraordinarias en Camboya[16], entre otros[17].

No es el objeto de esta introducción entrar al detalle del proceso de creación, análisis de las bases jurisdiccionales y práctica de cada uno de estos órganos judiciales. Sin minimizar la importancia del estudio de esos temas, actualmente es innegable que los tribunales penales internacionales (posiblemente también los mixtos) son una realidad permanente del sistema global de justicia y, por ende, el análisis debe centrarse no sólo en su legitimidad, sino también en su eficacia, vinculación y articulación con los sistemas nacionales de justicia. Tal como lo ha propuesto el profesor Antonio Cassese, "[e]l establecimiento de los tribunales y cortes penales internacionales ha planteado el delicado problema de cómo coordinar la actuación [de éstos] con la de las cortes nacionales: cuando los dos tipos de cortes tienen poderes para pronunciarse sobre el mismo crimen, cuál de ellas debe tener precedencia y bajo qué condiciones"[18].

La respuesta a esta pregunta ha estado propuesta en los documentos constitutivos o estatutarios de los propios tribunales y cortes internacionales, y ha variado significativamente en distintos momentos de la evolución del derecho penal internacional. La relación entre las jurisdicciones nacionales y la internacional ha ido desde un sistema especial y extraordinario creado al final de la Segunda Guerra Mundial, pasando por la primacía de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda[19], hasta la complementariedad de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones nacionales. Al respecto, el profesor Ezequiel Malarino ha afirmado que con la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se "adopta un *modelo binario*, pero estratificado en múltiples jurisdicciones: por un lado, una multiplicidad de sistemas nacionales —cada uno con sus propias especificidades— de *actuación prioritaria*; por el otro, la [Corte Penal Internacional] de *actuación complementaria*. El Estatuto de Roma crea, por tanto, un sistema complejo, compuesto por diferentes subsistemas jurídicos o niveles normativos, y por tanto un sistema que funciona en diferentes velocidades"[20].

---

14 Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, nota *supra* 12, así como Bantekas Ilias y Nash Susana, *International Criminal Law*, 3ra edición, Routledge-Cavendish Taylor & Francis Group, Londres-Nueva York, 2007, págs. 557-579.

15 La Corte Especial para Sierra Leona fue creada en virtud del *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona* de 16 de enero de 2002.

16 Las Salas Extraordinarias en las cortes de Camboya fueron creadas en virtud del *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno del Reino de Camboya respecto a la persecución bajo ley camboyana por crímenes cometidos durante el periodo Kampuchea Democrática* de 6 de junio de 2003.

17 Otros tribunales para la persecución de crímenes internacionales que han sido catalogados como mixtos o híbridos por algunos doctrinarios son: (i) los Paneles Especiales para Serios Crímenes en Timor Oriental (*Special Panels for Serious Crimes, Dilli, East Timor*) creados en virtud de la Regulación 2000/11 bajo la administración de la Misión de las Naciones Unidas para el Apoyo de Timor Oriental (*United Nations Mission of Support in East Timor*); (ii) la Corte de Crímenes de Guerra y Étnicos en Kosovo, proyecto que fue abandonado, y (iii) el Tribunal Especial Iraquí para el Enjuiciamiento de Crímenes contra la Humanidad, establecido en virtud de la adopción por parte del Consejo de Gobierno Iraquí de la Orden No. 48 de la Autoridad Provisional de Coalición establecida con posterioridad a la intervención militar en territorio iraquí.

18 Cassese, Antonio, *International Criminal Law,* nota *supra* 7, pág. 336 [Traducción no oficial].

19 Véanse, los artículos 9 y 8 de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, respetivamente.

20 Malarino, Ezequiel, "Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Esta-

Esta misma pregunta, es decir, cómo coordinar efectivamente el ejercicio de tan diversas jurisdicciones en un sistema de represión global, se duplica cuando dos o más Estados reclaman jurisdicción sobre la misma persona acusada y por los mismos hechos, con base en distintos principios de conexión, incluida la jurisdicción universal. En este supuesto, ante la ausencia de normas internacionales que determinen con precisión la prelación entre las jurisdicciones nacionales, la práctica estatal, y dentro de ésta, la interpretación que al respecto den las propias cortes, será crucial para desarrollar criterios aplicables a los conflictos de competencia y, en última instancia, fortalecer el sistema global de justicia.

De manera paralela a la consolidación de las normas que rigen la relación entre distintas jurisdicciones, es importante reconocer que la eficacia de este sistema universal de persecución de crímenes internacionales dependerá de la solidez y eficacia del régimen de cooperación inter-estatal o inter-institucional. Al respecto, el profesor Bassiouni ha identificado al menos ocho modalidades de cooperación indispensables en la persecución de crímenes internacionales: "(i) extradición; (ii) asistencia legal mutua; (iii) ejecución de sentencias penales extranjeras; (iv) reconocimiento de sentencias penales extranjeras[21]; (v) transferencia de procesos penales[22]; (vi) congelamiento y confiscación de bienes derivados de la conducta criminal; (vii) transferencia de información de inteligencia y ejecución de la ley, y (viii) creación de espacios judiciales regionales y sub-regionales[23]"[24]. En esta misma línea argumentativa es importante hacer notar que existe una obligación implícita de cooperación en materia penal dentro de los tratados más relevantes de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Con respecto a los primeros, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "la necesidad de erradicar la impunidad [por la perpetración de crímenes internacionales] se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos"[25]. En un sentido similar, expertos internacionales en derecho humanitario han entendido que la

tuto 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,* Fundación Konrad Adenauer-Georg-August-Universität-Göttingen, Uruguay, 2006, págs. 489-490.

21 Nota añadida al original: El reconocimiento de sentencias penales es una categoría más amplia de la que se deriva la ejecución de la misma. Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, nota *supra* 12, pág. 357-358.

22 Nota añadida al original: La transferencia de procesos penales se da cuando, una vez iniciados los procedimientos en una jurisdicción, se determina que, por razones prácticas o legales, otra jurisdicción puede ser más conveniente, estableciéndose como el *fórum conveniens. Ibídem*, págs. 358-359.

23 Nota añadida al original: Como "creación de espacios judiciales regionales y sub-regionales" el profesor Bassiouni sugiere el establecimiento de acuerdos de cooperación penal que respondan más específicamente a las condiciones y características culturales, legales, políticas y económicas de las regiones y sub-regiones. *Ibídem*, pág. 377.

24 *Ibídem*, pág. 333.

25 Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, párr. 160. Se ha elegido esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que la misma versa sobre hechos que fueron calificados como "crímenes de lesa humanidad" por el mismo Estado dentro del procedimiento ante este órgano internacional. Para la época del fallo de la Corte estaba pendiente la decisión del Estado de Chile sobre la solicitud del Estado peruano de extraditar al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori. Más aún, los hechos también fueron calificados como crímenes de lesa humanidad en el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, y por la Corte Suprema en el juicio de responsabilidad penal contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori.

obligación general de "hacer respetar" los tratados internacionales en esta materia[26] va más allá de la persecución penal, e implica también la obligación positiva de cooperar en materia penal, al máximo de sus posibilidades, tanto con los órganos nacionales como con los internacionales[27]. Adicionalmente, de conformidad con la Parte IX del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, todo los Estados parte de dicho instrumento tienen la obligación explícita de cooperar con esta Corte y de adoptar todas las medidas legislativas necesarias para garantizar dicha cooperación.

Con estas consideraciones como base, este capítulo se centra en las decisiones a través de las cuales las cortes y tribunales latinoamericanos han reconocido las distintas jurisdicciones que pueden llegar a conocer de crímenes internacionales. Algunas de estas decisiones han incluso enunciado algunos principios básicos que, de conformidad con las normas aplicables y la interpretación de estos tribunales, rigen la relación entre las diversas jurisdicciones. Asimismo, aunque de manera un poco más limitada, las cortes latinoamericanas han abordado también diversos aspectos del régimen de cooperación inter-estatal, particularmente en lo tocante a la extradición y a la cooperación debida a la Corte Penal Internacional.

1. PROCESOS PENALES: OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR, ENJUICIAR Y, EN SU CASO, SANCIONAR CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

Como se ha afirmado en distintas secciones de este estudio, los tratados internacionales relevantes en materia de crímenes internacionales establecen, explícita o implícitamente, la obligación de reprimir y, más particularmente, de enjuiciar y sancionar la perpetración de estos crímenes. Más aún, como ya se ha analizado también, actualmente es innegable que el sistema internacional de justicia se basa en la actuación de las jurisdicciones nacionales que, a través de la persecución penal o de la cooperación internacional, son las primeras obligadas a responder a la comisión de crímenes internacionales. No obstante la certeza de estas terminantes afirmaciones, el derecho penal internacional, en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales o la doctrina en la materia, ha prestado poca atención a las especificidades de dichas obligaciones.

En contraste, la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, especialmente la interamericana, ha afirmado de manera contundente que "la obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados […]. Por ende, basta reiterar que las investigaciones y procesos abiertos […] deben ser realizados por todos los medios legales disponibles y culminar o estar orientados a la determinación de toda la verdad y la persecución y,

[26] Véase, artículo 1 común a los cuarto Convenios de Ginebra de 1949, adoptados el 12 de agosto de 1949, que entraron en vigor el 21 de octubre de 1950: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias". Se incluye también el texto en inglés para resaltar la identidad en los términos "respect and ensure" utilizados tanto en los principales documentos de derechos humanos y en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949: "The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances".

[27] Véase, por ejemplo, Comité Internacional de la Cruz Roja, *Improving Compliance with International Humanitarian Law: ICRC Expert Seminars*, Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, octubre 2003.

en su caso, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos"[28].

A partir de lo anterior, con clara influencia de la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos, las cortes y tribunales latinoamericanos no sólo han afirmado la obligación de enjuiciar y sancionar de manera abstracta, sino que han determinado más específicamente el contenido de estas obligaciones, así como los estándares de debido proceso a los que dichos procedimientos deben estar sujetos para cumplir con las mismas. Este ejercicio interpretativo resulta meritorio en la medida en que desarrolla un aspecto del derecho penal internacional poco analizado en otros foros, y en tanto que ***establece una formulación más precisa, por parte de instituciones nacionales***, ***de las obligaciones internacionales del propio Estado,*** en materia de persecución de crímenes internacionales.

En este contexto, frente a posibles objeciones por el uso de jurisprudencia emitida por órganos internacionales de derechos humanos respecto del procesamiento de crímenes internacionales, es importante tener en mente que la jurisprudencia invocada no se refiere a la determinación de responsabilidad individual, lo cual claramente escapa a la jurisdicción de aquéllos. Por el contrario, la misma se refiere a la determinación de obligaciones estatales, respecto de las cuales existe una evidente identidad entre las establecidas por instrumentos de derecho penal internacional y aquellas fijadas en los de derechos humanos[29]. En segundo lugar, como se mencionó en el capítulo I de este mismo estudio, el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido un papel crucial en el desarrollo de la definición legal de los crímenes internacionales. Por lo anterior, no resulta extraño que este cuerpo normativo tenga también un impacto sustantivo en la interpretación judicial de la obligación de enjuiciar y sancionar la perpetración de dichos crímenes.

Con estas breves reflexiones como telón de fondo, a continuación se presentan algunas de las decisiones latinoamericanas más relevantes en materia de investigación, enjuiciamiento y sanción de crímenes internacionales. Es pertinente resaltar aquellos fallos que se refieren a las obligaciones especiales, a las normas de debido proceso y a los derechos de las víctimas, las cuales apuntan a garantizar que los procesos se realicen de manera seria y no como un mero formalismo.

Paraguay, *Acción de inconstitucionalidad promovida por Modesto Napoleón Ortigoza (Relación de sentencias 12.a)* Considerando 2:

---

[28] Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, nota *supra* 25, párr. 157. Adicionalmente, con respecto a las obligaciones específicas de los Estados en materia de investigación y debida diligencia en los procesos, véase, entre otros, Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, No. 163; Corte IDH, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de julio de 2007, Serie C, No. 167; Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, No. 186.

[29] Según la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, "[l]a obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana". Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 110.

> [E]n todo momento, durante el supuesto juzgamiento del actor, se hallaban vigentes [la Declaración Universal de Derechos Humanos] y [la] Convenci[ón] [sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad] antes aludidas. No se podía aducir que en el Paraguay hubiere estado ni siquiera remotamente legitimada la práctica de la tortura. Por el contrario, *era obligación de las autoridades pertinentes, indagar, averiguar y reprimir tal afrenta a la dignidad humana*. Tanto más que por imperio de la Constitución vigente entonces, y mucho más de la actual, en el orden de precedencia de las normas, luego de la Constitución están los Tratados y Convenciones internacionales que, evidentemente, priman sobre cualquier disposición que pudieran contener los códigos procesales.

Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Relación de sentencias 5.b),* Considerando VII:

> [T]anto la prevención como la represión de [los] delitos [de genocidio, lesa humanidad y guerra], ha sido y es un deber nacional respecto del cual ha existido conciencia plena aún desde antes de la suscripción del Estatuto [de la Corte Penal Internacional], como también desde tiempos históricos se tomó conciencia en nuestro país de la obligación de sancionar todo tipo de prácticas que sean contrarias a la dignidad humana; obligación que, sin duda alguna, ha sido asumida por el Estado costarricense no solo a nivel interno, sino también frente a la comunidad internacional, y que resulta ser, en definitiva, una manifestación ineludible del carácter democrático que debe imperar en el Estado de Derecho.

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Duodécimo:

> [E]n el artículo VI [de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio], se pactó que las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serían juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la Corte Penal Internacional que fuese competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerando 34:

> [En virtud de los Convenios de Ginebra de 1949] también se obligan los Estados a buscar a [las] personas [que cometan infracciones graves contra los mismos], debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo

> al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima.

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete (Relación de sentencias 13.c),* Considerandos 5, 6, 9, 10:

> El Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de […] graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional.
>
> En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional.
>
> Las obligaciones del Estado, en materia de derechos humanos, implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción. Estas obligaciones han quedado enunciadas expresamente por el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas internacionales constituyen, por ende, pauta interpretativa mandatoria de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, vale decir, la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.
>
> La obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988 (párrafo 16[6]), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, 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. *La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente* contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción [Énfasis añadido].

Véase también, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Juan Nolberto Rivero Lazo (Relación de sentencias 13.e),* Considerandos 7-9, 13, 14 (algunos párrafos son iguales, otros similares).

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Julio Héctor Simón (Relación de sentencias 1.c),* Considerandos 18 y 19:

> [L]a Corte Interamericana [en la sentencia del caso Velázquez Rodríguez] dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos

> humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual, "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" [nota en el original omitida].
>
> [E]l fallo citado 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.

Véase también, Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerando 36 (texto similar).

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Juan Nolberto Rivero Lazo (Relación de sentencias 13.e),* Considerando 17:

> La protección judicial [tal como ha sido reconocida en la jurisprudencia internacional] implica una doble dimensión. Por un lado, es consecuencia del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos. Por otro lado, conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo bajo las estrictas medidas de seguridad y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i)*, Consideraciones, D, 1.3:

> Los Estados, entre ellos el Estado colombiano, tienen la obligación primordial de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario.

> Diversas instancias internacionales han afirmado el carácter vinculante del Derecho Internacional Humanitario y han llamado urgentemente a los Estados a que cumplan y hagan cumplir sus obligaciones en este ámbito. […] [Así, por ejemplo, la Asamblea General de la OEA] en la Resolución 2226 (XXXVI-O/06) de 2006 […] (e) destaca "la obligación de los Estados de castigar todas las violaciones del derecho internacional humanitario" […]. En igual tono, […] en la Resolución 1944 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003, la Asamblea […] (vii) se declara "consciente de la necesidad de sancionar a los responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario"; (viii) recuerda "que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que sus Estados parte se comprometen a que no queden sin castigo".
>
> Como lo han resaltado las instancias internacionales que se acaban de citar, la obligación general de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario se manifiesta en varios deberes específicos. Entre ellos se cuentan […] el deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos en el curso de conflictos armados internos, deber que compete en principio a los Estados por mandato del derecho internacional consuetudinario, pues son éstos a través de sus autoridades legítimamente establecidas quienes deben hacer efectiva la responsabilidad penal individual por las infracciones serias del Derecho Internacional Humanitario —sin perjuicio del principio de jurisdicción universal respecto de la comisión de este tipo de crímenes, que hoy en día goza de aceptación general […].

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerandos 23 y 26:

> [La Corte Interamericana agregó que] los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.
>
> [En particular], dentro del ámbito de las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Preámbulo menciona de manera expresa "[...] la obligación que incumbe a los estados en virtud de la Carta [de las Naciones Unidas], en particular del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales, y en su articulado impone a los estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas (4.2)".

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 9:

> [L]a Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que los Estados Partes han contraído la obligación general de proteger, de respetar y de garantizar cada uno de los

> derechos de la Convención Americana, lo que implica que "deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención" [...].
>
> En esa misma línea se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos al analizar el alcance de las obligaciones impuestas a los Estados por el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, el Comité de Derechos Humanos ha precisado que el hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser por sí una vulneración del Pacto. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto.
>
> Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional.
>
> [De manera específica] en lo que hace a la obligación de investigar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que: "la obligación de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad".

De manera complementaria a estos criterios jurisprudenciales, véase, El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III:

> [Desde la perspectiva de la regulación internacional de conductas consideradas como *crímenes de lesa humanidad*] fue emitida la resolución de Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1973, en la que se contienen los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, en cuyo artículo 1 se establece: —Los crímenes de guerra y los de lesa humanidad dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas—; en tal sentido, a nivel de Derecho Internacional no existe perdón para quienes han cometido ese tipo de delitos, de manera que, un Estado no puede perdonar a genocidas, pues la ofensa va más allá de una sociedad específica.

A. Obligaciones específicas

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 de la Ley 200 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) (Relación de sentencias 4.g)*, Considerando 17:

> [L]a Corte Interamericana ha señalado, con criterios que esta Corte Constitucional prohíja, que las personas afectadas por conductas lesivas de los derechos humanos tienen derecho a que el Estado investigue esos hechos, sancione a los responsables

y restablezca, en lo posible, a las víctimas en sus derechos. Según este alto tribunal internacional, si el aparato del Estado actúa de modo que una conducta lesiva de los derechos humanos "*quede impune o no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción*" (subrayas no originales) [nota en el original omitida]. Concluye entonces la Corte Interamericana con palabras que son perfectamente válidas en el constitucionalismo colombiano:

> *"En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o de comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (subrayas no originales)"* [nota en el original omitida] [Énfasis en el original].

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerando 22:

> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado las obligaciones de los estados respecto de los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes. En este sentido, el mencionado tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25, en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido. En particular ha impuesto las siguientes obligaciones:
>
> 1° El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto [nota en el original omitida];
>
> 2° Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial [nota en el original omitida];
>
> 3° La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos [nota en el original omitida];
>
> 4° La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [nota en el original omitida];
>
> 5° La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de

serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones [nota en el original omitida];

6° La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares y que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades [nota en el original omitida].

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 9:

[Las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos] existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, las privaciones de vida sumarias y arbitrarias y las desapariciones forzosas.

La jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos así como de órganos cuasi-jurisdiccionales de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, coinciden en que el deber de garantía está integrado por cinco obligaciones esenciales que el Estado debe cumplir de buena fe:

- la obligación de investigar las graves violaciones a los derechos humanos;
- la obligación de brindar un recurso efectivo a las víctimas de violaciones de derechos humanos;
- la obligación llevar ante la justicia y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos;
- la obligación de brindar justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares;
- la obligación de establecer la verdad de los hechos.

Las obligaciones que integran el deber de garantía son de naturaleza complementaria y no son alternativas ni sustitutivas.

Adicionalmente, véase, Colombia, *Recurso de apelación (Manuel Enrique Torregrosa Castro) (Relación de sentencias 4.k)*, Considerando 26:

El Estado, en este caso los jueces, faltan a sus deberes cuando ante graves violaciones a los derechos humanos no investigan, juzgan y sancionan a los responsables de cometerlas. En concreto sobre el denominado recurso efectivo, se incumplen gravemente los estándares internacionales cuando (i) no se adelantan los procesos judiciales de forma seria, rigurosa y exhaustiva, (ii) cuando no se tramitan con diligencia, celeridad y convicción, (iii) no se toman medidas para proteger a las víctimas (iv) o no se les permite a éstas intervenir en los procesos, (v) o se dilata en el tiempo la definición del asunto.

B. Los procesos judiciales deben ser desarrollados de acuerdo con las normas de debido proceso

Panamá, *Recurso de apelación (Caso Rubén Oscar Miró Guardia) (Relación de sentencias 11.c)*, Consideraciones:

Constituye un hecho público y notorio que en el momento en que se produjo el homicidio de Rubén Miró, así como la decisión jurisdiccional que ordenó el cierre provisional del proceso penal, una alta porción de las instituciones públicas, incluyendo el Ministerio Público y el Órgano Judicial, estaban sometidas a las decisiones del régimen militar, del cual precisamente algunos de sus miembros son señalados como posibles autores o partícipes del homicidio.

Frente a lo expuesto se hace necesario señalar que desde nuestra vida Republicana se elevó a rango constitucional el principio del debido proceso, con el fin de garantizar el derecho de las personas a ser juzgada por autoridad competente, conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal o disciplinaria. De acuerdo a los criterios jurisprudenciales este principio garantiza el "derecho de las personas a acudir a los tribunales de justicia si lo consideran conveniente, a fin de obtener la tutela de sus derechos" [nota en el original omitida].

Lo que obliga a las autoridades encargadas de administrar justicia a investigar los delitos, y a realizar todos los esfuerzos posibles para descubrir y juzgar a sus autores y partícipes, ajustándose a las normas constitucionales y legales.

Si bien han transcurrido más de veinte años desde la comisión del hecho denunciado, no menos cierto es que las autoridades judiciales de aquellos días carecían de la independencia e imparcialidad que se exige a la hora de administrar justicia. De allí que no se les concedió a los familiares de Rubén Miró (q.e.p.d.), la oportunidad razonable de ser oídos con el fin de garantizar la tutela efectiva de sus derechos, por lo que se advierte una clara violación al principio del debido proceso.

i. Derecho al juez natural

Colombia, *Acción de tutela instaurada por la ciudadana Nory Giraldo de Jaramillo (Caso Mapiripán) (Relación de sentencias 4.e)*, Considerandos 8 y 9:

El derecho al juez natural constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso.

Según la jurisprudencia de esta Corporación, el juez natural es aquel a quien la Constitución y la ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto [nota en el original omitida]. Con ello, la Corte no ha hecho más que reiterar lo dispuesto en el texto normativo anterior. La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no es suficiente para definir el concepto de juez natural pues, […] el derecho en cuestión exige además que no se altere "la naturaleza de funcionario judicial" y que no se establezcan jueces o tribunales *ad-hoc*. Ello implica que es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.

[A]demás de los caracteres anotados, se exige un tratamiento igualitario de los procesos de competencia de tales jueces, de manera que "se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial".

Ello, claramente, implica la introducción de consideraciones igualitarias —como principio—, dentro de la definición del derecho al juez natural.

[E]l derecho al juez natural comprende, además, el derecho a que únicamente (en realidad, es preferentemente) sean los jueces quienes dicten [nota en el original omitida] el derecho.

De las consideraciones expuestas se desprende que el derecho al juez natural comprende entre otros, el derecho a acceder a la jurisdicción ordinaria y, en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales. Es decir, la jurisdicción ordinaria constituye la jurisdicción común para todos los asociados y, salvo que norma expresa indique lo contrario, todo asunto será de su competencia.

Tratándose, por lo tanto, de una jurisdicción común (el fuero común de todos los colombianos), la competencia de las otras jurisdicciones debe interpretarse de manera restringida, por tratarse de una excepción a la regla general de competencia.

De lo expuesto se puede concluir que existirá violación del juez natural cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios *ex-post* con tribunales *ad-hoc*; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria.

2. OTROS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Las decisiones judiciales latinoamericanas relacionadas con crímenes internacionales no se han limitado a determinar el alcance y contenido de las obligaciones de investigar, enjuiciar y sancionar, o a establecer la responsabilidad penal de personas determinadas por la perpetración de estos crímenes. De manera relevante, en varios países se ha recurrido al menos a dos acciones legales con miras a proteger los derechos de las víctimas de conductas delictivas que pueden calificarse como crímenes internacionales, o a garantizar los estándares del marco jurídico nacional en la materia.

En cuanto al primer tipo de acciones, las cortes latinoamericanas han utilizado con más frecuencia y contundencia el proceso conocido genéricamente como *hábeas corpus* (o amparo penal), para afirmar la obligación de los Estados de proteger a las personas frente a cualquier atentado contra su libertad y contra otros derechos, que en muchos casos corresponden a los bienes jurídicos tutelados por los crímenes internacionales. En este sentido, cuando la acción de *habeas corpus* se utiliza, como debe ser el caso, para averiguar el paradero de la persona detenida-desaparecida en el marco de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, este recurso tendrá el efecto de prevenir o detener la perpetración de un crimen internacional. De manera crucial para este punto, la Corte Interamericana ha determinado que la obligación de garantizar no se limita a la obligación de investigar, enjuiciar y, en su caso, sancionar los crímenes internacionales, sino que también implica la obligación de

organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de

> las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir […] 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. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación [o crimen internacional[30]] quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción[31].

Por otro lado, la jurisprudencia latinoamericana ha resaltado también la importancia de las denominadas "acciones de inconstitucionalidad" o "demandas de inconstitucionalidad", como un medio legal para garantizar la adecuación de las normas inferiores al orden constitucional y/o a los tratados internacionales. Teniendo en mente, como ya se ha analizado, la importancia de la adecuada implementación de las normas y estándares internacionales en materia de estos crímenes, como un prerrequisito indispensable para el idóneo desempeño de las jurisdicciones nacionales, el uso correcto de este tipo de acciones podrá ser crucial para garantizar la calidad de los sistemas nacionales con respecto al derecho penal internacional.

A. Acción de *hábeas corpus*

i. El *hábeas corpus* y la desaparición forzada

El Salvador, *Acción de hábeas corpus interpuesta por Reyna Dionila Portillo (Relación de sentencias 7.b),* Considerandos 1°-2°, 4°:

> La competencia de esta Sala para conocer en materia de hábeas corpus, así como el objeto del mismo ha sido puesto de manifiesto reiteradamente en la jurisprudencia dictada por este Tribunal […][el cual, en diversas sentencias ha señalado]: *"El hábeas corpus es una garantía constitucional por medio de la cual se protege el derecho de libertad de la persona, cuando cualquier autoridad o individuo le restrinja ilegalmente por medio de prisión, encierro, custodia o restricción que no esté autorizada por la ley* [nota en el original omitida]"; […] "*El objeto del hábeas corpus se concreta principalmente en proteger la libertad ambulatoria de las personas; y su naturaleza como instrumento jurisdiccional, es la de proteger esa manifestación del derecho de libertad, que requiere indispensablemente la existencia de una*

[30] Nota añadida al original: Este párrafo se inserta en un caso en el cual los hechos fueron calificados por la propia Corte Interamericana como crímenes de lesa humanidad. Más aún, el propio párrafo inicia por reconocer que la obligación de enjuiciar y sancionar estos crímenes se deriva también de la obligación general de garantizar todos los derechos de las personas. De esta forma no resulta ajeno vincular todo el desarrollo jurisprudencial que respecto a esta obligación realiza la propia Corte Interamericana cuando las graves violaciones de derechos constituyen, además, un crimen internacional, bien porque se cometieron en el marco de un ataque general y sistemático contra la población civil o bien porque formaban parte de un patrón o política de comisión de crímenes de guerra.

[31] Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* nota *supra* 29, párr. 110.

restricción a la libertad del favorecido [nota en el original omitida]". Con lo antes referido, queda de manifiesto que la actuación de esta Sala —porque así se ha pronunciado ésta— en materia de hábeas corpus, se circunscribe a cualquier "restricción" ejercida sobre el derecho de libertad personal.

Sobre esa base, cabe hacer referencia además a lo dispuesto en el Art. 11 inc. 1° de la Constitución de la República, a fin de determinar que aún cuando éste hace referencia a que ninguna persona puede ser "***privada***" de su libertad –entre otros derechos- sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; así como, lo enunciado en el art. 13 del mismo cuerpo normativo, que trata en sus incisos 1°, 2° y 3° algunos supuestos de "prisión" y "detención" -ésta última de carácter administrativa o judicial-; esos supuestos no son exclusivos para pretender obtener la tutela de esta Sala por la vía del habeas corpus, cuando el derecho de libertad se vea lesionado, en tanto que éstos constituyen unos de los diversos casos por los que se puede afectar el citado derecho. Por ello, identificar las injerencias —negativas— al derecho de libertad únicamente con las detenciones o privaciones de libertad, sería reducir la protección u objeto de tutela que se debe ejercer a través del hábeas corpus para tan fundamental derecho [Énfasis en el original].

Precisamente tal como se desprende del art. 11 inc. 2° de la Constitución de la República, el hábeas corpus opera como una garantía reactiva frente a todas aquellas **restricciones** ilegales o arbitrarias de la libertad personal –debiendo tenerse desde luego incluida la afectación de preceptos constitucionales-, entendiéndose el término "restricción" como todas las medidas que pueden ir en detrimento de la libertad, poseyendo todas ellas un núcleo común, cual es, la injerencia por la limitación, disminución, racionamiento o reducción del derecho referido aunque no exista de por medio precisamente una detención, prisión o encierro, como quedó determinado [Énfasis en el original].

Luego de lo hasta ahora señalado, se vuelve esencial, traer a consideración el tratamiento que se ha dado a los casos de desapariciones forzadas; así, el criterio jurisprudencial sostenido por esta Sala, parece haberse inclinado por una tesis restrictiva en el conocimiento de los mismos –a través del habeas corpus-; por cuanto se ha exigido como requisito para que éste proceda, la existencia de una "detención" real y comprobada; [en decisiones previas esta Corte determinó que] "[...] *el hábeas corpus no se puede traducir en una investigación sin límite del paradero de una persona, que aún su familia desconoce donde está.* […]".

Con el referido criterio, esta Sala dejaba establecido que la vía del habeas corpus no era la idónea para la satisfacción de la pretensión deducida de los accionantes; en tanto que se entendía como requisito condicionante para obtener un pronunciamiento por parte del Tribunal, que estuviese comprobada "la detención"; vinculando además la desaparición "forzada de personas" a un mero hecho delictivo; por lo que excluía de su materia de conocimiento el supuesto referido y se abstenía de decidir al respecto.

En atención a lo expuesto en el párrafo que antecede, al hecho que este Tribunal es el máxime garante del respeto de los derechos fundamentales —sin que sea el único— específicamente del derecho de libertad personal a través del habeas corpus; y por último, que es una realidad histórica de nuestro país la existencia de un conflicto

> armado interno, del que han resultado diversidad de denuncias contra la práctica de desapariciones forzadas de personas en esa época, las que conllevaron crasas violaciones no sólo al derecho de libertad, sino además —y entre otros— a la seguridad personal, dignidad, integridad física y vida; […] esta Sala estima procedente conocer del caso sub iúdice y por tanto *modificar el criterio jurisprudencial sostenido, a fin de no ver excluidos del conocimiento de la garantía del habeas corpus supuestos tan graves de lesión al derecho de libertad como son las desapariciones forzadas u otros que puedan surgir en la realidad.* De ahí que no sea adecuado —en atención a los fines perseguidos— limitar dicha garantía a supuestos únicos de "detención" sino que es imperativo que actúe frente a cualquier restricción que se ejerza fuera de los supuestos previamente establecidos por la ley y la Constitución [Énfasis añadido].

Véase, adicionalmente, Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por María Emilia Villegas Namuche (Relación de sentencias 13.b),* Considerandos 24 y 25:

> El hábeas corpus es un proceso constitucional reconocido en el artículo 200.1 de la Constitución, que procede ante cualquier violación o amenaza de la libertad individual o derechos conexos. Ello puede suceder tanto respecto de derechos directamente conexos con el de la libertad, como respecto de derechos diferentes a la libertad, si su eventual lesión se genera, precisamente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual [nota en el original omitida].
>
> En el caso de autos, estamos ante lo que doctrinariamente se ha definido como *hábeas corpus* instructivo, en el cual, el juez constitucional "a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria […]" [nota en el original omitida]. Esa deberá ser la labor que realice el juez del hábeas corpus al llevar a cabo la investigación sumaria que dispone la Ley Nº 23506, cuando se trate de un caso de desaparición forzada.
>
> No obstante, dada la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, el que se tramita será poco eficaz para lograr la identificación de los responsables y la consiguiente ubicación de la víctima o sus restos, por lo que no se podrá dispensar en esta vía una tutela en los términos en los que se ha solicitado; *sin embargo, sí cabe disponer que el o los órganos competentes inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la imperiosa información requerida* [Énfasis añadido].

ii. El *hábeas corpus* no puede ser suspendido en estados de emergencia

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerando 687:

> Es correcto que Lima y el Callao se encontraban en Estado de Emergencia, conforme al Decreto Supremo número 019–92–DE–CCFFAA, que prorrogó el Estado de Emergencia por el término de sesenta días a partir del veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y dos en el Departamento de Lima y Provincia Constitucional del

Callao, y suspendió las garantías constitucionales contempladas en los incisos 7), 9), 10) y 20–g) del artículo 2° de la Constitución de mil novecientos setenta y nueve [nota en el original omitida], a la vez que encargó a las FFAA el control del orden interno conforme a la Ley número 24150 y Decreto Legislativo número 749. El motivo que lo informó fue que continuaban las acciones terroristas, que a su vez justificaron tal declaratoria (primer considerando).

Es cierto, asimismo, conforme a lo expuesto en el punto anterior, que la libertad personal, traducida en el derecho fundamental a la no detención por la autoridad policial salvo mandato judicial motivado y flagrancia delictiva fue objeto de específica suspensión, y no derogación, al haberse declarado —en puridad, prorrogado— el Estado de Emergencia [se suspende, en todo caso, no el derecho que es consustancial a la persona, sino su pleno y efectivo ejercicio]. En estas condiciones no es que el Estado de Emergencia haga desaparecer el bien jurídico libertad personal, sólo se produce una especie de autorización para que bajo ciertas condiciones la libertad de una persona sea restringida, por lo que se trataría de una causa de justificación: obrar por disposición de la ley (artículo 20°.8 del Código Penal). Por consiguiente, el bien jurídico sigue vigente y debe seguir siendo respetado, salvo cuando se proceda dentro de los límites de la autorización legal.

Sin embargo, *la garantía judicial del hábeas corpus no puede ser objeto de suspensión*, tal como lo determinó enfáticamente la CIDH en las Opiniones Consultivas número 8/87, del treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete, y 9/87, del seis de octubre de mil novecientos ochenta y siete [nota en el original omitida] [Énfasis añadido].

El Estado de Emergencia, por su propia naturaleza, se declara para la defensa del Estado Constitucional y el sistema de valores que reconoce y protege —atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática, precisó el párrafo 20 de la Opinión Consultiva número 8/87—. No se puede invocar el Estado de Emergencia con motivo de un golpe de Estado —para instaurarlo y consolidarlo—, que en sí mismo es la negación del Estado Constitucional; y, menos aún, frente a ciudadanos que no están vinculados a la subversión terrorista.

B. Acción de inconstitucionalidad

El Salvador, *Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo N° 486 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz) (Relación de sentencias 7.a),* Consideraciones:

En la jurisprudencia de esta Sala se ha entendido por defensa de la Constitución "todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y evolución de las disposiciones constitucionales" [nota en el original omitida].

Tal caracterización se remite sólo al aspecto formal de la defensa de la Constitución —las disposiciones de la Ley Suprema— sin hacer referencia al contenido de las

> disposiciones constitucionales; sin embargo [en otras ocasiones] este tribunal afirmó —siguiendo lo afirmado por el Tribunal Constitucional Federal alemán […]— que la esencia de la defensa de la Constitución radica en la protección del orden fundamental, entendiendo por tal "un orden político basado en el Estado de Derecho sobre la base de la autodeterminación del pueblo según la voluntad de la mayoría, de la libertad y de la igualdad", teniendo como principios rectores "el respeto a los derechos humanos, la soberanía popular, la división de poderes, la legalidad de la administración, la independencia de los jueces y tribunales, y el principio de pluralidad de partidos junto con el derecho de formar y ejercer constitucionalmente una oposición".
>
> Es decir, de la interpretación sistemática de la Constitución Salvadoreña, puede concluirse que el núcleo de la misma radica en el orden constitucional, concepto que está integrado por tres grandes elementos: (a) el goce irrestricto de los derechos fundamentales por todas las personas; (b) la forma de gobierno —que debe ser republicano, democrático y representativo— y el sistema político pluralista; y (c) la articulación de un orden económico que tienda a asegurar a todos los habitantes una existencia digna del ser humano.
>
> A estos fines sirve, como uno de sus elementos, el control de constitucionalidad de leyes, que en el sistema salvadoreño se articula, en la modalidad abstracta, por medio del proceso de inconstitucionalidad, el cual persigue la invalidación de disposiciones generales o de actos concretos realizados en aplicación directa e inmediata de la normativa constitucional, cuando el examen de compatibilidad concluye en su disconformidad con la Ley Suprema.

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerando 39:

> [S]i bien la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que impone a la Corte la mayor mesura al ejercer el elevado control de constitucionalidad de las leyes […], lo cierto es que a través de tal decisión se pretende cumplir con el deber que tiene el Estado de organizar las estructuras del aparato gubernamental a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

3. EXCLUSIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Como principio general, con base en disposiciones constitucionales o legales, los sistemas jurídicos nacionales contemplan un régimen legal específico que regula la función y el servicio militar, y prevé las consecuencias, penales o de otra naturaleza, por el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en las normas correspondientes. Esto normalmente se acompaña con una jurisdicción adjudicativa especial que conoce de estas faltas específicas.

No obstante, como lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en repetidas ocasiones, "en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de

tener un alcance restrictivo y excepcional: sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar"[32]. En esta misma línea jurisprudencial, la misma Corte Interamericana ha enfatizado dos criterios fundamentales por los cuales los crímenes internacionales[33] nunca podrán ser objeto de la jurisdicción militar: (i) "la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado"[34], que nunca podrá corresponder a los bienes del orden militar, y (ii) los procesos por estos crímenes deben apegarse a las normas de debido proceso[35], incluidas la independencia[36], imparcialidad[37]

[32] Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, nota *supra* 25, párr. 142; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, nota *supra* 29, párr. 131; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, No. 140, párr. 189.

[33] Todas las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos arriba referidas versan sobre hechos que han sido calificados como crímenes internacionales, sea en procedimientos nacionales o internacionales.

[34] Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, nota *supra* 25, párr. 142.

[35] Este criterio ha sido reiterado no sólo por la jurisprudencia internacional, sino por la misma jurisprudencia latinoamericana, tal como se ha resaltado en la primera sección de este mismo capítulo.

[36] Con respecto al principio de independencia, la Corte Interamericana ha resaltado que "los jueces deben '[…] [gozar] de independien[cia], tanto de iure como de facto, de los funcionarios involucrados en los hechos. Lo anterior requiere no sólo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real' [Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C, No. 150, párr. 81]. En ésta línea, la Corte ha apuntado '[…] que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces' [Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, No. 182, párr. 55] de manera que se eviten conexiones o relaciones inapropiadas entre los órganos del poder judicial y otros poderes públicos. Al mismo tiempo, se ha enfatizado que la independencia debe ser garantizada a nivel institucional, *i.e.* la independencia de los tribunales, y a nivel personal, es decir, la independencia de los jueces en particular. […] [De manera general, en la jurisprudencia internacional ha] resaltado la absoluta relevancia de [este principio], enfatizando que [el mismo], en tanto norma fundamental del debido proceso legal, es una de las piedras angulares sobre la que descansa todo el andamiaje de la protección de derechos humanos, y que 'es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna' [Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 32: Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia,* CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 19]". *Amicus curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por un grupo de académicos, académicas y estudiantes incorporados a la Universidad de Notre Dame,* en el marco del proceso de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada el 14 de agosto de 2008 por el Estado de Argentina.

[37] Con respecto al principio de imparcialidad de los jueces, íntimamente ligado con el principio de independencia, distintos órganos internacionales han sostenido qué ésta "'normalmente denota ausencia de perjuicios o predisposiciones' [Corte EDH, *Kyprianou vs. Cyprus*, App no 73797/01, ECHR 73797/01, 15 de diciembre de 2005, párr. 118]. Para determinar si existen estos prejuicios o tendencias, la jurisprudencia internacional '[…] se debe de hacer una diferencia entre una prueba subjetiva [de imparcialidad], a través de la cual se busca establecer las convicciones personales de un dado adjudicador con respecto a un determinado caso, y la prueba objetiva, que apunta a establecer si el adjudicador ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto' [Corte EDH, *Kyprianou vs. Cyprus*, App no 73797/01, ECHR 73797/01, 15 de diciembre de 2005, párr. 118. Véase también, Corte EDH, *Castillo Algar vs. Spain,* ECHR 28194/95, 28 de octubre de 1998, párr. 43.] […] Esta postura, recuperada por el TPIY, hace énfasis en la importancia de la apariencia de imparcialidad como parte de la prueba objetiva de imparcialidad [TPIY, *El Fiscal vs. Anto Furundžija, "Lasva Valley",* Caso No. IT-95-17/1, Sala de Apelaciones, Sentencia de 21 de julio de 2000, párr. 182]". *Ídem.*

y competencia del juez natural[38]. En la teoría y en la práctica, la jurisdicción militar no cumple con estos requisitos cuando se trata del enjuiciamiento de crímenes internacionales.

Estos criterios han sido también recuperados, en cierta medida, por la jurisprudencia latinoamericana. Las decisiones aquí transcritas reconocen, en primer término, que la jurisdicción militar debe aplicarse siempre de forma restrictiva, estrictamente a los delitos cometidos con motivo de la función o servicio. Como segundo principio, las cortes latinoamericanas han enfatizado que debido a la naturaleza y a la extrema gravedad de los crímenes internacionales, éstos nunca podrán ser considerados como delitos de función o de servicio, y por ende quedan automáticamente excluidos de la jurisdicción militar. Como tercer criterio, en la jurisprudencia regional se reconoce que, con base en el derecho al juez natural, los delitos que involucran a civiles quedan también excluidos del fuero militar.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 y otros del Decreto 2550 de 1988 (Código Militar) (Relación de sentencias 4.a)*, Considerando II.1.2, Considerandos 4, 6-7:

> La norma constitucional [que establece el fuero penal militar] parte de la premisa de que el miembro de la fuerza pública actúa como tal, pero también se desempeña como persona y ciudadano. El servicio público no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de la fuerza pública, como por lo demás ocurre con cualesquiera otra persona. La totalidad de los actos u omisiones del miembro de la fuerza pública no puede, en consecuencia, quedar comprendida dentro del fuero castrense. *Para los efectos penales, se torna imperioso distinguir qué actos u omisiones se imputan a dicho sujeto como miembro activo del cuerpo militar o policial, y cuáles se predican de su actividad propia y singular como persona o ciudadano ordinario.* La distinción es básica y obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar, que complementa el derecho penal común, pero que en modo alguno lo sustituye [Énfasis añadido].
>
> El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto,

[38] Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos "ha dicho que '[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso', el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia [nota en el original omitida]". Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, nota *supra* 25, párr. 142.

deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Además del elemento subjetivo —ser miembro de la fuerza pública en servicio activo—, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho.

La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.

Colombia, *Acción de tutela instaurada por la ciudadana Nory Giraldo de Jaramillo (Caso Mapiripán) (Relación de sentencias 4.e)*, Considerando 17:

Para que un miembro activo de la fuerza pública sea investigado y juzgado por la justicia penal militar, es presupuesto indispensable que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio. Esto significa que los actos deben estar orientados a realizar los fines que constitucionalmente le han sido asignados, pero en el desarrollo de ellos se presenta un exceso cuantitativo. Es decir, el servidor público **ab initio** dirige su actuación al cumplimiento de un fin legítimo, pero hay un error en la intensidad de su actuar que implica un desbordamiento de la función pública. Por ejemplo, cuando al capturar a una persona (fin legítimo) aplica una fuerza innecesaria que le ocasiona un daño a su integridad personal (exceso cuantitativo).

No basta en consecuencia una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en que con ocasión o a causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desbordan la misión constitucional asignada. Vg. después del

allanamiento, el servidor público abusa sexualmente de una mujer que se encontraba en el lugar. En este caso no se trata de un exceso cuantitativo, porque en vez de un error en la intensidad del actuar, lo que se presenta es la creación de una nueva relación de riesgo (exceso cualitativo) completamente ajena al acto del servicio programado.

A. Los crímenes de derecho internacional quedan excluidos de la jurisdicción militar

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 y otros del Decreto 2550 de 1988 (Código Militar) (Relación de sentencias 4.a)*, Considerando II.1.2, Considerando 10:

> [E]l vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio [como elemento fundamental para establecer la jurisdicción militar] *se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada*, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia.
>
> *[U]n delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio*, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria [Énfasis añadido].
>
> La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de "actos del servicio" sino de la comisión de delitos "en relación" con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito —sea o no de lesa humanidad— representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

Este criterio fue reiterado por la misma Corte Constitucional en la sentencia Colombia, *Acción de tutela instaurada por la ciudadana Nory Giraldo de Jaramillo (Caso Mapiripán) (Relación de sentencias 4.e)*, Considerando 10.

De manera particular, con respecto a los crímenes cometidos por omisión y su exclusión del fuero militar, véase, Colombia, *Acción de tutela instaurada por la ciudadana Nory Giraldo de Jaramillo (Caso Mapiripán) (Relación de sentencias 4.e)*, Considerandos 17 y 20:

Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (C.P. art. 93). Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, *nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio* [Énfasis añadido].

La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿Cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La [r]espuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero penal militar, las siguientes omisiones: i) las que se producen en el contexto de una operación que *ab initio* buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho) o ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate) o iii) cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado). En los anteriores casos, siempre es indispensable que el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales.

Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional. Por consiguiente, si el garante no inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la violación a los derechos humanos como si se tratara de una conducta activa.

Lo anterior nos permite llegar a cuatro conclusiones en materia de fuero penal militar:

i) Si la omisión equivale a la realización activa de una conducta que vulnera los derechos humanos, se imputa la violación de un derecho fundamental y por ende no tiene ninguna relación con el servicio. Esta equivalencia se presenta, cuando el miembro de la fuerza pública tiene una posición de garante originada en los riesgos que debe controlar (garantes de vigilancia o de custodia) o en los bienes jurídicos que debe proteger (garantes de protección).

ii) Si la omisión no implica la imputación del resultado y significa solamente la violación a un deber funcional de actuar, **la regla general** es que se trata de un acto relacionado con el servicio. Es decir, los delitos de omisión impropia en los cuales el

resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, por regla general pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública.

iii) Verificada la posición de garante, el título de imputación corresponde a la violación grave de los derechos humanos, sin que ésta se modifique por la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación subjetiva (dolo o imprudencia), pues en todos estos casos se toma parte en un mismo hecho.

iv) Las conductas omisivas tendientes a ocultar la comisión del delito ejecutado por otro y que no le es imputable al miembro de la fuerza pública, realizadas después de consumada la grave violación a los derechos humanos, son formas de encubrimiento que no están vinculadas directamente con la función constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública. Vg. facilitar la fuga de los grupos al margen de la ley, después de un ataque a la población civil, no desplegando ninguna actividad tendiente a la aprehensión de los responsables. En general, esto mismo puede afirmarse de los delitos conexos (por acción u omisión) tendientes a facilitar u ocultar la violación grave de derechos humanos.

Con respecto a este mismo tema, véase, México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Décimo Cuarto:

> [El delito] de genocidio […] que se le [atribuye] al inculpado, [se argumenta] [fue cometido] durante la dictadura argentina ocurrida entre los años del mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta y tres, en contra de un grupo de personas consideradas como opositoras al régimen militar al cual pertenecían, esto es, en contra de la población civil que se oponía al régimen dictatorial al cual pertenecían y por ello *no puede considerarse que con su conducta se haya puesto en peligro un bien jurídico militar o tutelado por las fuerzas armadas en cumplimiento de su misión constitucional*, porque, insístese, la conducta por la cual se le pretende juzgar estaba dirigida en contra de la población civil, poniéndose en riesgo su seguridad personal [Énfasis añadido].

B. Los civiles quedan excluidos de la jurisdicción militar

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Alfredo Crespo Bragayraco (Relación de sentencias 13.a)*, Considerando 2:

> [La] Corte Interamericana [de Derechos Humanos] ha señalado que "toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá de contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial" [nota en el original omitida]. El derecho a un juez competente garantiza, por lo que al caso de autos interesa, que ninguna persona pueda ser sometida a un proceso ante autoridad que carece de competencia para resolver una determinada controversia.

> En ese sentido, el Tribunal Constitucional advierte que cuando se sentenció al recurrente a cadena perpetua por el delito de terrorismo, el seis de julio de mil novecientos noventa y tres, se encontraba vigente la Constitución de 1979, cuyo artículo 282° señalaba que "Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235°".
>
> De esta forma, encontrándose el ámbito de la competencia de la justicia militar reservado sólo para el juzgamiento de militares en caso de delitos de función y, excepcionalmente, para los civiles, siempre que se tratase del delito de traición a la patria, cometido en caso de guerra exterior, no podía juzgársele al recurrente en dicho fuero militar; por lo que se ha acreditado la vulneración del derecho al juez natural.

4. EXTRADICIÓN

La extradición, entendida en términos generales como la entrega de una persona acusada o condenada por la jurisdicción de otro Estado para enfrentar los cargos o cumplir con la sentencia, se encuentra regulada por un sin número de tratados bilaterales, así como por poco más de la mitad de las legislaciones del mundo[39]. Al respecto, existen al menos dos principios básicos que rigen la extradición, los cuales, según algunos estudios en el tema, se han cristalizado en normas de derecho consuetudinario: (i) el requisito de la doble incriminación, es decir, que la conducta por la que se solicita la extradición sea considerada como delito tanto en el país requirente como en el país requerido, y (ii) el principio de especialidad, que implica que el país requirente sólo podrá enjuiciar por los delitos por los que se haya concedido la extradición[40]. De la misma manera, existen otros criterios que son considerados por algunos autores aún como principios generales que rigen la extradición, y por otros como circunstancias excluyentes de la misma. Entre ellos, la negativa de extraditar: (i) a un nacional; (ii) a una persona acusada o sancionada por un delito político; (iii) ante la posibilidad de la aplicación de algunas sanciones, como la pena de muerte o cadena perpetua; (iv) cuando los delitos hayan prescrito de conformidad con el marco jurídico de alguno de los Estados involucrados, y (v) cuando los mismos hechos han sido ya objeto de un procesamiento previo o han sido ya sancionados[41].

En materia específica de crímenes internacionales, la extradición se ha establecido como una de las formas más antiguas e importantes de cooperación interestatal en asuntos penales, la cual se relaciona directamente con la obligación de enjuiciar y sancionar dichos crímenes[42]. A

---

39 Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, nota *supra* 12.

40 *Ídem.*

41 Para un análisis más detallado de los principios y excepciones aquí presentados, véase, entre otros, Bantekas Ilias y Nash Susana, *International Criminal Law*, nota *supra* 14.

42 De conformidad con estudios del profesor Bassiouni en el tema, el primer registro sobre un tratado de extradición data del año 1268 A.C. "Era un tratado de paz entre Ramsés II, Faraón de Egipto, y Hatussilli, Príncipe de los Hititas (o Heteos), en el cual las partes solemnemente prometían entregar al otro sus nacionales que fueran fugitivos buscados". Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, nota *supra* 12, pág. 348 [Traducción no oficial].

este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos han concluido que

> [l]a plena realización de la justicia en este tipo de [crímenes] impon[e] [a los Estados] un deber inexcusable de […] solicita[r], con la debida diligencia y oportunidad, la extradición de los procesados. Por ende, según la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, [los Estados parte] deben adoptar todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan. La inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido[43].

En la práctica, al momento de decidir sobre la procedencia de una solicitud de extradición respecto de estos crímenes, los Estados deben tener en cuenta la naturaleza y gravedad extrema de los mismos, así como el régimen jurídico específico al que éstos deben sujetarse. Así, por ejemplo, se deberán aplicar las reglas particulares sobre imprescriptibilidad de los crímenes, o la improcedencia de la exclusión de responsabilidad con base en la inmunidad funcional. A la par, los Estados deberán tener presente la obligación alternativa consagrada en algunos tratados internacionales, y referida en la doctrina como *aut dedere aut iudicare,* con base en la cual los órganos del propio Estado requerido deberán ejercer jurisdicción en caso de negar la extradición.

La jurisprudencia latinoamericana que a continuación se presenta no se refiere expresamente a algunos de los puntos que han sido abordados en esta breve introducción. Sin embargo, contiene otros aspectos que complementan los criterios establecidos por la jurisprudencia y doctrina internacionales. En primer término, algunas de las decisiones hacen énfasis en la naturaleza del procedimiento de extradición, diferenciándolo de los procesos penales de responsabilidad individual; no obstante esta diferencia, la jurisprudencia también es clara al afirmar que la extradición tiene un papel fundamental en la lucha contra la impunidad. En segundo término, la jurisprudencia de la región afirma la obligación, contenida en algunos tratados internacionales, de establecer las bases legales necesarias para que los Estados puedan solicitar o conceder la extradición de las personas acusadas o sentenciadas por este tipo específico de crímenes. Como última línea de jurisprudencia, y posiblemente la más importante por su novedoso contenido, algunas cortes de la región han afirmado que en todo proceso de extradición se debe tener particular consideración por los derechos de las víctimas de crímenes internacionales, entre ellos, el derecho a acceder a la justicia y a conocer la verdad sobre los hechos.

A. Aspectos generales

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerandos Décimo y Duodécimo:

> [E]l procedimiento de extradición internacional constituye [un] procedimiento [que] persigue una finalidad distinta al proceso penal, ya que en el mismo el Estado reque-

[43] Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, No. 153, párr. 130.

> rido hace entrega de la persona reclamada que se haya en su territorio, al Estado requirente, porque la misma tiene en aquél el carácter de inculpada, procesada o convicta por la comisión de un delito, a fin de que sea sometida a juicio o recluida para cumplir con la pena impuesta, mientras que el proceso penal tiene por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delitos para, en su caso, imponer la sanción correspondiente. De ahí que, como correctamente lo determinó el Juez a quo, dicho procedimiento extraditorio no constituye propiamente un juicio criminal o controversia judicial, ni tampoco las leyes y tratados que lo rigen son normas de carácter penal, porque a través del mismo no se pretende procesar y sancionar a un inculpado, porque, insístase a virtud de dicho procedimiento se verifica la satisfacción de los requisitos exigidos en el tratado internacional respectivo y las leyes reglamentarias, para el efecto de que cumplidos esos requisitos se haga la entrega de la persona reclamada al Estado requirente. […] [E]l Estado requerido no se encuentra obligado a verificar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del requerido, ya que tales requisitos sólo son exigibles para el libramiento de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión […].
>
> […] Las autoridades mexicanas han reconocido que *la concesión de la extradición, debe estar inmersa en la acción solidaria como medio para combatir la impunidad*, así como en el principio de reciprocidad internacional […] [Énfasis añadido].

B. Obligación convencional de establecer las bases normativas para poder extraditar

Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de "Aprobación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (Relación de sentencias 5.b)*, Considerando II.B:

> La Convención impone un compromiso para que este tipo de delitos se incluy[a] como susceptible de extradición en cualquier tratado de extradición que suscriban en el futuro (Art. V).

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Duodécimo:

> [En] el [artículo] VII [de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio], se estableció que para los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III, no serían considerados como delitos políticos, comprometiéndose a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes.

Con respecto a las posiciones divergentes en cuanto a las obligaciones internacionales del Estado y la negativa de extraditar a sus propios nacionales, véase, por ejemplo, Guatemala, *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros (Relación de sentencias 8.a),* Considerando IV:

La teoría de que los Estados no entregan a sus propios ciudadanos a la justicia extranjera ha sido muy extendida y tiene suficientes expresiones en el Derecho comparado. Al respecto la ley española del veintiuno (21) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, en su artículo 3 dispone "*1. No se concederá la extradición de españoles, no de los extranjeros por delitos que corresponda conocer a los Tribunales Españoles, según el Ordenamiento Nacional. […] 2. Cuando proceda denegar la extradición por el motivo previsto en el apartado anterior, si el Estado en que se haya ejecutado los hechos así lo pidiere el Gobierno Español dará cuenta del hecho que motivó la demanda al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado. Si así se acordare, solicitará del Estado requeriente que remita las actuaciones practicadas o copia de las mismas para continuar con los procedimientos penal en España*" [Edición del artículo completo referido en el original].

Si bien esta protección legal del Reino de España respecto de sus nacionales, e incluso de extranjeros, por delitos que corresponda conocer a los Tribunales españoles según su ordenamiento ha sido matizada por su Tribunal Constitucional con relación a los hechos sucedidos fuera de su territorio, *recordando la aplicación preferente de los tratados internacionales* sobre la Ley de extradición pasiva y condicionando a la calificación de dicho Reino respecto a la observancia en el país solicitante a los Derechos Humanos (situación que calificaría el solicitado juzgado no a personas sino a Estados[44]), y reclamando aun más la existencia de control supranacional para los nacionales de países firmantes del Convenio de Roma, sometidos voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [nota en el original omitida] [Énfasis añadido].

La precitada sentencia [española] […] reitera "*que la Constitución española, a diferencia de otros textos constitucionales, no prohíbe expresamente la extradición de nacionales*" afirmación que revela que tampoco la permite expresamente, lo que reviste de legitimidad constitucional a la mencionada Ley de Extradición Pasiva. Esta cuestión no ocurriría en el ordenamiento superior guatemalteco que en su artículo 27, párrafo tercero, en las condiciones ahí definidas, si la permitiría, entendiéndose que se trata de hechos sucedidos en el territorio extranjero *o aquellos de lesa humanidad o contrarios al Derecho internacional* sometidos a una jurisdicción supranacional de la cual el mismo país fuere parte[45].

Lo cierto de este cotejo, es que el Reino de España exige la entrega de nacionales de Guatemala en condiciones que no garantizan ninguna reciprocidad (la entrega de españoles por delitos cometidos en el territorio de España) tanto por el mandato de su Ley de Extradición Pasiva como por las cautelas interpretativas de su máximo

[44] Nota añadida al original: En el contexto completo de la sentencia, con esta frase la Corte Constitucional guatemalteca pretende enfatizar que, en los criterios desarrollados por la jurisprudencia española con respecto a la extradición de personas de dicha nacionalidad, las cortes de ese país entrarían a calificar ya no un tema relacionado con las condiciones individuales del caso en cuestión, sino el "record" en derechos humanos del país que solicita la extradición. Esto excedería los principios que normalmente rigen la función de un órgano jurisdiccional nacional cuando se está tramitando una extradición.

[45] Nota añadida al original: El texto íntegro del artículo 27, párrafo tercero, de la Constitución de la República de Guatemala, referido en esta sentencia, textualmente establece: "ARTICULO 27.- Derecho de asilo. […] Por delitos políticos no se intentará la extradición de guatemaltecos, quienes en ningún caso serán entregados a gobierno extranjero, *salvo lo dispuesto en tratados y convenciones con respecto a los delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional*. […]" [Énfasis añadido].

> tribunal de jurisdicción constitucional, entre éstas que no existe un órgano controlador supranacional al que ambos pertenezcan en común, pues ni Guatemala puede acceder al Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni España a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

C. En los procesos de extradición se deben garantizar los derechos del extraditable y de las víctimas de crímenes de derecho internacional

Colombia, *Recurso de apelación (Manuel Enrique Torregrosa Castro) (Relación de sentencias 4.k)*, Considerando 28:

> [L]a Corte a[l] considerar, en aras del imperio de la justicia nacional, el respeto de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, que si en un supuesto concreto de extradición se produce como consecuencia del mismo la violación de los derechos de las víctimas, el concepto [u opinión sobre la procedencia de la extradición] deberá ser emitido en forma negativa[,] o si el mismo es de carácter favorable será condicionado para evitar el desamparo de quienes han padecido las consecuencias de los delitos confesados por el desmovilizado-postulado, supuesto ineludible que de no atenderse convertirá el concepto en negativo, con las respectivas consecuencias.

5. EXTRADITAR O JUZGAR (PRINCIPIO *AUT DEDERE, AUT IUDICARE*)

El principio *aut dedere aut judicare* se refiere a "la obligación alternativa de extraditar o enjuiciar que contienen algunos tratados multilaterales, y se dirige a garantizar la cooperación internacional para ciertas conductas criminales"[46]. En otras palabras, este principio es una forma a través de la cual los Estados estarán obligados a ejercer su jurisdicción para enjuiciar ciertas conductas consideradas delictivas por el derecho internacional, en caso de negar la extradición de los presuntos responsables al Estado que los requería. No importa, evidentemente, que los crímenes no hayan sido cometidos en el territorio del Estado que ha negado la extradición y que, en virtud de este principio, tendrá el deber de enjuiciar.

Es importante mencionar que si bien muchos de los tratados internacionales en los que se ha establecido una disposición de este tipo contienen normas internacionales con características penales, sólo un número muy reducido de ellos se refiere a los crímenes que hemos denominado *núcleo* y sobre los que versa este estudio. Por ejemplo, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 expresamente prevén esta obligación alternativa con respecto a las infracciones graves de los mismos[47]. En contraste, si bien la misma también está contenida en determinados tratados

---

[46] Bassiouni, M. Cherif y Wise, Edward M., *Aut Dedere, Aut Judicare. The duty to Extradite or Prosecute in International Law,* nota *supra* 10, pág. 3 [Traducción no oficial].

[47] Artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, de los cuatro Convenios de Ginebra aprobados el 12 de agosto de 1949, que entraron en vigor el 21 de octubre de 1950: "Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las

internacionales de derechos humanos[48], no hay otra norma convencional similar aplicable al genocidio[49], a los crímenes de lesa humanidad o a otros crímenes de guerra distintos de las infracciones graves antes referidas. A pesar de esta deficiencia convencional, el profesor Bassiouni ha argumentado que el principio *aut dedere aut iudicare* se ha cristalizado como una norma consuetudinaria respecto a estas categorías de crímenes, por lo que todos los Estados de la comunidad internacional están obligados por la misma[50]. Sin duda alguna, esta posición podrá ser objeto de severas críticas y, sin embargo, deja entrever el debate teórico-legal que aún existe respecto de este principio.

En otras interpretaciones, el principio *aut dedere aut judicare* ha sido más bien considerado como una forma convencional de jurisdicción universal[51], que será analizada en las siguientes secciones. Reconociendo la importancia de estas posturas, para efectos de este estudio se ha decidido mantenerlo separado del principio de jurisdicción universal a fin de acentuar las características de cada uno, sin que esto implique una negación de la posible relación de género-

infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes". En su estudio sobre este principio, el profesor Bassiouni ha clasificado los artículos anteriores como el tercer tipo de formulación del principio *aut dedere aut judicare* en tratados internacionales. Los otros tres tipos corresponden a: (i) algunos tratados tradicionales de extradición que pueden establecer una formulación similar; (ii) la Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda, y (iii) el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970.

48 Véase, por ejemplo, el artículo 12 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura aprobada el 9 de diciembre de 1985, que entró en vigor el 28 de febrero de 1987: "Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo de conformidad con el artículo 11". Artículo VI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada el 9 de junio de 1994, que entró en vigor el 28 de marzo de 1996: "Cuando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición". Artículo 5.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes aprobada el 10 de diciembre de 1984, que entró en vigor el 26 de junio de 1987: "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".

49 La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio únicamente establece que los Estados parte se comprometen a otorgar la extradición de una persona acusada o sentenciada por genocidio, el cual no podrá ser considerado como un delito político para estos fines. No se establece, en contraste, un artículo que consagre el principio *aut dedere aut juidicare*.

50 Bassiouni, M. Cherif y Wise, Edward M., *Aut Dedere, Aut Judicare. The duty to Extradite or Prosecute in International Law,* nota *supra* 10.

51 Véase, por ejemplo, Instituto de Derecho Internacional, "Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes", Décimoséptima Comisión, Sesion en Krakow, Resolución III, 2005, segundo párrafo operativo: "La jurisdicción universal se basa principalmente en el derecho internacional consuetudinario. También puede estar establecida de conformidad a un tratado multilateral entre las partes contratantes, particularmente en virtud de la cláusula que establece que el Estado parte en cuyo territorio se encuentre el presunto responsable deberá o extraditar o enjuiciar a dicha persona" [Traducción no oficial].

especie que exista entre estos.

En cualquiera de los casos, es posible que la falta de claridad respecto de este principio sea uno de los motivos del limitado desarrollo jurisprudencial en la materia entre las cortes latinoamericanas. Entre las decisiones analizadas, sólo la siguiente hacía clara referencia a este principio al reafirmar que, ante la negativa de extraditar, un Estado adquiere la obligación de enjuiciar, aún sin que medie una norma convencional. Es de señalar, además, que en el caso concreto el Estado de Guatemala debía, de cualquier forma, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales expresas e incuestionables, ejercer jurisdicción penal sobre los hechos por los que se solicitaba la extradición ya que los mismos habían sido perpetrados en su territorio, y los presuntos responsables eran sus nacionales. Como consecuencia, puede argumentarse que en este caso el principio *aut dedere aut juidicare* pierde relevancia y ha sido erróneamente invocado.

Guatemala, *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros (Relación de sentencias 8.a),* Considerando VI:

> Si bien la jurisdicción del Estado guatemalteco no puede reconocer como viable la solicitud de extradición de ciudadanos de este país [al Reino de España, que solicita dicha extradición en ejercicio del principio de jurisdicción universal tal como ha sido establecido en la legislación española,] […] quedaría a salvo la facultad de la parte interesada de promover la denuncia ante el Ministerio Público para que inicie la persecución por los delitos que pudiera resultar y, en tal caso, basado en la regla *aut dedere aut iudicare*, es indudable que sería obligación del Estado requerido [es decir, Guatemala,] cumplir con su función esencial de impartir justicia.

6. JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Entre los principios con base en los cuales un Estado puede afirmar su jurisdicción sobre hechos presuntamente constitutivos de crímenes internacionales, el más controvertido es, sin duda, el principio de jurisdicción universal. En ausencia de una norma convencional o consuetudinaria, o de una interpretación judicial internacional que establezca una definición al respecto[52], es necesario recurrir a los estudios de algunos de los doctrinarios más importantes para poder presentar una definición sobre el mismo. Entre éstos, sin duda, se encuentra el Instituto de Derecho Internacional[53], que ha concluido que "[l]a jurisdicción universal en asuntos penales, como una

[52] En el caso conocido como *Arrest Warrant*, República Democrática del Congo contra Bélgica, la Corte Internacional de Justicia se centró en el tema de las inmunidades de ciertos funcionarios estatales, dejando de lado el tema de la jurisdicción universal. El mismo fue abordado solamente en el voto disidente conjunto de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal. *Arrest Warrant of 11 April2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002.* Adicionalmente, se ha hecho referencia tangencial al tema de la jurisdicción universal en algunas decisiones de los tribunales penales internacionales. Entre dichas decisiones destacan TPIY, *El Fiscal vs. Anto Furundzija,* Caso No. IT-95-17/1-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 156, y CESL, *El Fiscal vs. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara*, Casos No. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), Sala de Apelaciones, Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 de marzo de 2004, párr. 71 y ss.

[53] El Instituto de Derecho Internacional, por su nombre en francés *Institut de Droit international*, fue fundado

base adicional de jurisdicción, significa la competencia de un Estado para enjuiciar a las personas presuntamente responsables, y sancionarlas en caso de ser condenadas, independientemente del lugar de comisión del crimen y sin importar cualquier otro vínculo de nacionalidad activa o pasiva, u otra bases de jurisdicción reconocidas en el derecho internacional"[54].

De manera adicional al concepto mismo, existen otros debates técnicos alrededor del ejercicio de la jurisdicción universal: ¿cuáles son los crímenes que efectivamente pueden ser objeto de la misma?; ¿se requiere o no la presencia de la persona acusada en el territorio del Estado que trata de establecer jurisdicción con base en este principio?; ¿es la jurisdicción universal un principio concurrente o complementario?; ¿se pueden argumentar inmunidades ante procesos iniciados por terceros Estados con base en este principio?, entre otros. Sin negar la importancia de continuar el análisis y debate sobre estos puntos, a la fecha parece haber un consenso sobre algunos criterios básicos: (i) la jurisdicción universal es una norma consuetudinaria, por lo que no necesita estar prevista en un tratado internacional[55]; (ii) podrá ejercitarse con respecto a los "crímenes internacionales identificados en derecho internacional como pertenecientes a ésta, tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra"[56]; (iii) no se podrán realizar juicios *en absentia* con base en este principio, aunque sí se podrán avanzar investigaciones sin la presencia de la persona presuntamente responsable y, eventualmente, proceder a solicitar su extradición[57]; (iv) su naturaleza es complementaria frente a otras jurisdicciones[58], y (v) se deben observar las normas internacionales sobre inmunidades personales[59].

---

en 1873 y se compone por algunos de los más reconocidos doctrinarios en derecho internacional público, quienes se reúnen cada dos años para discutir los temas que el propio Instituto considera más relevantes para el desarrollo del derecho internacional. A través de la adopción de resoluciones, que son posteriormente presentadas ante Estados y organismos internacionales, el Instituto busca contribuir a la consolidación y respeto del derecho internacional.

54 Instituto de Derecho Internacional, "Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes", nota *supra* 51, primer párrafo operativo [Traducción no oficial].

55 *Ídem* tercer párrafo operativo.

56 *Ídem* [Traducción no oficial].

57 *Ídem.* "Con excepción de las investigaciones y solicitud de extradición, el ejercicio de la jurisdicción universal requiere la presencia del presunto responsable en el territorio del Estado que busca enjuiciar, o a bordo de un navío bajo su bandera o aeronave registrada bajo sus leyes, u otras formas legales de obtener control sobre el presunto responsable" [Traducción no oficial].

58 *Ídem*. "c) Cualquier Estado que tenga custodia sobre el presunto responsable debe, antes de comenzar el juicio con base en [el principio] de jurisdicción universal, preguntar al Estado donde los crímenes fueron cometidos o al Estado de nacionalidad de la persona en concreto, si están preparados para enjuiciarla, a menos que [estos] Estados sean manifiestamente incapaces o no tengan voluntad para hacerlo. También deberá tomar en cuenta la jurisdicción de las cortes penales internacionales. d) Cualquier Estado que tenga custodia sobre el presunto responsable, en la medida en que dependa sólo de la jurisdicción universal, deberá considerar, según sea apropiado, conceder la solicitud de extradición presentada por un Estado que tenga un vínculo significativo, (prioritariamente de territorialidad o nacionalidad) con el crimen, el ofensor, o la víctima, en caso que tal Estado este en posibilidades y tenga voluntad para enjuiciar al presunto responsable" [Traducción no oficial].

59 Véase, CIJ, *Arrest Warrant of 11 April2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3,* párr. 61. Asimismo, véase, Instituto de Derecho Internacional, "Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes", nota *supra* 51, sexto párrafo operativo: "Las disposiciones anteriores se aplican sin perjuicio de las inmunidades establecidas en derecho internacional" [Traducción no oficial].

Las cuestiones antes planteadas no son sólo un ejercicio técnico-legal, sino que tienen claras implicaciones y consecuencias respecto de la reticencia a aplicar y aceptar la aplicación de la jurisdicción universal en un sistema internacional aún dominado por las suspicacias políticas entre Estados, el aferramiento a las interpretaciones tradicionales del principio de soberanía, y el temor a la desestabilización de las delicadas relaciones internacionales. En palabras del profesor Bassiouni,

> [Una] jurisdicción universal desenfrenada puede causar trastornos en el orden mundial y la privación de derechos humanos individuales cuando se usa de manera políticamente motivada o con el propósito de acosar [a otros Estados] [nota en el original omitida]. Aún con las mejores intenciones, la jurisdicción universal puede ser utilizada imprudentemente, creando fricciones innecesarias entre Estados, abusos potenciales de procesos legales y acoso indebido a las personas bajo [investigación o enjuiciamiento]. La jurisdicción universal debe, por lo tanto, utilizarse con cautela, de manera que se minimicen las posibles consecuencias negativas, en tanto que se posibilita alcanzar su propósito[60].

A pesar de estos cuestionamientos, la clara afirmación de este principio por parte de la comunidad internacional ha llevado, por ejemplo, a que por medio de instrumentos adoptados en el marco de las Naciones Unidas se haga un llamado a los Estados para que incorporen, en sus legislaciones, las bases normativas necesarias para que sus órganos judiciales estén en posibilidad de conocer sobre la perpetración de crímenes internacionales, en ejercicio de la jurisdicción universal[61].

En medio de estos vívidos debates, que han permeado y reflejado en la interpretación judicial latinoamericana, en las siguientes secciones se presentan extractos de algunas de las decisiones más relevantes respecto de este principio. Es importante resaltar el claro reconocimiento por parte de las cortes sobre la existencia del mismo, a pesar de las disparidades que pueda haber con respecto a su contenido y alcance, y las precondiciones para su aplicación. Asimismo, resultan de particular importancia los criterios sostenidos en la jurisprudencia regional con respecto al

---

60 Bassiouni, M. Cherif, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", en *42 Va. J. Int'l L. 81*, otoño, 2001, pág. 82 [Traducción no oficial]. Para una posición un poco más crítica sobre la jurisdicción universal en el orden internacional, véase, por ejemplo, Morris, Madeline H., "Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks", en *35 New Eng. L. Rev. 337,* 2000-2001, pág. 338: "El caso a favor de la jurisdicción universal sería más sólido si pudiéramos asegurar que la persecución y enjuiciamiento serán desarrollados de manera imparcial y apegado al debido proceso; que la ley aplicable consistirá exclusivamente en el contenido claramente establecido por el derecho internacional; y que los órganos nacionales ejecutivos competentes tendrán poder de veto ante procesos penales, el cual usarán (sólo) cuando dichos procesos podrían tener gravísimas consecuencias en las relaciones internacionales. El problema con la jurisdicción universal es que no podemos asegurar que estas condiciones se cumplan. Más bien, existe un riesgo real de procesos políticamente motivados; que se realizan sin un debido proceso; que aplican normas que exceden aquéllas universalmente aceptadas como parte del derecho internacional; o que son realizadas sin suficiente control político para evitar nefastas consecuencias en el plano internacional" [Traducción no oficial].

61 Véase, por ejemplo, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,* Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005 [en adelante "Conjunto de Principios contra la Impunidad"]. Principio 21: "Los Estados deberán emprender medidas eficaces, incluida la aprobación o la enmienda de la legislación interna, que sean necesarias para permitir que los tribunales ejerzan la competencia universal con respecto a delitos graves de conformidad con el derecho internacional, de acuerdo con los principios aplicables del derecho consuetudinario y del derecho de los tratados".

órgano facultado para determinar la jurisdicción de un órgano judicial que actúa con base en este principio, respondiendo claramente al principio *compétence de la compétence*. Por último, como ya se avanzaba en esta breve introducción, la jurisprudencia latinoamericana trata de abordar, aunque de manera marginal, la pregunta de la soberanía y el ejercicio de la jurisdicción universal, presentando argumentos sin duda dignos de atención.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 y otros del Decreto 100 de 1980 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.b)*, Considerando 3:

> El principio de jurisdicción universal, que atribuye a todos los Estados del mundo la facultad de asumir competencia sobre quienes cometan ciertos delitos que han sido especialmente condenados por la comunidad internacional, tales como el genocidio, la tortura o el terrorismo, siempre que tales personas se encuentren en su territorio nacional[62], aunque el hecho no haya sido cometido allí. Este principio, cuyo carácter consuetudinario no ha recibido general aceptación, ha sido, no obstante, consagrado expresamente en varios convenios internacionales que vinculan a Colombia, como las Convenciones contra la Tortura, contra el Genocidio, contra el Apartheid y contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes; por ello, puede afirmarse que, en este punto del desarrollo del derecho internacional, el principio de jurisdicción universal opera cuando consta en un tratado [Énfasis en el original].
>
> [S]e trata, en esencia, de un mecanismo de cooperación internacional en la lucha contra ciertas actividades repudiadas por la sociedad de naciones que, en esta medida, coexiste con las competencias jurisdiccionales ordinarias de los Estados, sin imponerse sobre ellas; así se dice expresamente en los múltiples tratados en los cuales se consagra. La segunda, es que no debe confundirse este principio, que habla de una jurisdicción universal de los Estados, con la jurisdicción de la recientemente creada Corte Penal Internacional; se trata de dos manifestaciones diferentes de la colaboración internacional contra el crimen, que si bien resultan complementarios, no participan de la misma naturaleza, por cuanto la Corte, una vez entre en funcionamiento, será un organismo con jurisdicción independiente de la de sus Estados Partes, y con una órbita de competencia autónoma y distinta de la de aquéllos.

Véase también, Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f)*, Considerando 2.3.

[62] Nota añadida al original: Como se ha mencionado ya en la introducción de esta sección, los Estados están en libertad de regular el principio de jurisdicción universal, dentro de su ordenamiento jurídico, como consideren más apropiado. En este sentido, algunos Estados han, efectivamente, establecido como una de las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción con base en este principio, la presencia de la persona acusada en su territorio. No existe, sin embargo, un criterio absoluto al respecto en derecho internacional, por lo que otros Estados podrán omitir dicho requisito y utilizar la extradición como forma de obtener la custodia de una persona para efectos de un proceso penal basado en el principio de jurisdicción universal.

Guatemala, *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros (Relación de sentencias 8.a),* Considerando IV:

> La idea de asumir competencia, cuando los hechos no hayan ocurrido en el territorio del requirente y que tampoco hayan afectado a sus ciudadanos, no deriva del contenido del Tratado de Extradición, sino del concepto moderno de Jurisdicción Universal […].

De manera complementaria, véase, El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III:

> [S]e ha considerado que [una serie de hechos delictivos o crímenes que atentan contra la humanidad] lesionan derechos del individuo, y que por lo tanto, existe el interés general de protegerlos, autorizándose su persecución extraterritorial de acuerdo al *principio de justicia universal*.
>
> Con *el principio de jurisdicción universal se modifica el principio de territorialidad de la ley penal, estrechamente vinculado a la idea de soberanía nacional*. Lo anterior es así, porque los crímenes contra la Humanidad traspasan las fronteras, superan la soberanía nacional y tienen que ser perseguidos con una lógica supranacional. Se cometan donde se cometan, las personas responsables deben ser perseguidas por los Estados, juzgadas y condenadas por esos mismos Estados, aunque ningún ciudadano o nacional de dichos Estados fuera víctima de esos delitos, ello simplemente por el hecho de que cualquier Estado representa a la Humanidad cuando ésta es ofendida, en ausencia de un Tribunal Internacional, y cuando el Estado donde se cometió el delito no fue capaz de juzgarlas.

A. Determinación de la competencia del tribunal que ejerce jurisdicción universal

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Duodécimo:

> [E]l inconforme […] esencialmente impugnó la carencia de competencia del gobierno español para solicitar su extradición y ser juzgado por hechos ocurridos en Argentina, en virtud de que el derecho positivo de un país es una de las manifestaciones de la soberanía del Estado y tiene aplicación esencialmente en su territorio.
>
> [Alegó también] [q]ue es verídico que la anterior concepción admite excepciones, la primera de ellas en base a intereses que implican un punto de conexión, como acontece cuando se afecta de alguna manera la seguridad del Estado requiriente, o bien cuando el sujeto activo o pasivo es nacional de dicho Estado, casos en los cuales es aplicable el derecho de un Estado para juzgar hechos ocurridos fuera de su territorio, cumpliéndose así como los postulados establecidos en las diversas convenciones internacionales […] insistiendo en que para la operancia de la jurisdicción universal, es necesario que el inculpado sea detenido dentro del territorio del Estado que pretende juzgarlo, según

se desprende del apartado segundo del artículo 5 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes […].

[Este Alto Tribunal señala que] [a]l no [existir] ningún precepto legal en ese sentido […] debe concluirse que en el procedimiento de extradición a requerimiento de Estado extranjero, no es factible que las autoridades de México analicen la competencia del tribunal del país requirente, ya que de lo contrario sería necesario realizar un análisis o estudio de la legislación interna del país requirente, a fin de determinar la legalidad o ilegalidad de la determinación de competencia efectuada por el tribunal que emitió la resolución judicial con base en la cual se pide la extradición, vulnerándose con ello la soberanía del Estado requirente, porque *se conculcaría la facultad de dicho tribunal para analizar esa cuestión cuando fuese oportuno en el proceso penal correspondiente* [Énfasis añadido].

[Es cierto que las normas que rigen la extradición] establece la obligación de los Estados Unidos Mexicanos de exigir al Estado requirente que el presunto extraditado sea sometido a tribunal competente, establecido por ley con anterioridad al delito que se impute en la demanda, para que se le juzgue y sentencie con las formalidades de derecho.

Sin embargo, esa disposición no puede interpretarse hasta el extremo de que el Estado Mexicano analice la competencia de los Tribunales del Estado requirente, porque en dicho numeral sólo se establece una obligación para las autoridades mexicanas de exigir al Estado requirente, para dar trámite a una petición de extradición, que el presunto extraditado será sometido a tribunal competente establecido por la ley con anterioridad al delito que se le imputa en la demanda, para que se le juzgue y sentencie con las formalidades de derecho, y no así una obligación o facultad de las autoridades mexicanas de analizar la competencia de los tribunales del país requirente.

En contraste, véase, Guatemala, *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros (Relación de sentencias 8.a),* Considerando V:

[E]sta Corte no tiene mayor comentario que hacer, incluida la apreciación contenida en la Sentencia de mérito de que la jurisdicción universal que se atribuye el Reino de España tenga sustento en el artículo 24.1 de su Ley Orgánica del Poder Judicial [derecho a la tutela judicial efectiva] "*y en el Convenio sobre genocidio*". Lo primero, porque es cuestión muy digna y respetable de su soberanía decidirlo; lo segundo, porque el hecho de que un convenio internacional no prohíba, tampoco faculta a ejercer una jurisdicción unilateral que se pretenda obligante respecto de Estados que también han sido parte de dicho Convenio y que no han dado su consentimiento al respecto. En todo caso, semejante a los criterios de ejercicio del poder al interior de los Estados, de que éstos sólo tienen las facultades expresamente conferidas por los titulares de su soberanía, en definitiva, por su propio pueblo; en materia internacional es evidente que sólo las tendrían las que expresamente les encomienden o le reconozcan los Estados obligados, bien fuera por convenciones bilaterales, multilaterales o universales. El rechazo de importantes sectores de la opinión internacional a la Ley Helms Burton de los Estados Unidos de América puede ilustrar el concepto.

En […] la Sentencia 237/2005 […], el Tribunal Constitucional [Español] […] resume: "*De este modo la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería que, sólo cuando viniera expresamente autorizado en el Derecho Convencional el recurso de jurisdicción universal, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud del art. 96 CE [Constitución Española] como del art. 27 del Convenio sobre Derecho de los tratados […]*". Califica el Tribunal Constitucional la interpretación de la recurrida de extremadamente rigurosa y entonces asume su propia intelección de la materia. Según su percepción, del hecho de que el Convenio contra el genocidio guarde silencio respecto a la *"jurisdicción internacional extraterritorial"* no puede inferirse que la prohíba. Asegura, desde esta posición, que el Convenio "deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio (…) máxime cuando de la finalidad que inspira el Convenio sobre el genocidio se desprende antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención".

Con relación al establecimiento del Reino de España de una "jurisdicción internacional extraterritorial" esta Corte no puede formular objeción alguna, en tanto, ni si quiera por vía del reproche sería válida una intervención en los asuntos propios de la soberanía política española. Es claro que España, como cualquier otro Estado, puede introducir los órganos que a su conveniencia determine el ejercicio de su poder político. De lo que no debe quedar duda es de la posibilidad de que otro Estado, también soberano e independiente, se niegue a someterse a una jurisdicción que no ha sido reconocida legítimamente por la comunidad internacional, fuera por convenios o tratados bilaterales, regionales o universales. Por caso, no puede negarse el valor imperativo que tendría una jurisdicción internacional como el Tribunal penal internacional [*sic*], la Corte Interamericana de Derechos Humanos o los tribunales penales establecidos *ad hoc* por Naciones Unidas, en las condiciones de cada uno de dichos órganos de la comunidad internacional.

B. Incorporación y ejercicio del principio de jurisdicción universal (extraterritorialidad), derecho internacional y soberanía estatal

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 y otros del Decreto 100 de 1980 (Código Penal) (Relación de sentencias 4.b)*, Considerando 3:

Existe un debate doctrinal considerable, sobre las relaciones entre el ejercicio de la jurisdicción y el derecho internacional: hay quienes dicen que aquél es un hecho histórico-político que encuentra en las normas internacionales una serie de límites y prohibiciones, mientras que otros afirman que la jurisdicción, de hecho, es conferida por tales normas. Haciendo a un lado esta discusión, lo cierto es que hoy en día se han consolidado ciertas reglas a las cuales se debe someter la práctica jurisdiccional de los Estados, a riesgo de comprometer su responsabilidad. Estas reglas, verdaderos principios de derecho internacional cuya fuerza vinculante se deriva de su carácter de normas consuetudinarias, son obligatorias para Colombia.

[Al igual que el principio de territorialidad] también encuentran sustento constitucional los principios de extraterritorialidad, siempre y cuando se apliquen de

> conformidad con los mandatos de reciprocidad, equidad y respeto por la soberanía foránea.
>
> [E]l artículo 13 [del Código Penal] consagra el principio de territorialidad como norma general, pero admite que, a la luz de las normas internacionales, existan ciertas excepciones, en virtud de las cuales se justificará tanto la extensión de la ley colombiana a actos, situaciones o personas que se encuentran en el extranjero, como la aplicación de la ley extranjera, en ciertos casos, en el territorio colombiano. En forma consecuente, el artículo 15 [del mismo código] enumera las hipótesis aceptables de "extraterritorialidad", incluyendo […] los principios internacionales reseñados [a saber: personalidad activa, personalidad pasiva, principio real o de protección y principio de jurisdicción universal].
>
> Se observa, así, una notable concordancia entre las normas internacionales, la Constitución y las disposiciones legales demandadas. En aras de mantener tal congruencia […] se requiere mantener en su lugar la frase demandada del artículo 13[63], ya que sólo en virtud de ella se garantiza el respeto del principio de reciprocidad [internacional] […]; es decir, *es en virtud de esta frase que Colombia, en la misma medida en que se habilita legalmente para ejercer su jurisdicción extraterritorial, acepta que otros Estados también lo hagan, de conformidad con las reglas internacionales aplicables* [Énfasis añadido].
>
> [L]a Corte [reitera]: a) que el derecho internacional no se resume en los tratados; b) que las excepciones a la territorialidad de la ley, ni se identifican con las inmunidades diplomáticas, ni se agotan en ellas, y además encuentran su fuente tanto en normas consuetudinarias como en principios generales; y c) que en consecuencia, no es válido ni razonable, a la luz de la Constitución, de la ley o del Derecho Internacional, afirmar que todo delito que se cometa en Colombia tiene que ser juzgado por los jueces nacionales.

En contraste, véase, Guatemala, *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros (Relación de sentencias 8.a),* Considerando V:

> Esta Corte guatemalteca ha sostenido que, en efecto, la persona humana puede hacer todo lo que no le está prohibido, a diferencia del poder público que sólo puede hacer aquello para lo que esté expresamente facultado. La tesis del Tribunal Constitucional de que *"ni en el Convenio sobre el genocidio, como ya se afirmó, ni en los Tratados que menciona la sentencia impugnada, se contempla prohibición alguna del ejercicio de la jurisdicción universal unilateral que pudiera considerarse incumplida por lo dispuesto en la Ley española"*, no puede ser reconocida por esta Corte guatemalteca, dado que de ninguna manera se ha demostrado que la llamada "jurisdicción universal" le haya sido encomendada a España por la comunidad "universal" para que la represente con los poderes sustantivos de juzgar y ejecutar lo juzgado que constituye, desde los clásicos, uno de los atributos indelegables de la sociedad jurídica y políticamente constituida dentro del Derecho Internacional.

[63] Nota añadida al original: "Artículo 13 [del Decreto 100 de 1980 por el cual se expide un nuevo Código Penal].- Territorialidad. La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional". La frase respecto a la cual se pide la declaración de inconstitucionalidad es la subrayada en el texto de la norma.

> [R]espetables, como se ha insistido, las orientaciones interpretativas del meritado Tribunal Constitucional, sus consideraciones en cuanto a su propia soberanía no deben ser cuestionadas por la justicia constitucional guatemalteca, frente a la cual aquellas carecen de trascendencia jurídica. Aunque no había ninguna razón para desconocer que la "tutela judicial" española, en su ámbito, pudiera ser *efectiva*, en el caso concreto, la misma está negándose en uno de sus elementos sustanciales: que ésta sea además *legal* [Énfasis en el original].
>
> Al respecto, la pregunta a formular es "de quién y de qué depende la potestad jurisdiccional", siendo la respuesta que es "conferida por el Estado y delegada por éste a los jueces". De suerte que la proclamación contenida en el artículo 117.1 de la Constitución española: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistardos…" no tiene ninguna validez en el territorio soberano guatemalteco porque en la materia de la que se trata, no pueden ser imperativas normas que obligan a otros Estados independientes a que su jurisdicción legítima se someta a otra decretada unilateralmente sin haberse seguido el curso, codificado o por costumbre universalmente reconocida, del Derecho Internacional.
>
> Sin embargo, no debe de haber duda respecto de que la jurisdicción que el Reino de España se atribuye está encaminada al fin de la justicia; como tampoco podrá quedar reparo alguno que la jurisdicción guatemalteca también la inspire el mismo propósito.
>
> Esta corte ha emitido este criterio guardando respeto a la política interna del Estado requirente de la extradición cuestionada, pero dejando en claro que, con tales antecedentes que no son comunes en otros casos de activación de la jurisdicción universal, la pretensión de la justicia española al respecto, rebasa límites naturales del Derecho Internacional.

Adicionalmente, con respecto a la evaluación de la capacidad y voluntad para perseguir crímenes y la soberanía estatal, véase, Guatemala, *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros (Relación de sentencias 8.a),* Considerando V:

> Esta cuestión se torna de principal importancia en tanto la relacionada sentencia 237/2005 [del Tribunal Constitucional de España] justifica la intervención de un Estado extraterritorial para conocer de hechos como los denunciados, de haber *"indicios serios y razonables de la inactividad que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes".* Esto es, que un Estado, de manera unilateral, pueda hacer juicio sobre otro Estado acerca de los elementos de enorme significación de soberanía (e incluso de honor) nacional: *voluntad* para juzgar y castigar crímenes atroces, como podría ser, según las citadas palabras del Juez Instructor español, ***"el exterminio del pueblo maya"*** […] o la capacidad para hacer funcionar los órganos jurisdiccionales del país. En ambos casos, implicaría un juicio de valor de un Estado respecto de otro en cuanto a su moralidad política o su aptitud para el ejercicio de sus funciones fundamentales, como son la de impartir justicia. De tal manera que en ambas situaciones, tanto el llamado *rogue state* (Estado canalla) o del Estado fallido, le fuera imponible la tutela exterior, sin que mediara una determinación del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas [Énfasis en el original].

7. JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

Hasta el momento, este capítulo se ha centrado en el análisis de la jurisprudencia latinoamericana relacionada con el ejercicio de la jurisdicción nacional sobre crímenes internacionales, así como en una de las formas más relevantes de cooperación interestatal en la materia, *i.e.* la extradición. No obstante, como se apuntó en la introducción de este mismo capítulo, actualmente las jurisdicciones nacionales componen sólo una parte del sistema global de justicia penal internacional. De la mano con aquéllas, durante las últimas décadas se han establecido una serie de instituciones penales internacionales, con la Corte Penal Internacional como su máxima expresión, que han derivado en la indudable consolidación del ***sistema directo de aplicación del derecho penal internacional.***

Mucho se puede decir sobre los tribunales que desde el final de la Segunda Guerra Mundial se han creado como parte de este sistema directo. Desde la legalidad de su establecimiento, su jurisdicción y procedimientos, las razones político-legales para su creación, hasta las líneas de interpretación jurisprudencial desarrolladas por los mismos. Todos estos temas han sido y seguirán siendo objeto de análisis y debates. No obstante la innegable importancia de estas cuestiones, el fin de este estudio no es profundizar en las mismas, sino mostrar la jurisprudencia nacional con respecto a los tribunales penales internacionales.

De esta forma, en esta sección se presentan una serie de fallos en los que se analiza el proceso de evolución de la justicia penal internacional. Estas decisiones, que abordan el recorrido histórico-legal desde las iniciativas que precedieron a la Segunda Guerra Mundial, proporcionan la base para la mejor comprensión de la estructura actual del sistema directo de aplicación, su legitimidad, y su relación con las jurisdicciones nacionales. En la segunda sección, se presentan diversas decisiones en las que se ha abordado específicamente el tema de la Corte Penal Internacional. Al respecto, es oportuno llamar la atención sobre las decisiones que se refieren al principio de complementariedad que rige las relaciones entre esta corte y las jurisdicciones nacionales. Aunque dicho principio ha sido abundantemente analizado por la doctrina, aún parece haber interpretaciones erróneas al respecto, por lo que la voz de los órganos judiciales nacionales tiene especial importancia.

Por último, de manera particularmente relevante, las cortes latinoamericanas han resaltado y enfatizado las características principales y especificidad de una de las formas más importantes de cooperación entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones internacionales: la entrega de personas a la primera. La entrega, tal como lo reconocen las cortes, no es equiparable a la extradición y así se debe entender. Al mismo tiempo, cuando se hable de este tema, es preciso recordar que el Estatuto de Roma establece explícitamente la obligación de todos los Estados parte de cooperar con la Corte, lo que incluye la entrega de personas[64].

A. Evolución de la justicia penal internacional

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 2.1:

[64] Véase, Parte IX del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Durante el siglo pasado, millones de seres humanos perecieron como consecuencia de genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes graves reconocidos como tales por el derecho internacional. Debido a los limitados instrumentos jurídicos con que contaba el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos para el establecimiento de responsabilidades individuales, los autores de tales conductas rara vez fueron condenados penalmente. Con el fin de romper el ciclo de violencia e impunidad, la comunidad internacional ha estado preocupada por promover la creación de mecanismos jurídicos que permitan asegurar un juicio de responsabilidad por tales conductas, así como la sanción efectiva de sus autores y cómplices, tanto en el ámbito nacional como en el internacional [nota en el original omitida]. Este movimiento contra la impunidad y a favor de la efectividad de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, ha generado un consenso respecto de la necesidad de crear una instancia internacional de carácter permanente para el juzgamiento de los responsables de crímenes atroces, consenso que ha quedado manifiesto con la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el año 2002 […]. Ello contrasta con el ensayo anterior, respecto del cual no hubo consenso. El intento de la Liga de Naciones para alcanzar la misma meta fracasó: en 1937 fue adoptado un tratado que establecía una Corte Penal Internacional, pero nunca entró en vigor debido a que el número de Estados que lo ratificaron no fue suficiente[65].

El primer intento en el siglo XX [nota en el original omitida] por definir la responsabilidad penal individual de orden internacional, así como un tribunal para su juzgamiento, se remonta al final de la Primera Guerra Mundial. Una comisión investigadora internacional fue creada por los Aliados durante la conferencia de paz preliminar en París en 1919, para el juzgamiento del káiser alemán Guillermo II [nota en el original omitida], así como de oficiales alemanes y turcos por crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra [nota en el original omitida]. La comisión completó su informe en 1920, y suministró una lista de 895 presuntos criminales de guerra y formuló cargos específicos contra varios de ellos. Sin embargo, ninguna acción posterior de juzgamiento internacional fue llevada a cabo. Razones de tipo político llevaron a que los Aliados no continuaran con el juzgamiento de los responsables de tales conductas [nota en el original omitida]. No obstante, se acordó que los eventuales responsables alemanes fueran juzgados por cortes alemanas en los llamados "Juicios de Leipzig" [nota en el original omitida].

Posteriormente, después del fallido intento de la Liga de las Naciones anteriormente mencionado, al final de la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas firmaron, en enero de 1942, la Declaración de Saint James [nota en el original omitida] para la creación de la "Comisión de las Naciones Unidas de Crímenes de Guerra", un cuerpo investigador intergubernamental, como un primer paso para la conformación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. A pesar de que esta Comisión tuvo poco apoyo político y no contó con suficiente personal investigador ni con fondos suficientes, logró recopilar 8.178 expedientes de presuntos criminales de guerra y sirvió como centro

[65] Nota original de la Sentencia C-578/02 de la Corte Constitucional colombiana: "*Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, Comisión de Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, Doc. C.50(1), 30 de septiembre de 1944, elaborado con base en la Convención para la Creación de una Corte Penal Internacional, Liga de Naciones, OJ Spec. Supp. No. 156 (1936), LN Doc C.547 (I), M.384(I), 1937, V(1938), citado en Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001, página 5 […].*"

de documentación entre los gobiernos. No obstante lo anterior, la Comisión no tuvo ningún vínculo institucional con los Tribunales Militares Internacional de Nüremberg y para el Lejano Oriente. La Comisión continuó con su trabajo de investigación y posteriormente elaboró una lista de 750 criminales de guerra italianos […].

En 1945, mediante el Acuerdo de Londres [nota en el original omitida] se estableció el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, cuyo anexo contenía el estatuto del nuevo tribunal, así como la definición de los crímenes por los cuales serían juzgados, principalmente, los líderes del régimen nazi [nota en el original omitida]. El proceso fue controvertido, no sólo por tratarse de un tribunal de las potencias victoriosas, —para el juzgamiento de criminales por un tribunal establecido mediante un acto que su Estado nacional no había aceptado—, sino porque la regulación misma del tribunal resultaba muy compleja en su esfuerzo de crear un procedimiento que hiciera compatibles los distintos sistemas penales. Algo similar ocurrió con el Tribunal de Tokio [nota en el original omitida], impuesto unilateralmente por las tropas de ocupación estadounidenses en Japón, el cual, tampoco tuvo aceptación por parte del Estado nacional de los procesados. Por su parte, el Tribunal de Nüremberg culminó con la acusación formal a 19 criminales nazi, 12 de los cuales fueron condenados a pena de muerte por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El Tribunal de Tokio sólo juzgó crímenes de guerra, y condenó a 25 personas a prisión, pero ninguna cumplió la totalidad de su condena y la mayoría fue liberada hacia finales de la década de los años 50 [nota en el original omitida].

Este primer paso, el juicio de criminales de guerra [nota en el original omitida], fue complementado paulatinamente en convenciones internacionales a partir de 1948; dentro de ellas fue pionera la Convención contra el Genocidio, ya que prevé la creación de una Corte Penal Internacional [nota en el original omitida]. En la Organización de Naciones Unidas, se le asignó a la Comisión de Derecho Internacional la tarea de desarrollar un Estatuto para una Corte Penal Internacional, pero la "Guerra Fría" no permitió avances en este sentido [nota en el original omitida].

[Décadas después,] [e]n 1992, la ejecución de actos resultantes de una política de limpieza étnica entre provincias de Yugoslavia provocó la indignación de la opinión pública internacional y su condena por varias resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Seguridad. En Ruanda, una política de exterminio étnico semejante y otros actos atroces también consternaron a la comunidad internacional. En ambos casos, representantes de los Estados y expertos internacionales concluyeron que las situaciones merecían el establecimiento de tribunales penales internacionales, los cuales fueron creados por resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 para la ex-Yugoslavia, con sede en la Haya, y en 1994 para Ruanda, con sede en Arusha.

Estas dos experiencias fortalecieron el consenso internacional en torno a la importancia que tenía para el sistema de protección de derechos humanos y de garantía del derecho internacional humanitario la creación de un tribunal penal internacional permanente, que juzgara a los individuos responsables de crímenes tales como el genocidio, la tortura, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Así, en 1995 la Asamblea General de Naciones Unidas creó un Comité Preparatorio para

> completar, sobre la base del trabajo reiniciado por la Comisión de Derecho Internacional en 1990 y el borrador adoptado por ella en 1994, el texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional que sería adoptado en una conferencia diplomática [en 1998].

URUGUAY, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 5:

> El Estatuto del Tribunal de Nüremberg, que formó parte del "Acuerdo de Londres" firmado el 8 de agosto de 1945 por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y el Gobierno Provisional de Francia constituyó un punto de inflexión fundamental para ratificar el principio de la responsabilidad individual o personal en crímenes internacionales y constituye el primer ensayo de justicia penal internacional, juzgando delitos universales por encima de la competencia interna de las naciones.

Adicionalmente, véase, HONDURAS, *Opinión sobre el "Estatuto de la Corte Penal internacional" (Relación de sentencias 9.a)*:

> Haciendo historia, creemos importante, para fundamentar esta opinión, remitirnos al papel de la Delegación de Honduras en la Conferencia de Paz de París, que se celebró en Versalles, después de la Primera Guerra Mundial. Como es sabido, las grandes potencias aliadas tomaron la decisión de que Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, fuera extraditado de los Países Bajos, en donde había encontrado refugio, para que fuera juzgado por sus responsabilidades en la guerra. Frente a esa posición, el Doctor Policarpo Bonilla, nuestro delegado, sustentó una tesis contraria "a la opinión de los eminentes jurisconsultos que han redactado el proyecto de artículo estableciendo las reglas para deducir las responsabilidades de la guerra".
>
> En esa hermosa pieza oratoria, el Doctor Bonilla, sostuvo lo siguiente: "La legislación escrita de todos los países civilizados ha consagrado el principio incontestable del derecho natural, que nadie puede ser juzgado ni castigado por delito que no haya sido previa y expresamente definido y penado por la ley". Y refiriéndose al juicio contra el Kaiser Guillermo II, expresó: "Para hacerlo no hay en verdad ninguna ley ni precedente Internacional". Termina su discurso el Doctor Bonilla con estas palabras: "Nosotros condenamos enérgicamente los crímenes y atrocidades cometidos por los ejércitos alemanes y sus aliados, no hemos tenido todavía ocasión de ver materialmente las devastaciones de que la Bélgica, la Francia, la Servia y otros países invadidos han sido víctimas: los execramos, sin embargo, pues el mundo está lleno de los gritos dolorosos de estas desgraciadas poblaciones martirizadas de todas maneras. Y es por ello que nosotros desearíamos ver insertar en el Pacto de la Liga de las Naciones, o en otro de los que se celebren, disposiciones de una eficacia tal que pueda considerarse como imposible toda repetición de esos atentados contra la humanidad y que aseguren un castigo severo si llegasen a ejecutarse. Así se llenaría el vacío que existe ahora en el Derecho Internacional".
>
> El Doctor Bonilla evidentemente, veía la necesidad de que hubiera normas de Derecho Internacional que tipificaran y sancionaran crímenes como los que se cometieron en la conflagración que venía de terminar, para el futuro. Con ello, no hacía más que abogar porque a nivel internacional se aplicaran principios sagrados en Derecho Penal, como el

de legalidad, para evitar que se juzgara y penara por delitos no establecidos previamente, a personas que, obviamente, no tenían noticia de la antijuricidad de sus conductas.

No llegó, Don Policarpo Bonilla, a atisbar la necesidad de un tribunal internacional para conocer de tales crímenes, pero el vacío en el Derecho Internacional que él señaló con gran propiedad se llena en el Estatuto de Roma, al establecerse en él cuáles son los crímenes por los cuales tendrá competencia la Corte y las penas correspondientes.

Después de la Segunda Guerra Mundial, a tres meses de terminada la guerra en Europa, los países aliados: Gran Bretaña, la Unión Soviética, Estados Unidos de América y Francia, en acuerdo suscrito en Londres dieron vida a un Tribunal Militar Internacional, conocido como el Tribunal de Nüremberg, que juzgaría los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Sabemos de las críticas que se hicieron a la actuación de ese tribunal, particularmente el relativo a la violación que sus decisiones implicaban para el principio de legalidad. La misma que el Doctor Bonilla señalara décadas atrás en relación al intento de juzgar al Kaiser Guillermo II. También una vez finalizada la Guerra del Pacífico, se creó el Tribunal de Tokio, con las mismas características antes mencionado.

Recientemente, se crearon los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, para juzgar los crímenes que en esos países fueron cometidos en los conflictos armados que ahí se dieron. En relación a estos Tribunales se señalan las mismas inconsistencias respecto a los que se dieron después de la Segunda Guerra Mundial.

B. Corte Penal Internacional

Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Relación de sentencias 5.b),* Considerandos IV y VII:

> [L]as insuficientes respuestas que la comunidad internacional había dado a graves violaciones cometidas en los últimos años (la ex Yugoslavia, Ruanda, etc), desencadenó la necesidad de "instituir con carácter permanente y con una esfera de acción lo más amplia posible, un órgano jurisdiccional por medio del cual quedara de manifiesto el anhelo de una gran cantidad de Estados en evitar que la impunidad fuera el resultado de las más aborrecibles crueldades causadas entre los mismos seres humanos" […]. En el preámbulo del Estatuto de la Corte, asimismo, se reconoce que a lo largo del Siglo XX millones de niños, mujeres y hombres fueron víctimas de crímenes atroces, que por su gravedad trascienden a la comunidad internacional en su conjunto, puesto que además de lesionar en sus más preciados atributos a esos millones de personas, conmueven profundamente la conciencia de la humanidad y no pueden seguir siendo —como hasta ahora- conductas impunes. Desde esa óptica, *el Estatuto ahora analizado, propone medidas en el plano nacional, a la vez que en el de la cooperación internacional, con el fin de asegurar que los ilícitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión, en sus diversas modalidades y entre otros, sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia y sancionados como corresponde*. Estas acciones no solamente contribuirán a hacer desaparecer la impunidad, como producto directo, lo cual sería per sé suficiente, sino que de forma paralela y sin ninguna duda, en el futuro se convertirán

en un disuasivo para la comisión de nuevos crímenes. Ahora bien, a pesar de que el contexto que justifica la creación de una Corte Penal Internacional es absolutamente claro, hay que detenerse en el examen de algunos aspectos puntuales involucrados en el texto del Estatuto que se envía por parte de la Asamblea Legislativa, ya sea por la importancia que revisten, ya por la novedad que implican, a la luz del tratamiento que usualmente se les ha venido dando en la jurisprudencia [Énfasis añadido].

El "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" […][es] un instrumento jurídico internacional que tiene como finalidad, crear la Corte Penal Internacional, la cual, será un órgano complementario de las jurisdicciones penales nacionales, y no un sustituto de las mismas. Esta Corte Penal Internacional, será una institución permanente que estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, como son: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 2.3:

[La creación de la Corte Penal Internacional] representa un gran paso hacia la protección efectiva de la dignidad del ser humano mediante instrumentos jurídicos internacionales, por numerosas razones de las cuales esta Corte destaca las siguientes.

Primero, por una razón histórica. La creación de una Corte Penal Internacional con jurisdicción permanente marca un hito en la construcción de instituciones internacionales para proteger de manera efectiva el núcleo de derechos mínimos, mediante juicios de responsabilidad penal individual, por una Corte que no es creada *ad hoc*, ni es el resultado del triunfo de unos estados sobre otros al final de una guerra, ni es la imposición de las reglas de unos estados poderoso a los habitantes de otro […]. A diferencia de sus antecesores, la Corte Penal Internacional surgió del consenso de la comunidad internacional relativo a la creación de una instancia internacional, independiente y de carácter permanente, para el eventual juzgamiento de responsables de graves crímenes internacionales.

Segundo, por una razón ética. Las conductas punibles de competencia de la Corte Penal Internacional comprenden las violaciones a los parámetros fundamentales de respeto por el ser humano que no pueden ser desconocidos, ni aun en situaciones de conflicto armado internacional o interno, los cuales han sido gradualmente identificados y definidos por la comunidad internacional a lo largo de varios siglos con el fin de superar la barbarie.

Tercero, por una razón política. El poder de quienes en el pasado han ordenado, promovido, coadyuvado, planeado, permitido u ocultado las conductas punibles de competencia de la Corte Penal Internacional, también les sirvió para impedir que se supiera la verdad o que se hiciera justicia. La Corte Penal Internacional ha sido creada por un estatuto que cuenta dentro de sus propósitos medulares evitar la impunidad de los detentadores transitorios de poder o de los protegidos por ellos, hasta la más alta jerarquía, y garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados a conocer la ver-

dad, a obtener justicia y a recibir una reparación justa por los daños que dichas conductas les han ocasionado, a fin de que dichas conductas no se repitan en el futuro.

Cuarto, por una razón jurídica. El Estatuto de Roma representa la cristalización de un proceso de reflexión, a cargo de juristas de diversas tradiciones, perspectivas y orígenes, encaminado a ampliar el ámbito del derecho internacional con la edificación de un régimen de responsabilidad penal individual internacional respaldado por una estructura orgánica institucionalmente capaz de administrar justicia a nivel mundial, respetando la dignidad de cada nación pero sin depender de autorizaciones políticas previas y actuando bajo la égida del principio de imparcialidad.

i. Principio de complementariedad

Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Relación de sentencias 5.b),* Considerando VII:

> Según se desprende del Estatuto de Roma, será el último recurso al cual se acudirá para sancionar crímenes que traspasan los umbrales de gravedad y que, tal y como se indicó, se fundamenta en el principio de complementariedad por cuanto no nace con la intención de sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino más bien, de complementarlas y, en ese sentido, solo actuará cuando las jurisdicciones nacionales competentes no puedan o no quieran ejercer su obligación de investigar o juzgar a los presuntos criminales de los delitos establecidos en el Estatuto, con lo cual, pretende acabar con la impunidad de delitos.
>
> De este modo, la persecución de los delitos se haría entonces a través de dos vías: una nacional cuya competencia es propia de cada Estado y la otra mediante la Corte Penal Internacional cuya competencia, en todo caso, se decidirá de conformidad con las reglas que para ello se establecen en el propio Estatuto.

Honduras, *Opinión sobre el "Estatuto de la Corte Penal internacional" (Relación de sentencias 9.a)*:

> Aspecto importante a señalar es el de la complementariedad, según el cual la Corte no admitirá un caso: a) Cuando sea objeto de investigación o enjuiciamiento en el Estado con jurisdicción sobre el asunto, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por conducta a que se refiere la denuncia y la Corte no pueda incoar el juicio por haber ya sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.
>
> En concreto el principio de complementariedad jurisdiccional se contrae a que la corte no podrá conocer de los casos que sean objeto de conocimiento o lo hayan sido por los Tribunales del Estado que tengan jurisdicción sobre ellos, a menos que, como antes se indica, ese Estado no tenga la posibilidad o la decisión política de hacerlo, para lo cual hay en el Estatuto preceptos que indican los criterios a seguir.

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 2.3:

> El artículo 1 del Estatuto de Roma, dice de manera general que la competencia de la Corte Penal Internacional tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. El alcance de este principio orientador de la Corte, es posteriormente desarrollado en los artículos 17 y 19, Parte II del Estatuto de Roma, y también por el artículo 20, que regula el principio de la cosa juzgada.
>
> Las disposiciones citadas, regulan las condiciones bajo las cuales se desarrollará la relación entre las jurisdicciones penales nacionales y el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional. Como principio general, el Estatuto de Roma establece que son los Estados quienes deberán ejercer en primer lugar sus competencias penales contra quienes puedan ser responsables de la realización de las conductas descritas en los artículos 5 a 8 del Estatuto y se encuentren en su territorio. Sin embargo, cuando un Estado Parte del Estatuto se niegue (indisposición) o no pueda (incapacidad) investigar o enjuiciar a estas personas, la Corte Penal Internacional puede hacerlo. Por eso, se entiende que la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.
>
> En este punto es importante resaltar las diferencias entre los conceptos competencia y admisibilidad, que se emplean en el Estatuto de Roma, como quiera que la distinción entre éstos fue desarrollada para garantizar la soberanía de los Estados y asegurar que la Corte Penal Internacional no suplante o sustituya a las jurisdicciones nacionales.
>
> El término competencia se refiere a la delimitación del ámbito de ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Dicho ámbito es definido con base en varios criterios tales como los crímenes de los cuales puede conocer la Corte Penal Internacional (*ratione materiae*), el momento de comisión de las conductas a partir del cual puede conocer de ellas (*ratione temporis*), el lugar de ocurrencia de los hechos que determina si la Corte puede o no ejercer sus funciones (*ratione loci*) y la nacionalidad de las personas que están sujetas a su jurisdicción (*ratione personae*).
>
> Por su parte, el término admisibilidad se refiere a una cuestión distinta, v.gr. si la Corte Penal Internacional a pesar de ser competente no puede admitir el caso. Mientras que el cumplimiento de las condiciones de competencia es imperativo, la decisión sobre la admisibilidad de un caso es facultativa. Así, la Corte Penal Internacional puede tener competencia sobre una "situación" porque se dan las condiciones de materia, tiempo, lugar y nacionalidad mencionadas, pero declarar que el "caso" concreto es inadmisible ante ella, por cuanto está siendo conocido por una jurisdicción penal nacional que tiene primacía, o por cualquiera de las otras razones señaladas en el Estatuto [nota en el original omitida].
>
> De esta manera se busca asegurar que la competencia de la Corte Internacional sea respetuosa del ejercicio efectivo de la soberanía de un Estado. No obstante, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional conlleva una limitación de la soberanía de los Estados […].
>
> Según lo que establece el Estatuto de Roma, la soberanía de los Estados es limitada de varias formas. En primer lugar, porque es la Corte Penal Internacional —y no cada Estado Parte— quien decide cuándo un Estado no está dispuesto o no ha sido capaz

de ejercer su jurisdicción. En segundo lugar, porque el análisis de la existencia de una causal de incapacidad o de indisposición de un Estado, supone que la Corte examinará las condiciones bajo las cuales el Estado ha ejercido o ejerce su jurisdicción. En tercer lugar, porque el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma. En cuarto lugar, porque cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto, la jurisdicción nacional pierde competencia sobre el mismo.

[D]estaca la Corte que la autonomía para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no es absoluta. El Estatuto establece no sólo que dicho ejercicio se hará en las condiciones extraordinarias enumeradas en los artículos 17 y 20 del Estatuto, sino que además, si decide hacerlo, los Estados podrán impugnar dicho ejercicio (artículo 18), si la decisión de la Corte Penal Internacional no se encuentra dentro de las circunstancias autorizadas en los artículos 17 y 20 y apelar ante la Sala de Cuestiones Preliminares las decisiones que sobre el ejercicio de su competencia tome la Corte Penal o el Fiscal.

El Estatuto de Roma establece un principio general de ejercicio autónomo y primigenio de las jurisdicciones nacionales para el juzgamiento de los crímenes definidos en la Parte II del mismo, con lo cual se reafirma la soberanía de los Estados Partes para el ejercicio de competencias judiciales en su territorio. Pero autoriza un ejercicio complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional para la investigación y el juzgamiento de tales crímenes en el evento en que los Estados no puedan o no quieran hacerlo.

Bolivia, *Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 138 del Código Penal (Relación de sentencias 2.b),* Fundamento II.3.2:

La Corte Penal Internacional, conforme establece el art. 1 de su Estatuto, tiene carácter complementario a las jurisdicciones nacionales, por cuanto es necesario que el hecho que será juzgado internacionalmente, no hubiere sido investigado, o que la acción penal no hubiere sido iniciada, en síntesis, es preciso que no exista disposición de actuar en el asunto, por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre una determinada persona; ello significa que se respeta el ámbito de la jurisdicción nacional y, en consecuencia, también se respetan las normas internas de los diferentes Estados que han ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, siempre y cuando contengan las previsiones contenidas en el mismo.

ii. Extradición vs. entrega a la Corte Penal Internacional

Ecuador, *Informe sobre el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Relación de sentencias 6.b)*, Considerando 7:

El Art. 89 del Estatuto, numeral 1, dispone que la Corte Penal Internacional puede solicitar la "detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado". La misma disposición señala que los Estados Partes cumplirán con esta solicitud de conformidad con "el procedimiento establecido en su derecho interno" y tomando en cuenta las disposiciones pertinentes del Estatuto que prevé diversas situaciones, en algunas de las cuales el Estado debe celebrar consultas con la Corte.

El primer punto a considerar es que el Estatuto no utiliza el vocablo "extradición" sino que emplea la palabra "entrega", lo cual tiene un matiz semántico diferente, que el propio Art. 102 (del Estatuto) se encarga de precisarlo y dice: *"a) Por 'entrega' se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto; b) Por 'extradición' se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno"* [Énfasis en el original].

Efectivamente la extradición tiene lugar entre dos Estados, mientras que en este caso es cualitativamente diferente, se trata de la entrega de una persona acusada de un grave delito contra los derechos humanos a un organismo judicial de alta jerarquía internacional, que representa a la comunidad de naciones y que tiene el mandato de juzgar y sancionar ciñéndose a las reglas del debido proceso, lo cual constituye una garantía para el acusado.

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 4.17.11:

Durante la redacción y discusión del Estatuto para la creación de la Corte Penal Internacional, uno de los puntos más debatidos fue la posibilidad de la utilización de la figura de la extradición para que un Estado Parte pusiera a disposición de la Corte a una persona en particular. La mayor preocupación fue la de que esta figura pudiera ser fácilmente utilizada para dejar de cumplir con la obligación de cooperación plena, dada la discrecionalidad que se reconoce en esta materia en los procedimientos internos y en el derecho internacional. Esto llevó a que se optara por una figura distinta: la entrega.

De conformidad con lo regulado en el Estatuto de Roma, el proceso de entrega de una persona se aplica independientemente de la nacionalidad de la persona y del lugar donde se hubieren cometido los crímenes por los cuales será investigada y juzgada. Además, el Estatuto acentúa que la entrega es una figura distinta de la figura de extradición, por lo cual los Estados deberán tener en cuenta la naturaleza especial de los procesos ante la Corte Penal Internacional al regular el procedimiento y al adoptar una decisión respecto de esta solicitud.

A la luz del Estatuto de Roma, "entrega" significa, "la entrega de una persona por un Estado a la Corte Penal Internacional["], mientras que "extradición" se refiere a la "entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno".

Sin embargo, del mismo Estatuto se infieren otras diferencias sustanciales entre las figuras de entrega y extradición. En primer lugar, la regla general en materia de extradición es que se trata de un acto discrecional por el cual un Estado no esta

obligado a extraditar a la persona requerida. En el caso de la entrega de una persona a la Corte Penal Internacional por un Estado Parte, esta es siempre obligatoria, tal como lo establece el Artículo 89.1 del Estatuto.

En segundo lugar, mientras que para la extradición es necesario que se cumpla el principio de doble incriminación, esto es, que la conducta por la cual se solicita la extradición sea considerada como delito en ambos Estados, la entrega de una persona a la Corte Penal Internacional sólo requiere que la conducta por la cual se solicita esté dentro de las que señala el Estatuto de Roma, independientemente de si está o no tipificada en el ordenamiento interno del Estado Parte a quien se le hace la solicitud.

En tercer lugar, la extradición se rige por el principio de especialidad, según el cual la persona extraditada sólo podrá ser procesada por los motivos alegados en la solicitud, mientras que en la entrega, se establece que 'quien haya sido entregado a la Corte (...) no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que ésta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado (artículo 102 ER), y, además el artículo 61.7, literal c), ordinal ii), permite que la Sala de Cuestiones Preliminares modifique los cargos antes del juicio, con base en las pruebas [nota en el original omitida].

En cuarto lugar, la extradición es una figura basada en el principio de reciprocidad, mientras que en la entrega los Estados no pueden solicitar que una persona que esté bajo la custodia de la Corte les sea devuelta para juzgarla en su jurisdicción, como quiera que la figura se define como un acto en el cual la Corte es quien solicita este tipo de asistencia y los estados son quienes la ejecutan, pero no al revés (artículos 89 y 102, a) ER).

En quinto lugar, un Estado puede negarse a extraditar a sus propios nacionales [nota en el original omitida]. Igualmente, factores como la edad avanzada del acusado o la creencia de que la persona solicitada será juzgada por razones discriminatorias tales como su origen étnico, su raza o su religión, o por motivos políticos, son razones por las cuales los Estados se niegan a extraditar a una persona. Ninguno de esos motivos es admisible ante la Corte Penal Internacional, como quiera que su jurisdicción se ejerce *ratione materia*, independientemente del origen nacional, la raza o las creencias del acusado.

Como consecuencia de estas diferencias entre la extradición y la entrega, el artículo 91.2 establece que los Estados Partes deberán tomar en cuenta el "carácter específico de la Corte", cuando determinen sus requisitos internos para el proceso de entrega. El Estatuto de Roma establece reglas mínimas que deberán seguir los Estados para proceder a la entrega de una persona, pero también dispone que los Estados podrán regular este procedimiento y establecer otros requisitos, siempre y cuando éstos no sean más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición. Si el Estado decide no regular la materia en su ordenamiento, en todo caso el Estatuto de Roma establece procedimientos y requisitos suficientes para proceder al cumplimiento, de conformidad con el principio internacional de la buena fe, de una solicitud de la Corte Penal Internacional.

a. Entrega de un nacional a la Corte Penal Internacional

Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Relación de sentencias 5.b),* Considerandos IX-XI:

> [E]l caso que ahora se ofrece a la consideración de la Sala es si la entrega de un costarricense a un tribunal penal internacional, concretamente, a la Corte Penal Internacional, para ser sometido a juicio bajo los términos del Estatuto de Roma, quebranta la protección del artículo 32 [el cual establece que: "Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional"]. Hay que tomar en cuenta, a este respecto, que no se está en el supuesto de extradición de un costarricense para ser sometido a la jurisdicción de un tribunal nacional extranjero; y que, según dispone el Estatuto, la Corte, cuya competencia se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (artículo 5), "podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en (el) Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado", y no necesariamente o exclusivamente en su sede en La Haya, Países Bajos, que es el Estado anfitrión (artículo 3.1).
>
> Para llegar a la definición de las cuestiones planteadas antes, es necesario recordar también la evolución notable que la Constitución Política ha sufrido en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, ya fuera mediante la expansión de estos derechos, directamente (es decir, en su propio texto), o mediante el reconocimiento de la singular significación de los instrumentos de derechos humanos sumados al ordenamiento jurídico. La convicción política de larga tradición histórica que ha incorporado a este ordenamiento, convirtiéndola en imperativo jurídico, la visión de una comunidad pacífica, respetuosa de los derechos humanos, evidentemente refuerza garantías como la establecida en el artículo 32, pero, al mismo tiempo, *la perfila, en este proceso inacabado de lucha por la libertad y la dignidad de la persona humana, como una garantía cuya eficacia no puede trascender al punto de que por sí misma impida u obstaculice la consecución de los propósitos de esa lucha*. La perfila y la limita, de modo que no es una garantía absoluta en los términos ya mencionados antes, sino que ha de coexistir con otras modalidades de protección de derechos fundamentales, y hasta ceder en su pretensión literal de ilimitada prorrogabilidad frente a la necesidad de realizar los valores y principios de justicia que la animan aun a ella, porque animan la Constitución [Énfasis añadido].
>
> Expresado de otro modo, esto significa que el sentido correcto del artículo 32 es el de una garantía limitada, no absoluta; que sus alcances han de determinarse teniendo en cuenta lo que es razonable y proporcionado a los fines a cuyo servicio esta garantía está; y que, en el espíritu de la Constitución, su reconocimiento es compatible con modalidades, medios o instrumentos todavía novedosos, cada vez más evolucionados y perfeccionados, de garantía de los derechos humanos.

Ecuador, *Informe sobre el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Relación de sentencias 6.b)*, Considerando 7:

> Como se sabe, una de las razones de la no extradición de nacionales es la de proteger a éstos bajo el presupuesto de que es mejor para un nacional ser juzgado en su propio país y

no en un Estado extranjero. En el presente caso, no podría considerarse a la Corte Penal Internacional como un tribunal extranjero, pues se trata de una jurisdicción internacional —de carácter complementario, como se dijo— creada en concordancia con el Derecho Internacional y con la colaboración y consentimiento del Estado Parte.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional puede concluir que la entrega de personas acusadas de genocidio, de crímenes de lesa humanidad, de crímenes de guerra y del crimen de agresión no puede ser asimilada a la figura jurídica de la extradición, en consecuencia esta disposición del Estatuto no contradice la Constitución del Ecuador cuando señala en el Art. 25 que no se concederá la extradición de un ecuatoriano.

Honduras, *Opinión sobre el "Estatuto de la Corte Penal internacional" (Relación de sentencias 9.a):*

El artículo 89 del Estatuto, en su numeral primero, prescribe que "La Corte podrá trasmitir junto con los antecedentes que la justifiquen de conformidad con el artículo 91, una solicitud de detención y entrega a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitar la cooperación de ese Estado". Y el artículo 102 de nuestra Carta Magna establece que "Ningún hondureño podrá ser expatriado ni entregado por las autoridades a un Estado extranjero". La pregunta es: La entrega de un hondureño a la Corte Penal Internacional [¿]no sería violatoria del citado artículo 102 constitucional? Nuestra respuesta es en sentido negativo, porque no se trataría de la entrega a otro Estado, sino que a un tribunal supranacional a cuya jurisdicción, una vez ratificado el Estatuto, nuestro país quedaría sujeto. Situación diferente es la que atañe a la extradición, y en relación a la Corte, en manera alguna podría considerarse la entrega a la misma de un nacional, comprendida en esa figura.

8. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN PROCESOS RELACIONADOS CON CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

Aunque no es directamente un tema de jurisdicción, los derechos de las víctimas de crímenes internacionales han adquirido un papel central en el debate sobre los procesos que se llevan a cabo ante órganos judiciales nacionales e internacionales. A este respecto, en años recientes, la Asamblea General y la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobaron los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*[66], y el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*[67], respectivamente. Estos documentos son el resultado de un extenso proceso de consultas y consensos, y constituyen una afirmación de la opinión generalizada entre la comunidad internacional sobre los derechos de las víctimas de crímenes de derecho internacional. Entre los derechos afirmados por estos

[66] *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Asamblea General, Naciones Unidas, 64ª sesión plenaria, A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006 [en adelante "Principios Básicos sobre Derechos de las Víctimas"].

[67] Véase, nota *supra* 61.

instrumentos se encuentran: (i) el derecho a la verdad[68]; (ii) el acceso a un recurso de justicia efectivo[69], y (iii) el derecho a obtener reparaciones[70]. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que como parte del derecho al acceso a la justica en relación con las obligaciones generales del Estado, las víctimas de estos crímenes tienen derecho a conocer la verdad sobre los mismos, a acceder y a participar en procesos penales efectivos que se desarrollen con la debida diligencia y en un plazo razonable, y a obtener reparaciones adecuadas, entre otros[71]. Más aún, en la normativa y práctica de procesos penales internacionales, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha reconocido tres derechos esenciales de las víctimas, a saber: (i) el derecho a obtener medidas de protección; (ii) el derecho a participar en los procedimientos ante la propia Corte, y (iii) el derecho a obtener reparaciones[72].

Sobre este mismo tema, la jurisprudencia latinoamericana ha sido también contundente al afirmar que las víctimas de crímenes internacionales tienen derechos que deben ser reconocidos, afirmados y satisfechos en el marco de los procesos judiciales. En esta primera sección se transcriben algunas de las decisiones más relevantes que, de manera general, se refieren a todos los derechos antes enunciados[73]. En la segunda sección, la jurisprudencia se concentra en el

68 Con respecto al derecho a la verdad, el Conjunto de Principios contra la Impunidad reconoce particularmente la dimensión individual y colectiva del mismo, caracterizándolo como un derecho inalienable e imprescriptible. Adicionalmente, este mismo instrumento señala una serie de mecanismos a través de los cuales se puede garantizar este derecho, independientemente de los procesos judiciales que con relación a estos crímenes se puedan instaurar. Entre dichas medidas destacan las comisiones de investigación (cuya forma más conocida son las Comisiones de la Verdad) y la recuperación, preservación y acceso a archivos históricos. Véase, Principios 2 a 18 del Conjunto de Principios contra la Impunidad. *Ídem*.

69 De manera particular, los Principios Básicos sobre Derechos de las Víctimas reconocen el deber de los Estados de: (i) dar a conocer los mecanismos existentes en su jurisdicción para acceder a la justicia; (ii) adoptar las medidas necesarias para garantizar la intimidad de las víctimas y sus representantes y protegerlas de amenazas o presiones; (iii) facilitar asistencia letrada a las víctimas; (iv) hacer uso de todos los medios diplomáticos o de otra especie para garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas. Véase, Principio VIII de los Principios Básicos sobre Derechos de las Víctimas, nota *supra* 66.

70 En cuanto al acceso a las reparaciones, los dos instrumentos referidos establecen que los Estados deberán establecer todos los mecanismos necesarios, incluyendo recursos judiciales o programas administrativos, para garantizar este derecho de las víctimas. Asimismo, ambos documentos establecen como principales medidas de reparación la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición. Véase, Principio IX de los Principios Básicos sobre Derechos de las Víctimas, nota *supra* 66, así como los Principios 31 a 36 del Conjunto de Principios contra la Impunidad, nota *supra* 61.

71 Véase, entre otros, Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C, No. 120; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134; Corte IDH, *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, No. 136; Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C, No. 148; Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, nota *supra* 43; Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, nota *supra* 25; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, nota *supra* 29; Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, nota *supra* 28; Corte IDH, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, nota *supra* 28; Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, nota *supra* 28; Corte IDH, *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, No. 191.

72 Véase, en particular, los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

73 Como corolario a esta breve presentación de la jurisprudencia, vale la pena señalar que aunque existe un gran número de decisiones recientes que, en el marco de las reformas de los sistemas penales latinoamericanos, han afirmado con contundencia los derechos de las víctimas, las mismas no han sido incluidas en esta sección. Siguiendo la línea metodológica, la selección de sentencias se centró en las decisiones adoptadas en

derecho a conocer la verdad por parte de las víctimas y sus familiares.

Colombia, *Acción de tutela instaurada por la ciudadana Nory Giraldo de Jaramillo (Caso Mapiripán) (Relación de sentencias 4.e)*, Considerando 3:

> [L]as víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles.

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 de la Ley 200 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) (Relación de sentencias 4.g)*, Considerandos 14-15 y 17:

> En los últimos dos años, y en gran medida tomando en cuenta la evolución de la normatividad internacional sobre el tema, esta Corte modificó su doctrina sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal.
>
> Así, la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional en derechos humanos ha concluido que los derechos de las víctimas desbordan el campo indemnizatorio pues incluyen el derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto. Particular importancia tiene en este aspecto la sentencia del 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros* vs. *Perú),* en donde ese tribunal decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Interamericana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, a pesar de que dicho Estado había aceptado su responsabilidad y había decidido otorgar una reparación material a las víctimas.
>
> Esta Corporación ha señalado que las "*víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93)*" [nota en el original omitida]. Esta Corte ha entonces sintetizado su doctrina en los siguientes términos:
>
> > *"De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:*
> >
> > *1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar*

el marco de un proceso penal, o un recurso dentro de un proceso penal por la perpetración de crímenes calificados por las mismas cortes como internacionales o que, por el contexto histórico en el que se cometieron, podrían llegar a ser calificados como tales. Asimismo, se incluyen sentencias derivadas de procesos de revisión o acciones de inconstitucionalidad con respecto a normas directamente relacionadas con la legislación doméstica en materia de crímenes internacionales.

> *una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos (Ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.).*
>
> 2. *El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.*
> 3. *El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito*' [nota en el original omitida].

Como es obvio, a esos derechos de las víctimas corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues si las víctimas tienen derecho no sólo a ser reparadas sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es tanto más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello ese deber estatal adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos. Por ello, la Corte Interamericana ha señalado, con criterios que esta Corte Constitucional prohíja, que las personas afectadas por conductas lesivas de los derechos humanos tienen derecho a que el Estado investigue esos hechos, sancione a los responsables y restablezca, en lo posible, a las víctimas en sus derechos.

Colombia, *Recurso de apelación (Manuel Enrique Torregrosa Castro) (Relación de sentencias 4.k)*, Considerandos 25 y 26:

> Dado que el Estado colombiano se ha comprometido a perseguir el delito, tanto en lo interno como frente a la comunidad internacional, tal obligación tiene su correlato en la efectiva protección de los derechos de las víctimas, las cuales no pueden quedar desprotegidas bajo ninguna circunstancia y por ello existe consenso en alcanzar para las mismas verdad, justicia y reparación.
>
> Tal imperativo tiene una connotación superior cuando se trata de delitos de lesa humanidad, situación en la que se encuentran los desmovilizados que han sido postulados para los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, en tanto que su obligación consiste en rendir versiones libres en las que deben confesar de manera veraz y completa los delitos cometidos.
>
> [H]a de tenerse en cuenta que las víctimas [nota en el original omitida] tienen derechos fundamentales [nota en el original omitida] en orden a garantizar (i) la efectiva **reparación** por el agravio sufrido, a que existe una (ii) obligación estatal de buscar que se conozca la **verdad** sobre lo ocurrido, y a un (iii) acceso expedito a la **justicia**, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad [nota en el original omitida].

> Tal perspectiva de la víctima solamente se puede entender cuando se acepta, como tiene que ser, que ella ha quedado cubierta por "un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva [nota en el original omitida], de amplio reconocimiento internacional [nota en el original omitida], y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales [nota en el original omitida]; la efectividad de los derechos (Arts. 2° y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitida por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predican de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados [nota en el original omitida]".
>
> Frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas, lo que equivale a decir, ni más ni menos, que un remedo de justicia no equivale a hacer justicia. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos por los grupos paramilitares, o sus familiares, obtienen verdad, justicia y reparación.

A. Derecho a la verdad

La profesora Naomi Roht-Arriaza ha señalado, con admirable claridad, la razón de la importancia de la lucha por la verdad sobre la perpetración de crímenes internacionales en Latinoamérica, al apuntar que

> [en esta región] el fundamento [de esta búsqueda] está unido a la naturaleza de la represión. En su mayoría, los gobiernos militares [o autoritarios] no asesinaban abiertamente a sus oponentes. Más bien, se desapareció a un gran número de personas, [quienes fueron] detenidas por fuerzas de seguridad oficiales o no oficiales, las cuales después se negaban a reconocer dicha detención. Casi todos [y todas] fueron asesinados, frecuentemente después de ser torturados, y en muchos casos los cuerpos nunca fueron encontrados. Batallones de la muerte no oficiales vestían como civiles y proporcionaban otra medida para [asegurar] la negación [de los hechos]. Las familias de aquellos desaparecidos eran [condenadas al] ostracismo en la medida que un clima de terror generalizado se apoderaba [de la sociedad][74].

El reclamo por la verdad en Latinoamérica se dio, y repercutió, en el proceso de reconocimiento de este derecho, que poco a poco se ha materializado a través de instrumentos internacionales y decisiones judiciales, tanto nacionales como internacionales. Si bien a la fecha no existe ningún tratado que explícitamente reconozca el derecho a la verdad, el mismo ha sido derivado de

[74] Roht-Arriaza, Naomi, "The new landscape of transitional justice", en Naomi Roht-Arriaza y Javier Mariezcurrena (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice,* Cambridge Unievrsity Press, Reino Unido, 2006, pág. 3 [Traducción no oficial].

distintas disposiciones convencionales. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha, por ejemplo, sostenido que el derecho a la verdad, si bien no es un derecho autónomo, "se encuentra subsumido 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"[75]. Con mayor detalle, esta misma Corte ha resaltado que

> […] las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio. La Corte resalta que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Dicha investigación debe ser asumida por el Estado 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 [nota en el original omitida][76].

Desde un enfoque independiente de los procesos judiciales, el Conjunto de Principios contra la Impunidad ha sostenido que el derecho a la verdad es un derecho inalienable e imprescriptible de las personas y de las sociedades[77]. Este mismo instrumento ha resaltado que, de manera adicional a los procesos de responsabilidad, los Estados tienen el deber de tomar todas las medidas adecuadas —incluidas la creación de comisiones de investigación, preservación y desclasificación de archivos— para "preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas"[78].

En este marco que ilustra el reconocimiento del derecho a la verdad de las víctimas, sus familiares y la sociedad, en las siguientes secciones se presentan los extractos de algunas de las sentencias latinoamericanas más relevantes en el tema. Éstas, a pesar de estar claramente influenciadas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han encontrado una voz propia, y han fundamentado su análisis en normas constitucionales y de derecho internacional, así como en los reclamos éticos de una sociedad democrática. De manera particularmente relevante, la jurisprudencia peruana ha reconocido al derecho a la verdad como un derecho autónomo que se

---

75 Véase, entre otros, Corte IDH, *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C, No. 138, párr. 62; Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, nota *supra* 71, párr. 62.

76 Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, nota *supra* 28, párr. 195.

77 "Principio 2. El derecho inalienable a la verdad: Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones". "Principio 4. El derecho de las víctimas a saber independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima". Conjunto de Principios contra la Impunidad, nota *supra* 61.

78 Principio 3 del Conjunto de Principios contra la Impunidad, nota *supra* 61.

encuentra implícito en el texto constitucional de ese país. Adicionalmente, en la línea del Conjunto de Principios sobre la Impunidad, la jurisprudencia latinoamericana ha reconocido la importancia de los mecanismos no judiciales, tales como las comisiones de la verdad. Sin embargo, estas mismas decisiones han sido categóricas al sostener que los procesos penales son un mecanismo adecuado para garantizar este derecho y dar cumplimiento a la obligación correspondiente a cargo de los Estados. Por ende, otros procesos nacionales o internacionales para conocer la verdad pueden ser complementarios, pero nunca suplir los procesos penales.

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por María Emilia Villegas Namuche (Relación de sentencias 13.b),* Considerandos 8, 9 y 13-20:

> 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.
>
> 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 […] 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.
>
> [E]l **derecho a la verdad**, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, **es un derecho plenamente protegido**, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente [Énfasis en el original].
>
> El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos.

Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos.

De igual forma, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la verdad proviene de una exigencia derivada del principio de la forma republicana de gobierno. En efecto, la información sobre cómo se manejó la lucha antisubversiva en el país, así como de cómo se produjo la acción criminal de los terroristas, constituye un auténtico bien público o colectivo, y también contribuye con la realización plena de los principios de publicidad y transparencia en los que se funda el régimen republicano. Necesarios no sólo para conocer estos luctuosos hechos, sino también para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado.

En torno a ello, existe una obligación específica del Estado de investigar y de informar, que no sólo consiste en facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de hechos denunciados.

De allí que para este Colegiado, si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso, sí es uno que forma parte de la tabla de las garantías de derechos constitucionales; por ende susceptible de protección plena a través de

derechos constitucionales de la libertad, pero también a través de ordinarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues se funda en la dignidad del hombre, y en la obligación estatal concomitante de proteger los derechos fundamentales, cuya expresión cabal es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Argentina, *Caso "Circuito Camps" y otros (Miguel Osvaldo Etchecolatz) (Relación de sentencias 1.d)*, Considerando IV.b:

[L]as alusiones que muchas veces se escuchan respecto de casos como los aquí juzgados en cuanto a la necesidad de "reconciliación", de "mirar para adelante" y de la inutilidad de "revolver el pasado", son exactamente el punto opuesto a aquel derecho como "productor de verdad" […], único sobre el cual puede construirse válidamente la memoria, paso inicial indispensable para algún tipo de reparación y por sobre todo para prevenir nuevos exterminios.

Desarrolladas las principales razones por las que se afirmó en el fallo que los delitos por los que se condenó a Etchecolatz eran de lesa humanidad y cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en nuestro país entre los años 1976 y 1983, corresponde una breve alusión al sentido y utilidad que tienen a nuestro entender tales afirmaciones.

Considerar de ese modo —genocidio— y bajo ese trascendente paraguas legal las causas en trámite permitirá a mi entender ubicar los hechos investigados en el contexto adecuado, cumpliendo de ese modo la obligación contenida en el célebre fallo Velázquez Rodríguez en cuanto a investigar con seriedad y no como una simple formalidad.

Todo ello es parte también de la reconstrucción de la memoria colectiva, y permitirá construir un futuro basado en el conocimiento de la verdad, piedra fundamental para evitar nuevas matanzas.

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 3:

El escudo de silencio, levantado por indagados y testigos militares, con sus tres puntas fundamentales, esto es, "no tengo conocimiento", "yo era administrativo" y "el responsable está muerto", cede ante el derecho-deber a saber, el cual no pertenece a personas individuales, ni siquiera a familias directamente afectadas, sino a la Sociedad en su conjunto.— No se trata exclusivamente de un derecho a conocer, a buscar la verdad, como actividad humana, sino el deber de todos de recordar lo acontecido, como obligación ética.

En tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos encaró por primera vez "el derecho a saber" en la sentencia del 3 de noviembre de 1997 (Caso Castillo Páez) y volvió a tratarlo en la sentencia del 25 de noviembre de 2000 (Caso Bámaca Velázquez), habiendo sido el tema objeto de consideración en tres "votos razonados" concurrentes, entre las que cabe destacar los de los jueces Antonio Cancado Trindade y Sergio García Ramírez […].

En la sentencia del año 2000 (caso Bámaca Velázquez), en la segunda vez que la Corte Interamericana encaró el tema del derecho a la verdad, el Tribunal [desarrolló] una afirmación conceptual sobre este derecho.— Al respecto dijo la Corte:

"De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido 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 previenen los artículos 8 y 25 de la Convención" [nota en el original omitida].

[Más aún, el juez Antonio Cancado Trindade en su voto razonado destacó que] "[e]l derecho a la verdad, requiere, sí, la investigación por el Estado de los hechos lesivos, y su prevalencia constituye, además, como ya se ha observado, el presupuesto para el propio acceso efectivo a la justicia —a niveles nacionales 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). Dado que el Estado tiene el deber de hacer cesar las violaciones de los derechos humanos, la prevalencia del derecho a la verdad es esencial para el combate a la impunidad, y se encuentra ineluctablemente ligada a la propia realización de la justicia, y a la garantía de no repetición de aquellas violaciones" [nota en el original omitida].

[Por su parte] [e]l Juez Hernán Salgado Pesantes en su voto particular expresó: "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 como uno de los medios que permitirían reconciliar al Estado con la sociedad y superar la discordia".

[El propio juez Salgado continúa apuntando] "[d]e 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 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 reclamada por una persona o una familia. […] [Paralelamente] [e]n cuanto a la libertad de pensamiento y de expresión, concretamente en el derecho de información la sociedad pide que haya veracidad en la misma, lo cual haría pensar que también en esta materia hay elementos del derecho a la verdad".

[Por último, en palabras del juez García Ramírez el derecho a la verdad] tendría, como ha resumido la Corte, "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 los sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación". […] "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 [individual de la víctima o sus derecho habientes] […]".

i. Los procesos para conocer la verdad son cruciales pero no sustituyen a, o dependen de, los procesos judiciales[79]

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por María Emilia Villegas Namuche (Relación de sentencias 13.b),* Considerando 7:

> El Gobierno, en cumplimiento del deber de adoptar las medidas más adecuadas para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos, dictó el Decreto Supremo N.° 065-2001-PCM, que creó la Comisión de la Verdad, cuyo propósito 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.

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 9:

> [L]a obligación de procesar y castigar a los responsables de violaciones de derechos humanos está en estrecha relación con la de investigar los hechos. No obstante, como lo señaló Juan Méndez, —no es posible que el Estado elija cuál de estas obligaciones habrá de cumplir—. Si éstas pueden ser cumplidas separadamente una de otra, no deja por ello el Estado de estar obligado a cumplir todas y cada una de estas obligaciones. El

[79] Sin entrar a hacer referencias más detalladas a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a este respecto, resulta interesante dejar como telón de fondo un pasaje de una reciente decisión de esta Corte, en el que se refiere, precisamente, a los procesos de conocimiento de la verdad *vís-a-vís* los procesos de justicia penal: "La Corte desea resaltar una vez más la importancia que han cumplido las diversas Comisiones chilenas en tratar de construir de manera colectiva la verdad de lo ocurrido entre 1973 y 1990. Asimismo, la Corte valora que en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se encuentra mencionado el nombre del señor Almonacid Arellano y se haga un breve resumen de las circunstancias de su ejecución". Continua la Corte: "No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la 'verdad histórica' contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes. En el propio informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se concluyó lo siguiente: 'Desde el punto de vista estrictamente preventivo, esta Comisión estima que un elemento indispensable para obtener la reconciliación nacional y evitar así la repetición de los hechos acaecidos, sería el ejercicio completo, por parte del Estado, de sus facultades punitivas. Una cabal protección de los derechos humanos sólo es concebible en un real Estado de Derecho. Y un Estado de Derecho supone el sometimiento de todos los ciudadanos a la ley y a los tribunales de justicia, lo que envuelve la aplicación de sanciones previstas en la legislación penal, igual para todos, a los transgresores de las normas que cautelan el respeto a los derechos humanos'". Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, nota *supra* 29, párrs. 149 y 150.

> carácter autónomo de cada una de las obligaciones que componen el deber de garantía ha sido reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos […] [y, de manera específica, la] Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiteradamente afirmado que […] el establecimiento de "Comisiones de la Verdad" no exonera en ningún caso al Estado de su obligación de llevar ante la justicia a los responsables de las violaciones de los derechos humanos e imponerle sanciones.
>
> En el caso de El Salvador, la Comisión recordó que pese a la importancia que tuvo la Comisión de la Verdad para establecer los hechos relacionados con las violaciones más graves y para promover la reconciliación nacional, este tipo de Comisiones "tampoco sustituyen la obligación indelegable del Estado de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, de identificar a los responsables, de imponerles sanciones y de asegurar a la víctima una adecuada reparación, todo dentro de la necesidad imperativa de combatir la impunidad".

En contraste, véase, Guatemala, *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros (Relación de sentencias 8.a),* Considerando VI:

> La racionalidad de negociar la paz parece que no tendría ninguna objeción, en tanto que constituye una opción civilizada y humanitaria. Lo difícil resulta comprender las condiciones y los factores que, en su tiempo y circunstancias, hayan condicionado los resultados logrados. Puede ser que, por la equidad que debe caracterizar este tipo de acuerdo, conciliaciones y transacciones, en que es frecuente que las partes se hagan concesiones recíprocas, no haya plenitud valorativa que produzca satisfacción absoluta de todos los espectadores de los términos de una negociación.
>
> Importa destacar que el Acuerdo de Esquipulas II no se redujo al objetivo de alcanzar la paz (el silencio de las armas) sino que agregó como idea de idéntico rango, el de la "reconciliación". Este objetivo era el que podría obtenerse de la concertación mutua de la paz, pero nunca por la *debellatio*[80] que, como explica la historia de acontecimientos semejantes, es consecuencia del odio, venganza, y humillación del vencido en la competencia.
>
> Tuvo tanta importancia, y quizás vehemencia, el objetivo de concluir una guerra cruel y destructiva, que las Partes acordaron que el documento de Memoria Histórica sólo tuviera una autoridad reveladora pero no de instrumento judicial. Esta circunstancia coincide con el enfoque de Kenneth Roth, director ejecutivo de "Human Rights Watch" sobre materia social y política similar, en su ensayo "El debate de la jurisdicción Universal", en que expuso: "*Mandela acordó conceder a los trasgresores inmunidad ante un proceso si daban testimonio detallado sobre sus crímenes. En un ejercicio apropiado de la discrecionalidad por parte acusadora, ningún fiscal ha puesto en tela de juicio este arreglo, y probablemente ningún gobierno toleraría un desafío semejante*" [nota en el original omitida].

[80] Nota de edición: Proviene del vocablo latín "bellum" (guerra) y es una versión del latín tardío del término "debellare". Implica la completa sujeción e incorporación de un estado extranjero; conquistar a un pueblo hasta disolverlo y no dejar a nadie que reclame sus derechos. El término correspondiente en español es debelación: acción y efecto de debelar. Debelar significa "rendir a la fuerza de armas al enemigo". Véase, Diccionario en línea de la Real Academia Española.

> Precedidas por el marco de preocupación por la intensidad y gravedad del conflicto armado en varios países centroamericanos, y por los riesgos de un expansión, y, desde luego, de las motivaciones de las propias poblaciones de los afectados en el conflicto armado, iniciaron las negociaciones para alcanzar los objetivos previstos en el Acuerdo de Esquipulas II. El intérprete de la dimensión jurídica del proceso habrá de atenerse, no a esquemas muy ulteriores, sino a las circunstancias geopolíticas que condujeron a la suscripción final del Acuerdo de Paz Firme y Duradera […].
>
> [E]l artículo III del apartado Funcionamiento del *Acuerdo sobre el Establecimiento e la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que Han Causado Sufrimiento a la Población Guatemalteca* […] condicionó claramente: *"Los trabajos, recomendaciones e informe de la comisión* ***no individualizarán responsabilidad, ni tendrán propósito o efectos judiciales****"* [Énfasis en el original].
>
> Esta limitación, de conformidad con la decisión de la Corte Constitucional de Guatemala, también impediría el ejercicio de la acción penal por parte de otros Estado y, en particular, del Reino de España. Este criterio, sin embargo, parece contradecir al sostenido por la jurisprudencia internacional en cuando a las obligaciones que se pueden o no deducir a cargo de terceros Estados con base en un tratado de paz[81].

De conformidad con una decisión emitida por la Corte Constitucional de Guatemala, esta limitación también impediría el ejercicio de la acción penal por parte de otros Estados, en particular del Reino de España. Véase, Guatemala, *Apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros (Relación de sentencias 8.a),* Considerando VI:

> De suerte que el Poder Judicial del Reino de España, al no tener en cuenta las limitaciones impuestas por el Acuerdo citado en este apartado, no observó lo contemplado en el artículo 97 de la Constitución española, que atribuye al Gobierno de ese país la dirección de la política exterior, pues no existe, hasta el momento, ninguna evidencia de que el mismo desconozca la validez de los Acuerdos de Paz Firme y Duradera suscritos […] en presencia del Presidente del Gobierno, y con el previo acompañamiento amistoso y continuado de España en su negociación.
>
> Esta Corte ha emitido este criterio guardando respeto a la política interna [de España], pero dejando en claro que, con [los] antecedentes [de los acuerdos de paz] que no son comunes en otros casos de activación de la jurisdicción universal, la pretensión de la justicia española al respecto, rebasa límites naturales del Derecho Internacional.

[81] Nota añadida al original: A pesar de estar fuera del objeto de este estudio, es importante hacer referencia en este momento al criterio establecido por la Corte Especial de Sierra Leona respecto de la naturaleza de los tratados de paz concluidos en el marco de un conflicto interno, en tanto que esto se relaciona directamente con el argumento avanzado por la jurisprudencia guatemalteca. La Corte Especial ha sostenido: "Casi cualquier resolución de conflicto involucrará a las partes en el conflicto y a el(los) mediador(es) o facilitador(es) del acuerdo, o a personas o entidades bajo cuyos auspicios tuvo lugar el acuerdo pero que no son parte del conflicto, no son partes contratantes y no reclaman ninguna obligación de las partes contratantes o no adquieren ninguna obligación derivada del acuerdo. […] Los signatarios no contratantes en [un acuerdo de paz] son guardianes morales del principio que, en términos del artículo [correspondiente afirma que], 'el acuerdo de paz será implementado en su integridad y en buena fe por ambas partes'. Los guardianes morales no asumen ninguna obligación legal". CESL, *El Fiscal vs. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara*, nota *supra* 52, párrs. 40 y 41 [Traducción no oficial].

CAPÍTULO VI
DECISIONES ESTATALES QUE OBSTACULIZAN LA INVESTIGACIÓN, ENJUICIAMIENTO Y, EN SU CASO, SANCIÓN DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

Estrechamente relacionada con los derechos de las víctimas y las obligaciones estatales, se encuentra la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales que es, en sí misma, una obligación internacional de los Estados. De conformidad con el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, por ésta "se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas"[1].

América Latina, como otras regiones del mundo, desde hace varias décadas enfrenta procesos de transición[2] de conflictos armados y regímenes dictatoriales o arbitrarios, a Estados

[1] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,* Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005 [en adelante "Conjunto de Principios contra la Impunidad"]. Otra definición del concepto "impunidad" ha sido propuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalara que la misma es "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derecho protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares". Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, Serie C, No. 100, párr. 120 y Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Fondo, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, No. 90, párr. 53, entre otros.

[2] Los procesos transicionales a los que nos referimos se enmarcan en lo que se ha denominado "justicia transicional". Al respecto, el Secretario General de las Naciones Unidas ha sostenido que ésta "comprende todo el amplio rango de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar el legado de abusos pasados [cometidos] a gran escala, de manera que se garantice la responsabilidad *(accountability)*, se sirva a la justicia y se alcance la reconciliación. Los mismos pueden incluir tanto mecanismos judiciales como no-judiciales, con diferente (o ningún) nivel de involucramiento internacional, la persecución [penal] individual, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, examinar [el desempeño de funcionarios públicos] y despidos, o una combinación de todo lo anterior". *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, Informe del Secretario General, Naciones Unidas, S/2004/616, 23 de agosto de 2004, párr. 8 [Traducción no oficial]. Desde la perspectiva de las organizaciones internacionales, el Centro Internacional para la Justicia Transicional la ha definido como "una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas". "¿Qué es la justicia transicional?," Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008, documento electrónico.

democráticos[3]. Estos procesos han estado marcados por la inherente tensión entre el anhelo de estabilidad socio-política, por un lado, y los reclamos de justicia por parte de grupos de víctimas y familiares, acompañados por amplios sectores de la sociedad civil nacional e internacional, por el otro[4]. Ha sido precisamente en el marco de estos procesos que diversos gobiernos latinoamericanos, bien como producto de un afán de auto protección o bien cediendo a las presiones de ciertos grupos de poder, adoptaron distintas medidas para garantizar la inmunidad[5], *de iure* o *de facto,* de determinadas personas frente a procesos destinados a establecer su responsabilidad por crímenes cometidos en el pasado. Lo anterior se basó en decisiones estatales que ***utilizaron y desvirtuaron*** instituciones propias del derecho doméstico, tales como la potestad de adoptar leyes de amnistía, conceder indultos, declarar extinguidas las acciones judiciales con base en reglas de prescripción o el sobreseimiento[6] de las causas penales[7].

---

3 Véase, entre otros, Roht-Arriaza, Naomi (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice,* Oxford University Press, Nueva York, 1995; Kritz, Neil J. (ed.), *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes,* Volumen II, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C, 1995; Roht-Arriaza, Naomi y Mariezcurrena, Javier (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice,* Cambridge University Press, Reino Unido, 2006; *Víctimas sin mordaza: El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica*, Due Process of Law Foundation-United States Institute for Peace-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2008; Ambos, Kai, *et. al.* (eds.), *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad Adenauer-Georg-August-Universität-Göttingen, Uruguay, 2009. La literatura en el tema de procesos transicionales en América Latina es tan extensa que su simple identificación y referencia podría ser materia de un estudio particular. Por ende, los anteriores son sólo algunos ejemplos muy limitados que de ninguna forma pretenden representar si quiera una muestra significativa de dicha literatura.

4 Con respecto al debate entre procesos de paz y persecución penal, véase, por ejemplo, Ambos, Kai, *et. al.* (eds.), *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, nota *supra* 3; Scharf, Michael P. y Williams, Paul R., "The Functions of Justice and Anti-Justice in the Peace-Building Process", en *35 Case W. Res. J. Int'l L. 162*, 2003; Bassiouni, M. Cherif, "Justice and Peace: Importance of Choosing Accountability over Realpolitik", War Crimes Research Symposium: The Role of Justice in Building Peace, en *35 Case W. Res. J. Int'l L. 191*, 2003; Simonovic, Ivan, "Dealing with the Legacy of Past War Crimes and Human Rights Abuses: Experiences and Trends", en *2 Journal of International Criminal Justice 701*, 2004.

5 En este contexto, el término "inmunidad" no se utiliza en el sentido restrictivo que normalmente le otorga el derecho internacional. Léase el mismo como "cualidad de inmune". Inmune significa estar "exento de ciertos oficios, cargos, gravámenes o penas / invulnerable". Diccionario en línea de la Real Academia Española.

6 El término "sobreseimiento" proviene del latín *supersedere* que significa cesar o desistir. En muchos de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, el sobreseimiento "[e]s la resolución judicial por la cual se declara que existe un obstáculo jurídico o de hecho que impide la decisión sobre el fondo de la controversia". El sobreseimiento puede, según la regulación de cada país, ser provisional o definitivo. En materia penal, particularmente, el sobreseimiento definitivo equivale o tiene efectos de una sentencia absolutoria "con autoridad de cosa juzgada". Véase, Fix-Zamudio, Héctor, "Sobreseimiento", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984, págs. 145-148.

7 Como se afirmará una y otra vez a lo largo de este capítulo, cada una de las instituciones enumeradas son no sólo legítimas, sino necesarias en los sistemas judiciales. Las mismas se instituyen como garantías para la protección del individuo frente al posible uso arbitrario y desbordado del poder punitivo del Estado, o como herramientas fundamentales para expresar el perdón social. No obstante, tal como lo afirma el Conjunto de Principios contra la Impunidad, el problema se centra no en las instituciones en sí mismas sino en "***las desviaciones*** a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, non bis in idem, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre 'arrepentidos', la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella". Principio 22 del Conjunto de Principios contra la Impunidad, nota *supra*

En contra de las voces que reclaman que la aplicación de estas instituciones es la única manera a través de la cual se puede alcanzar la tan anhelada paz y estabilidad social[8], existen otras voces que sostienen que la instauración de una paz estable y duradera depende del respeto y garantía, durante la transición, de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación[9]. En este sentido, el profesor Kai Ambos ha sostenido que "el argumento del riesgo de la transición en definitiva chantajea a un 'nuevo' Estado y a su judicatura [nota en el original omitida], y ello puede ser un mal comienzo para el establecimiento de una verdadera democracia y un Estado de derecho [nota en el original omitida]"[10]. En cualquier caso, esta transición condicionada o sometida a los grupos o poderes interesados en mantener la impunidad fue, por varias décadas, la realidad imperante en nuestra región.

Sin embargo, como lo ha afirmado el profesor Juan Méndez, los procesos de transición latinoamericanos, lejos de haber finalizado, están plenamente vivos y continúan estableciendo pautas y precedentes importantes que deben ser escuchados en ésta y otras regiones[11]. Después de cuarenta, treinta, veinte, diez o un año de la perpetración de los crímenes, Latinoamérica se encuentra inmersa en un intenso debate sobre su propio concepto de justicia[12], sobre el respeto de los derechos de las víctimas[13] y las obligaciones del Estado[14] y, de manera más amplia, respecto del destino que como sociedades hemos de tomar. Nuevamente, en palabras del profesor Méndez,

> la experiencia ha demostrado que los principios de la justicia transicional —especialmente las obligaciones que las consecuencias heredadas por los abusos cometidos imponen a los

1 [Énfasis añadido].

8 Véase, entre otros, Alfonsín, Raúl, "'Never Again' in Argentina", en *4 Journal of Democracy 15,* 1993, así como *Azanian Peoples Organizations (AZAPO) and other vs. President of the Republic of South Africa and others,* Sentencia 17/96, Corte Constitucional de Sudáfrica, 25 de julio de 1996.

9 Véase, por ejemplo, Bassiouni, M. Cherif, "Justice and Peace: The Importance of Choosing Accountability over Realpolitik", nota *supra* 4, así como Scharf, Michael y Williams, Paul R., "The Functions of Justice and Anti-Justice in the Peace Building Process", nota *supra* 4.

10 Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", en Kai Ambos, *et. al.* (eds.), *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, nota *supra* 3, pág. 32.

11 Méndez, Juan, "Lo que enseña la experiencia", en *Víctimas sin mordaza: El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica*, nota *supra* 3.

12 El profesor Kai Ambos ha sostenido que "[e]l elemento *justicia* en la justicia de transición debe ser comprendido ampliamente. En consecuencia, justicia es 'una idea de responsabilidad y equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones. Justicia implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo. Es un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, aunque su administración implica usualmente mecanismos judiciales formales, son igualmente relevantes mecanismos tradicionales de resolución de conflictos' [nota en el original omitida]. De este modo, justicia en la justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva —se asume, de hecho, que la justicia penal no puede ser completamente administrada— [nota en el original omitida] y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia 'creativa') [nota en el original omitida]. En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto 'de un peor a un mejor estado' [nota en el original omitida]". Ambos, Kai, "El marco jurídico de la justicia de transición", nota *supra* 10, pág. 28.

13 Con respecto a los derechos de las víctimas, el propio profesor Ambos ha enfatizado que "[j]usticia en justicia transicional es sobre todo y predominantemente justicia para las víctimas". *Ibídem,* pág. 41. Algunas consideraciones generales sobre los derechos de las víctimas, al igual que parte de la jurisprudencia latinoamericana se presentan en el Capítulo V de este mismo digesto.

14 Para más desarrollo sobre las obligaciones estatales en materia de persecución penal de los responsables por la comisión de crímenes internacionales, véase el Capítulo V de este mismo digesto.

> estados— no se limitan al momento de la transición o al nuevo gobierno elegido que intenta, no sin dificultad, hacer frente al pasado con honestidad. Estas obligaciones de los estados son permanentes, y rigen tanto para los gobiernos que detentan el poder cuando se cometen las violaciones, como para los gobiernos siguientes. De nada sirve, por lo tanto, fantasear con políticas de "perdón y olvido" bajo el pretexto de la "reconciliación nacional". Los reclamos de justicia simplemente no cesarán[15].

En Latinoamérica dichos reclamos han estado determinados por la activa participación de la sociedad civil que, sin descanso, ha buscado y luchado por la verdad y la justicia[16]. Al mismo tiempo, como se ha afirmado en capítulos previos, estos reclamos han estado enmarcados dentro de la actuación de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, *i.e.* la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos[17]. Estos dos elementos han caracterizado el desarrollo de la jurisprudencia latinoamericana que —de manera desafiante, inventiva y sobreponiéndose a las adversidades jurídicas y fácticas de los sistemas—, poco a poco ha dado una respuesta más firme a los obstáculos que previamente se habían establecido, los cuales llevan a la violación de los derechos de las víctimas y al incumplimiento de las obligaciones estatales.

Este capítulo se centra precisamente en algunas de las decisiones judiciales más importantes en la materia. Éstas resultan particularmente relevantes no sólo por constituir la voz de los propios Estados obligados a erradicar la impunidad, sino porque ha sido a través de este tipo de sentencias que poco a poco se han revertido, por la vía judicial, los patrones de impunidad y se ha abierto el camino para establecer responsabilidades por la perpetración de crímenes internacionales. En concreto, sin el desarrollo jurisprudencial que ha limitado o anulado el efecto de las decisiones estatales que obstaculizaban las investigaciones y procesos penales, no se hubiera iniciado una etapa de intensa actividad jurídica plasmada, en parte, en los capítulos precedentes.

La estructura del capítulo trata de resaltar la relevancia de los principios y potestades gubernamentales aquí incluidos, cuando los mismos son utilizados de manera compatible con los derechos fundamentales de todas las personas, así como con las obligaciones estatales correspondientes. En consecuencia, la mayoría de las secciones inician con algunos aspectos generales que buscan afirmar la naturaleza e importancia, dentro de un sistema legal funcional y efectivo, de instituciones del derecho penal a las que la correspondiente sección se refiere. Entre ellas, por ejemplo, las amnistías como forma de extinción de la responsabilidad, o los principios de prescripción y *ne bis in idem* como control del poder punitivo de los Estados.

La diferencia crucial se encuentra en las ***decisiones estatales***, sean legislativas, ejecutivas o judiciales, que derivan en la incorrecta aplicación de principios y potestades en contravención de los derechos de las personas y las obligaciones estatales. En este sentido es importante precisar

---

15 Méndez, Juan, "Lo que enseña la experiencia", nota *supra* 11, pág. 256.

16 *Ídem.*

17 La obra *Víctimas sin mordaza: El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica*, nota *supra* 3, posiblemente como pocas, ha resaltado la enorme influencia ejercida por este sistema en los procesos transicionales latinoamericanos. Sin tratar de llegar a conclusiones ligeras, un sencillo análisis comparado entre los procesos en nuestra región, frente a los mismos en otras regiones,–particularmente Asia, África y Europa Oriental–, dan suficientes bases para, al menos, considerar que muy posiblemente el resultado de la evolución en la transición latinoamericana y, en particular, el desarrollo de la jurisprudencia nacional, hubiera sido sustancialmente distinto de no haber estado enmarcada en un diálogo creciente y constante con los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

que se ha optado por utilizar el término "decisiones estatales" para enfatizar, en primer lugar, que es la resolución consciente y razonada de los poderes estatales de utilizar las instituciones jurídicas de forma indebida, ignorando el orden internacional y las obligaciones estatales, las que fomentan la impunidad. No son las características intrínsecas del sistema ni de sus instituciones de derecho penal, sino la manera en que éste y éstas son utilizadas, muchas veces, como herramienta al servicio de concesiones políticas. Al mismo tiempo, con este término se pretende enfatizar que las decisiones pueden provenir de cualquiera de los poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Por ejemplo, la actuación legislativa en la adopción de una ley de amnistía, la ejecutiva al otorgar un indulto, y la judicial al aplicar en casos concretos principios, como la prescripción, que no son compatibles con el régimen internacional al que están sujetos estos crímenes. Como consecuencia, se afirma el claro principio de que la responsabilidad internacional por la violación de los derechos de las víctimas, el incumplimiento de obligaciones estatales y la perpetuación de esquemas de impunidad puede derivarse de la actuación de cualquier órgano estatal[18].

1. LOS ESTADOS TIENE LA OBLIGACIÓN DE COMBATIR LA IMPUNIDAD

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por María Emilia Villegas Namuche (Relación de sentencias 13.b),* Considerandos 6, 7 y 23:

> 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; y también 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.
>
> Según Naciones Unidas, la impunidad es "la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas" […]. Así, la impunidad es hoy considerada como:
>
> 1° Una situación que se opone al sentido comunitario de la justicia y provoca en el cuerpo social conmociones negativas: sentimientos de desánimo y desesperanza que afectan la vida de las personas en el plano cultural, político y económico.
>
> 2° Una violación de un conjunto de principios y normas del derecho internacional orientados a la promoción y protección de los derechos humanos.
>
> 3° Un factor que contribuye a la comisión de nuevos crímenes atroces, porque la falta de enjuiciamiento y de sanción adecuada para los responsables de los delitos cuya

[18] Véase, por ejemplo, CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,* en *Yearbook of the International Law Commission,* 2001, vol. II, (Segunda Parte).

perpetración lesiona derechos básicos (vgr. la vida, la integridad personal, la libertad individual y la seguridad) debilita la convicción común sobre la ilegalidad de sus conductas, le resta eficacia a las normas protectoras de esos bienes jurídicos y refuerza la comisión de sus comportamientos reprochables.

4° Un factor que tiende a generar más violencia, porque no sólo alienta la reiteración de los delitos, sino porque crea condiciones para que algunas víctimas busquen hacerse justicia por propia mano.

5° Un obstáculo para la paz, porque al amparar a los culpables siembra graves dudas sobre la justicia y la sinceridad del proceso desarrollado con miras a obtenerla [nota en el original omitida].

[C]orresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adaptación de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia.

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerando 25:

[L]os estados nacionales tienen la obligación de evitar la impunidad. La Corte Interamericana ha definido a la 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" y ha señalado que "el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares".

A. Las decisiones estatales que perpetúan la impunidad son incompatibles con las obligaciones del Estado

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerandos 34-36:

[C]omprendido entonces que para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento […].

[E]ste criterio ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar "Esta Corte considera 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. [...] [L]os 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 […]" [nota en el original omitida].

Véase también, Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Julio Héctor Simón (Relación de sentencias 1.c),* Considerando 23 (misma cita de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerando 35:

> [E]l Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios [de Ginebra], 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 vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores*, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido 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, lo que impide sean desconocidos [Énfasis añadido].

Perú, *Demanda de amparo promovida por Julio Rolando Salazar Monroe (Relación de sentencias 13.h)*, Considerandos 25 y 26:

> [El Tribunal Constitucional resalta que, en el marco del reconocimiento de responsabilidad por parte del] representante del Estado peruano [en el marco del proceso del caso Barrios Altos, éste] expresó que:
>
> > (...) …La fórmula de dejar sin efecto las medidas adoptadas dentro del marco de la impunidad de este caso, es en nuestra opinión una fórmula suficiente para *impulsar un procedimiento serio y responsable de remoción de todos los obstáculos procesales vinculados a estos hechos y, sobre todo, la fórmula que permite, y es este nuestro interés, reivindicar las posibilidades procesales y judiciales de res-*

> *ponder conforme a la ley a los mecanismos de impunidad que se implementaron en el Perú en el pasado reciente,* y abre la posibilidad […] de poder provocar en el derecho interno una resolución de homologación de la Corte Suprema, que permita que los esfuerzos que… "se están haciendo para impulsar… esos casos, se puedan cumplir […]" [Énfasis en el original].
>
> El impulso de realizar un procedimiento serio y ponderado que culminara con la sanción de los responsables de la violación de derechos humanos se propuso después de reconocerse que el Estado peruano había "(...) omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas (...)".

Véase también, Perú, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas (Relación de sentencias 13.g)*, Considerando 33 (misma cita de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerandos 23, 26-27 y 37:

> [La Corte Interamericana ha sostenido que] los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad (Caso Almonacid Arellano y otros. C[orte]IDH - Serie C N° 154, sentencia del 26 de septiembre del 2006).
>
> El Comité contra la Tortura también se ha expedido en contra de las medidas de impunidad en la Argentina (Comunicaciones 1/1988; 2/1988; 3/1988), y en recientes precedentes ha recordado su jurisprudencia según la cual los Estados Partes tienen la obligación de sancionar a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura, y que la imposición de penas menos severas y la concesión del indulto son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas [nota en el original omitida].
>
> [E]l Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la ley de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, durante el período del gobierno autoritario, de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5 de abril de 1995, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/ 40, párr. 144-165). También ha señalado que pese "a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final,... Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores" (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 3 de noviembre de 2000 CCPR/CO/ 70/ARG).

> [A]sí los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y ne bis in idem no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque, "los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche [...]" [nota en el original omitida].

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerandos 5, 8 y 9:

> El desarrollo de la noción "crimen contra la humanidad" consolidó principios jurídicos esenciales para su juzgamiento: los responsables no pueden estar amparados por el refugio, ni asilo; los delitos son imprescriptibles y se prohíbe que los Estados adopten medidas que impidan su juzgamiento.
>
> Frecuentemente la prescripción, la cosa juzgada y la no retroactividad de la ley penal han operado como factores generadores de impunidad de graves violaciones de derechos humanos y de crímenes bajo el derecho internacional frecuentemente pone en tensión varios [*sic*]. La prescripción, la cosa juzgada y la no retroactividad de la ley penal son institutos jurídicos bien conocidos del Derecho Penal y del Derecho Internacional de derechos humanos.
>
> [Sin embargo] [m]uchas veces su contenido y alcance se desnaturaliza o se usa de forma abusiva para darle visos de "legalidad" a la impunidad.
>
> El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. El conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad caracteriza la impunidad como "una infracción de las obligaciones que tienen los Estados" de investigar las violaciones, y juzgar y condenar a sus autores, proveer reparación a las víctimas y garantizar su derecho a la verdad.
>
> El Consejo de Seguridad se ha referido a la responsabilidad que le incumbe a los Estados de poner fin a la impunidad de acuerdo con las obligaciones que les impone el derecho internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiteradamente señalado que los Estados tiene un deber jurídico de evitar y combatir la impunidad. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha igualmente reiterado que la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos es incompatible con las obligaciones del Estado bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos ha igualmente considerado que la impunidad implica una violación por parte del Estado de su obligación de proteger y garantizar los derechos humanos de los ciudadanos. En otros términos, y como se desprende de la posición de diversos órganos universales y regionales de protección de derechos humanos, la impunidad, en tanto transgresión de obligaciones internacionales, es un fenómeno antijurídico.

Véase, además, Venezuela, *Recurso de revisión (Caso Marco Antonio Monasterios Pérez) (Casimiro José Yánez) (Relación de sentencias 15.b),* Consideraciones IV.1:

> [C]abe acotar que su práctica sistemática o generalizada contra la población representa un crimen de lesa humanidad, según el contenido del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional […] por lo que en ese supuesto la acción penal destinada a perseguir ese tipo de injusto no prescribe, así como tampoco puede decretarse algún beneficio que pueda conllevar su impunidad […]. Esto quiere decir que no se está en presencia de cualquier ilícito penal, sino de uno que ha causado profunda preocupación y angustia en diversas partes del mundo […] lo que exige de los Estados una actitud atenta para evitar la impunidad en este tipo de delitos.

i. El caso peruano

Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j)*, Considerandos 622-625:

> De lo expuesto en los párrafos precedentes queda claro que las FFAA a través de uno de sus órganos, el Consejo Supremo de Justicia Militar, consiguieron, con el apoyo e intervención decidida del gobierno constituido —Congreso, Poder Ejecutivo e, incluso, Poder Judicial—, hacerse de la competencia para el juzgamiento de los hechos perpetrados el dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos en la Universidad La Cantuta. La inicial declaración de culpabilidad se circunscribió a los ejecutores materiales y se negó o clausuró la imputación —o posibilidad de hacerlo— a los Altos Mandos y otras instancias del Estado. El proceso en cuestión, controlado desde el SIN, evidenció una lógica de ocultamiento de sus actuaciones —incluso se impidió que todo participante procesal declare en otra sede, parlamentaria y judicial— y un patrón de encubrimiento del conjunto de los participantes criminales en tan graves hechos de violación de los derechos humanos.
>
> Se elaboraron documentos para responder —con visos de contundencia—, ante todas las instancias y la prensa, a las informaciones públicas y descubrimientos que iban surgiendo constantemente. Las investigaciones internas fueron nulas y las indagaciones parlamentarias fracasaron dramáticamente en los dos casos. No existió, por consiguiente, una voluntad institucional de esclarecimiento seria, profunda y transparente de los dos crímenes contra los derechos humanos.
>
> El papel de la justicia militar en el caso Barrios Altos, igualmente, fue lamentable y obviamente encubridor; y, antes, el papel de los Ministros del Interior y de Defensa fue absolutamente funcional al objetivo de negar los hechos y no instar una investigación objetiva y categórica. Por último, los que se sometieron al proceso militar en el caso La Cantuta, en vez de ser castigados como señala la ley y exigía la razón jurídica —imposición y ejecución legal de la pena—, fueron protegidos institucional y políticamente. Se les entregó dinero en efectivo durante su permanencia en prisión, y finalmente se les amnistió en cumplimiento del acuerdo pactado en el desarrollo del proceso […]. El otro caso, simplemente, se sobreseyó sin argumentos consistentes, en medio de una investigación prácticamente inexistente.

La impunidad, desde la alta instancia del Estado, la Presidencia de la República, fue lo que a final de cuentas se consiguió, además de incoar mecanismos de persecución contra los denunciantes y de lograr la inhibición de todo esfuerzo, individual y colectivo, de esclarecer los hechos, procesar a los autores y sancionar a los responsables. Tan complejo, extenso, intenso y persistente mecanismo de impunidad, como es obvio, no podía ser obra autónoma de la estructura castrense o de un sector de los aparatos de inteligencia o servicio secreto del Estado. Debió, y de hecho así tuvo que ocurrir, ser parte de un plan organizado desde quien detentaba la Jefatura del Estado; el concurso de todos los poderes públicos y de las instancias estatales de investigación y juzgamiento, sólo se puede explicar con el concurso del Presidente de la República.

El Tribunal Constitucional, con cita del "Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad" de Naciones Unidas, definió la impunidad como "la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas" [nota en el original omitida]. Ello fue, según se desprende de lo expuesto en el presente capítulo, lo que realmente sucedió en el Perú. Se emplearon mecanismos fácticos y se dictaron diversas normas para impedir u obstaculizar el esclarecimiento y, llegado el momento, para evitar la ejecución íntegra de la sanción impuesta. Y, como se ha establecido, tan vasto plan de acciones, consistentes en el tiempo, sólo se explica a partir de la intervención de quien dirigía los destinos del país.

[L]a experiencia internacional, particularmente en Latinoamérica, da cuenta que: "*Son características del funcionamiento de las organizaciones estatales que emprenden la vía de la guerra sucia el disimulo y la ocultación de sus métodos delictivos frente a terceros. Hemos visto como los Tribunales argentinos ponían de relieve la existencia de una actuación esquizofrénica del Estado durante la dictadura militar argentina, pues si una parte de sus organizaciones había empezado a actuar de forma delictiva, conduciendo una guerra sucia contra la disidencia política, el resto seguía comportándose de forma normal y respetuosa con la ley. Lo mismo ocurrió en Chile durante la dictadura militar*" [nota en el original omitida] [Énfasis añadido].

B. Responsabilidad internacional por decisiones estatales que perpetúan la impunidad

Chile, *Caso de los detenidos-desaparecidos en La Moneda (Fernando Burgos y otros) (Relación de sentencias 3.b)*, Considerando 21:

[S]in perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva, puede aseverarse que, en el caso de autos, se está en presencia de un delito de lesa humanidad y, por lo tanto, ante un hecho delictivo imprescriptible e inadmnistiable [*sic*], lo que impide dictar en este momento procesal sobreseimiento definitivo en la causa, acogiendo la excepción

> de previo y especial pronunciamiento opuesta por las defensas, porque de hacerse se estaría aplicando solamente el Derecho Interno el que entra en conflicto con el Derecho Internacional, pudiendo generar un hecho ilícito que comprometería la responsabilidad internacional del Estado, puesto que éste no puede eludir sus obligaciones internacionales, desconociendo los Principios Generales del Derecho Penal Internacional, que determinan que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles e inadministiables, atropellándolos al eludir lo que establece expresamente la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969, en su artículo 27, de la cual nuestro país es parte […].

En este mismo sentido, pero referido particularmente a la aplicación de normas de prescripción a crímenes de derecho internacional, véase, Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerandos 36 y 38; Panamá, *Recurso de apelación (Caso Gerardo Olivares) (Relación de sentencias 11.b)*, Consideraciones, y México, *Recurso de apelación (Caso de la masacre de Corpus Christi) (Luis Echeverría Álvarez y otros) (Relación de sentencias 10.c)*, Considerando Séptimo, en *"Responsabilidad estatal por la aplicación de normas internas de prescripción a crímenes de derecho internacional"*, en este mismo capítulo.

C. Control judicial sobre decisiones estatales que perpetúan la impunidad

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerando 21:

> [L]a Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque 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 tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

i. El control judicial no violenta el principio de división de poderes

El Salvador, *Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo N° 486 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz) (Relación de sentencias 7.a)*, Consideraciones:

> [En decisiones previas, éste Tribunal] señaló que la potestad de conceder gracias o clemencia es una manifestación de la soberanía; y en consecuencia se trataba de un

acto eminentemente político, siendo que el Tribunal encargado del control constitucional —esta Sala— no podía conocer de las cuestiones puramente políticas, ya que tal situación excedería con demasía la órbita de competencia que le está delimitada por la Constitución, e invadiría el campo propio de los otros órganos del Estado.

Ahora bien, en torno a lo expuesto en dichas resoluciones, es necesario considerar si sus fundamentos jurídicos se adecuan, en la actualidad, a las exigencias de lo que debe ser un auténtico régimen de vigilancia de la superioridad de la Constitución, con relación a disposiciones jurídicas y actos estatales, el cual requiere de ciertos elementos esenciales, tales como: una Constitución total o parcialmente rígida; un órgano de control independiente y con facultades decisorias; la posibilidad amplia de impugnar las disposiciones jurídicas; y el sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad, ya que si un sector del ordenamiento jurídico en vigor o de la actividad estatal no puede ser enjuiciado constitucionalmente, no se tipifica en el país un régimen completo de control de constitucionalidad.

Respecto del último de tales elementos esenciales, considerando que el objeto del proceso de inconstitucionalidad consiste en la confrontación de la normativa impugnada con el texto constitucional a fin de invalidar la disposición que se estima incompatible con la Constitución cuando la misma contenga un mandato opuesto a la disposición constitucional propuesta como parámetro de control, se advierte que la amnistía, considerada como ejercicio de una competencia conferida por la Constitución al Órgano Legislativo, no es susceptible de ser tomada como una manifestación de la soberanía, por lo que sí puede estar sujeta al control jurisdiccional de su constitucionalidad, para el efecto de realizar un examen de compatibilidad de la misma con la Ley Suprema, pudiendo esta Sala emitir un pronunciamiento de fondo sobre su conformidad o disconformidad con la Constitución.

En ese orden de ideas, es importante reiterar que —tal como se dijo en las resoluciones dictadas en los procesos de Inc. 14-87 y 11-93- lo que no le corresponde a este tribunal es examinar cuáles fueron las razones de conveniencia, inconveniencia u oportunidad por las cuales la Asamblea Legislativa, en uso de su potestad, decretó la amnistía; pues este tribunal no puede entrometerse en gestiones propias de los demás órganos del Estado, en funciones que son propias y discrecionales de éstos. Esta Sala no puede entonces, revisar la conveniencia y oportunidad en que los poderes políticos ejercen las atribuciones que de modo privativo les corresponden; sino que su función se limita a realizar el examen de compatibilidad con la Ley Suprema, con lo cual está actuando dentro de los límites de su competencia, sin violentar el principio de separación e independencia de órganos.

Con base en lo expuesto, esta Sala estima necesario apartarse de la jurisprudencia dictada en los procesos de inconstitucionalidad referidos —ya que de lo contrario estaría excluyendo de su competencia el control jurisdiccional de constitucionalidad de ciertas disposiciones o cuerpos normativos— por lo que se encuentra habilitada para el conocimiento de la pretensión planteada en los presentes procesos acumulados.

2. LEYES DE AMNISTÍA

La adopción de leyes de amnistía de amplio alcance ha constituido una de las decisiones estatales que con más frecuencia han obstaculizado o impedido la persecución penal nacional de crímenes internacionales. Sea durante un régimen de transición en el cual se considera indispensable hacer concesiones a ciertos grupos que ejercen el poder *de iure* o *de facto* durante el régimen previo, o sea durante los procesos de paz en un conflicto armado de carácter internacional o interno, un número importante de voces han llamado a la adopción de este tipo de leyes como parte de un proceso de reconciliación social. Esta postura deviene de lo que muchas veces se ha entendido como el propósito mismo de las amnistías: la pacificación de una sociedad o presunta estabilidad en la transición de un régimen a otro[19].

Claro es, entonces, que el tema central del debate sobre las amnistías es la aparente tensión entre la paz y la estabilidad social, por un lado, y los procesos de justicia (particularmente penal) derivados de las obligaciones estatales, por el otro[20]. Al respecto, las cortes y tribunales latinoa-

[19] Desde los primeros registros históricos de normas de amnistía, éstas se han tratado de utilizar en el marco de procesos de pacificación o transición después de conflictos armados entre pueblos, o entre una misma sociedad. Según lo apuntan algunos estudios respecto al tema de las amnistías, "la palabra […] tiene sus orígenes en el vocablo griego *amnestia* que significa olvido. En 404 A.C., después que los espartanos habían derrotado a los atenienses en la Guerra del Peloponeso, aquéllos establecieron una gobierno provisional oligárquico en Atenas [nota en el original omitida]. Consistía en treinta hombres que llegaron a ser conocidos como los 'Treinta Tiranos' debido a la naturaleza opresiva de su gobierno. En un plazo de ocho meses habían ejecutado aproximadamente a 1.500 personas, y desaparecido a 5.000 [nota en el original omitida]. Una revuelta liderada por Trasíbulo llevo a la derrota de los 'Treinta'. Después de la guerra civil, Atenas estaba al borde del caos debido a las divisiones que resultaron [de la guerra]. Se alcanzó un acuerdo, cuyo principio incluía el enjuiciamiento penal de ciertos actos, tales como el homicidio, y la amnistía por otros hechos asociados con la guerra. Después que Trasíbulo presentara una propuesta a los atenienses, se aprobó la ley de amnistía. De acuerdo con Cicerón, ésta fue conocida como la ley del olvido. Establecía que nadie debería ser acusado o sancionado después de que se hubiera decretado el olvido de todas las faltas y ofensas cometidas por cualquiera de los lados [en el conflicto]". O'Shea, Andreas, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Nueva York, 2002, pág. 6 [Taducción no oficial]. Este origen milenario de las amnistías no significa, sin embargo, que su uso haya decaído durante las últimas décadas. Por el contrario, en estudios recientes sobre el tema se ha concluido que "más de 420 procesos de amnistía se han dado [desde el final de la Segunda Guerra Mundial], ocurriendo muchos de ellos desde el establecimiento de los tribunales *ad hoc*. De hecho, se han adoptado más de 66 amnistías entre enero de 2001 y diciembre de 2005 […]. Esto prueba que las amnistías han continuado siendo una realidad política a pesar de los esfuerzos internacionales por combatir la impunidad". Mallinder, Louise, "Can amnesties and international justice be reconciled?", en *1 International Journal of Transitional Justice 208,* 2007, págs. 209-210 [Traducción no oficial]. Para más información sobre las leyes de amnistías adoptadas en distintos períodos históricos, véase el mismo estudio del profesor O'Shea, así como Ntoubandi, Faustin Z., *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007.

[20] "Los argumentos a favor de las amnistías en estados transicionales comúnmente sostienen que la paz nunca puede ser alcanzada sin alguna forma de amnistía, ya que los combatientes nunca estarán dispuestos a dejar sus armas y los dictadores a transferir el poder a los demócratas [nota en el original omitida]. Más aún, algunos académicos han argumentado que si, después de una guerra, quienes resulten victoriosos imponen condiciones que 'involucren aplastar la dignidad de los vencidos, la paz no durará' [nota en el original omitida], posiblemente porque […] 'el castigo estricto de todos los ofensores podría servir para mantener, más que reconciliar, los diferentes recuerdos y actitudes de varios grupos comunales o políticos, los cuales provocaron los conflictos [en primer lugar]" [nota en el original omitida]. Mallinder, Louise, "Can amnesties

mericanos, durante la última década, han comenzado a encontrar su propia voz para convertirse, posiblemente, en la más sólida y consistente fuente de interpretación judicial sobre esta materia en una misma región.

A fin de entender mejor la jurisprudencia latinoamericana, es importante comenzar por hacer una breve referencia al concepto de leyes de amnistía. En su estudio sobre el tema, el profesor Faustin Z. Ntoubandi ha definido estas leyes como "un acto de poder soberano para aplicar el principio *tabula rasa*[21] a ofensas pasadas, usualmente cometidas contra el Estado, de manera que se de fin a los procedimientos ya iniciados o que se estén por iniciar, o a veredictos que se hayan ya pronunciado"[22]. Estas leyes pueden ser generales, cubriendo todas las ofensas cometidas por todos los actores en un determinado período, o específicas respecto a una clase determinada de hechos o delitos, en beneficio de un grupo particular de personas, o bien alguna combinación de las anteriores[23].

Sin duda alguna, la adopción de las leyes de amnistía es una potestad soberana de los Estados que, utilizada de forma adecuada, puede resultar de gran beneficio para consolidar procesos sociales o políticos dentro de un país. El problema surge cuando dichas leyes se aplican, de manera indiscriminada, a la perpetración de crímenes internacionales de tal suerte que se obstaculiza o impide la investigación, y en su caso, el enjuiciamiento y sanción de los responsables.

En las siguientes secciones se presenta la jurisprudencia que, desde diversos países latinoamericanos, ha rechazado la aplicación de leyes de amnistía a crímenes internacionales. Este punto se analizará con un poco más de detalle en secciones posteriores. Sin embargo, en este momento es pertinente resaltar algunos de los criterios generales establecidos por la jurisprudencia latinoamericana, la cual se ha desarrollado con clara influencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos[24]: (i) la evolución del derecho internacional ha establecido obligaciones claras a cargo de los Estados, de manera que actualmente una ley que contravenga

---

and international justice be reconciled?", *op. cit.*, págs. 208-209 [Traducción no oficial]. Estos argumentos, de naturaleza política, deben revisarse, por supuesto, a la luz de los argumentos jurídicos y políticos que sostienen la inaplicabilidad de las leyes de amnistía a los crímenes internacionales, entre los cuales destaca, claro está, la jurisprudencia latinoamericana que se presenta en este estudio.

21 Nota de edición: "Tabula rasa es el término latino para tabla, placa limpia, una que ha sido borrada y está lista para escribir nuevamente en ella. El debate académico ha tomado prestado este término de la escuela filosófica del empirismo la cual afirma que, antes de la percepción de los sentidos, la mente está tan vacía como una *tabula rasa.* No hay ideas innatas". Bunc, Aaron, "Beyond tabula rasa", en *Argumentation and Advocacy*, Vol. 30, 1994 [Traducción no oficial].

22 Ntoubandi, Faustin Z., *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law,* nota *supra* 19, pág. 9 [Traducción no oficial].

23 *Ibídem*, pág. 12.

24 Como lo ha apuntado la profesora Louise Mallinder, a nivel internacional "[l]as cortes que responsabilizan individuos –a saber, los [tribunales] ad hoc, los tribunales híbridos […] y la Corte Penal Internacional […]– [podrían llegar] a considerar si el perpetrador tiene derecho a utilizar la amnistía como escudo contra la persecución [penal]. En contraste, los mecanismos universales y regionales de derechos humanos que establecen la responsabilidad de los Estados consideran si [éstos] han violado sus obligaciones bajo el derecho internacional al introducir una amnistía, lo que es posible aún cuando la amnistía sea válida de conformidad con el derecho nacional". Mallinder, Louise, "Can amnesties and international justice be reconciled?", nota *supra* 19, pág. 210 [Traducción no oficial]. A nivel nacional, el sistema judicial nacional potencialmente deberá determinar, de conformidad con sus propios procedimientos, tanto la aplicabilidad de una norma de amnistía en un caso particular, como la compatibilidad de la norma, en abstracto, con el sistema jurídico en su conjunto, incluido el derecho internacional vigente en el país.

las mismas no puede considerarse como válida ni surtir sus efectos; (ii) la prohibición de adoptar leyes de amnistía no compatibles con las obligaciones internacionales se extiende no sólo a aquéllas adoptadas por los regímenes presuntamente responsables por los crímenes, sino a las adoptadas por regímenes de transición; (iii) la anulación de estas leyes no viola el principio de irretroactividad de la ley[25]; (iv) terceros Estados no están obligados, ni tienen que observar una ley de amnistía contraria a las obligaciones internacionales en materia de prevención y sanción de crímenes internacionales[26], y (v) una ley de amnistía se puede establecer de tal forma que sea compatible con las obligaciones internacionales de los Estados y, como consecuencia, podrá surtir sus efectos[27].

A. Aspectos generales

El Salvador, *Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo N° 486 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz) (Relación de sentencias 7.a)*, Consideraciones:

> [En decisiones previas de este mismo tribunal] […] [s]e estableció que la figura de la amnistía presentaba dos dimensiones, la primera, como manifestación o prerrogativa de gracia, y la segunda, como competencia legislativa o forma de legislación derogatoria con efectos retroactivos y temporales. Asimismo, en cuanto al primer aspecto, se dijo que la amnistía es una gracia del soberano, una gracia colectiva que tiende a garantizar la paz social y política, pues constituye la expresión jurídica de un acto político que permite la apertura de un proceso democrático y favorece el consenso nacional, con el objetivo primordial de neutralizar una situación de crisis interna —conflicto armado no internacional— o consolidar la terminación de un conflicto armado internacional. Lo anterior indica que la amnistía se fundamenta en la soberanía misma, siendo pues, la potestad de clemencia un atributo de aquella.
>
> Sobre la segunda dimensión de la amnistía se expresó que, más que una potestad de gracia que excepciona el orden legal, y como un instrumento de corrección del Derecho, constituye una derogación temporal con eficacia retroactiva de unas normas, pudiendo asemejarse a la aplicación retroactiva de las leyes penales en tanto que favorecen al reo de un delito.

---

25 Para más información sobre la interpretación de las cortes y tribunales latinoamericanas respecto del principio de irretroactividad y los crímenes internacionales, véase, *"Ley previa: Irretroactividad de la ley y principio de legalidad"*, sección IV.2.C de este mismo digesto.

26 Véase también el resumen sobre los argumentos avanzados por la jurisprudencia y doctrina internacionales respecto de la incompatibilidad de la amnistía de crímenes internacionales con las obligaciones de perseguir estos crímenes a cargo de terceros Estados, en la sección *"Las leyes de amnistía no pueden tener como objeto crímenes de derecho internacional"*, de este mismo capítulo.

27 Para un análisis doctrinario sobre este mismo punto, véase, por ejemplo, Corcuera Cabezut, Santiago, "Las leyes de amnistía en el derecho internacional de los derechos humanos", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 29, 1999, págs. 23-38.

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a),* Considerando 30:

> [El] artículo 93, No. 3º, del Código Penal [Chileno], […] prescribe que la responsabilidad criminal termina: 3º Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos. A pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que esta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado [nota en el original omitida].

Perú, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas (Relación de sentencias 13.g)*, Considerandos 20 y 25:

> Según el artículo 102, inciso 6, de la Constitución, entre las atribuciones del Congreso de la República se encuentra la de dictar leyes de amnistía. Mediante ellas el legislador establece que determinados hechos, considerados originariamente ilícitos, dejaron de serlo. La consecuencia del olvido de la responsabilidad penal es la renuncia del Estado al ejercicio de la acción penal (extinción) así como a la ejecución de la pena. Por tanto, la entrada en vigencia de una ley de amnistía impide la iniciación de un proceso penal; suspende a éste en cualquier estado en el que se encuentre y, si se hubiera dictado sentencia condenatoria, cancela todos sus efectos penales, con excepción de los de orden civil.
>
> A diferencia de[l] [indulto], una ley de amnistía no puede comprender en sus alcances a una persona o un grupo de personas en particular, con exclusión de otras que se encuentren en los mismos supuestos que motivan su expedición. Tampoco la amnistía puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución. La Ley Fundamental es una norma lo suficientemente abierta para que dentro de ella el legislador pueda elegir entre las diferentes opciones de política de persecución criminal.

B. Las leyes de amnistía no pueden tener como objeto crímenes de derecho internacional

Como marco de referencia de la jurisprudencia latinoamericana respecto de la no aplicabilidad de las amnistías a los crímenes internacionales, es pertinente mencionar algunos de los criterios jurisprudenciales o doctrinarios que se han desarrollado a nivel internacional. En primer término, la Corte Especial para Sierra Leona[28] ha determinado que al existir una jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales, un Estado no puede determinar el "olvido" de éstos de manera que se impida la potestad de otros Estados para ejercer su jurisdicción, ya que "la obligación de proteger la dignidad humana es una norma imperativa y ha adquirido la naturaleza

[28] La Corte Especial para Sierra Leona fue creada en virtud del *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona* de 16 de enero de 2002.

de obligación *erga omnes*"[29]. Es importante hacer notar, entonces, que de conformidad con esta corte no existe una norma de derecho internacional que prohíba a los Estados adoptar una ley de amnistía, sino que la exclusión de la aplicación de estas leyes a casos de crímenes internacionales deviene del derecho y el deber de terceros Estados, incluso de tribunales internacionales, de ejercer su jurisdicción, y no directamente de las obligaciones del Estado en dónde se cometieron los crímenes[30].

Una postura adicional respecto de los límites de la potestad soberana para adoptar amnistías se ha centrado en los derechos de las víctimas. Como se ha analizado en el capítulo anterior, las

[29] CESL, *El Fiscal vs. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara*, Casos No. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), Sala de Apelaciones, Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, Decisión de 13 de marzo de 2004, párr. 71 [Traducción no oficial]. Dada la importancia de los términos precisos utilizados por la Corte Especial para Sierra Leona en esta frase, se reproduce el texto original en inglés: "the obligation to ptotect human dignity is a peremptory norm and has assumed the nature of obligation *erga omnes*". A mayor detalle, la propia Corte Especial sostiene: "Un Estado no puede llevar al olvido un crimen, tal como los crímenes contra el derecho internacional, cuando otros Estados tienen el derecho de mantenerlo vivo y recordarlo. Un crimen contra el derecho internacional ha sido definido como 'un acto cometido con la intención de violar una interés fundamental protegido por el derecho internacional, o con el conocimiento que el acto probablemente violaría tal interés, y el cual probablemente no sería adecuadamente sancionado por el ejercicio normal de la jurisdicción penal de cualquier Estado' [nota en el original omitida]. En *re List y otros*, el Tribunal Militar estadunidense en Nüremberg definió un crimen internacional como: 'un acto reconocido internacionalmente como criminal, que se considera un asunto de grave preocupación para la comunidad internacional, y por razones válidas no puede dejarse dentro de la jurisdicción exclusiva del Estado que tendría control sobre el mismo en circunstancias ordinarias" [Traducción no oficial].

[30] Sobre este punto, la Corte Especial para Sierra Leona ha adoptado las conclusiones propuestas por el profesor Antonio Cassese en algunos de sus estudios académicos, de acuerdo con las cuales: "No existe aún una obligación general del Estado de adoptar una ley de amnistía contra estos crímenes. Consecuentemente, si un Estado aprueba una ley de este tipo, no está violando una norma consuetudinaria. No obstante, si las cortes de otro Estado que tiene bajo su custodia a la persona acusada por el crimen internacional decide enjuiciarlo a pesar que el Estado del que es nacional lo haya beneficiado con una ley de amnistía, tal corte no estaría, por este hecho, violando una norma de derecho internacional, particularmente en lo que respecta al principio de soberanía de otro Estado". *Ibídem*, párr. 71 [Traducción no oficial]. En esta misma línea, pero de manera aún más enfática, la Corte Constitucional de Sudáfrica, con respecto a la validez de la amnistía contenida en el *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995* (conocida como la Ley de Verdad y Reconciliación), ha sostenido que: "No existe una obligación a cargo del Estado contratante [en cuyo territorio se desarrollo un conflicto de carácter no internacional] de garantizar la persecución penal de aquéllos que hayan llevado a cabo actos de violencia u otros actos que ordinariamente podrían ser caracterizados como una seria invasión de derechos humanos. […] Una cosa es permitir que los oficiales de una potencia hostil que ha invadido un Estado extranjero permanezcan sin castigo por las violaciones graves a los derechos humanos perpetrados contra otros durante el curso del conflicto. Otra cosa es forzar tal castigo en circunstancias en las que tal violación sustancialmente ha ocurrido como consecuencia de un conflicto entre distintos grupos dentro de un mismo Estado, en relación a la dirección políticamente permisible que tal Estado debe tomar respecto de la estructura del Estado y los parámetros de sus medidas políticas, cuando es necesario, después del fin del conflicto, para que una sociedad traumatizada pueda reconstruirse a sí misma". *Azanian Peoples Organizations (AZAPO) and other vs. President of the Republic of South Africa and others* (sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica), nota *supra* 8, párrs. 30 y 31 [Traducción no oficial]. Es importante reconocer, claro está, que las normas de amnistía adoptadas por Sudáfrica han sido consideradas por diversos comentaristas como compatibles con el derecho internacional al garantizar el derecho a la verdad y reparaciones, entre otros, de las víctimas. El párrafo antes citado sólo busca resaltar la posición de la Corte Constitucional con respecto a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de investigación y sanción.

víctimas de crímenes internacionales tienen derechos específicos, entre ellos el derecho a conocer la verdad y a obtener reparaciones[31]. En este sentido, de conformidad con algunas decisiones judiciales y estudios doctrinarios, una ley de amnistía será válida en tanto que se respeten y garanticen estos derechos de las víctimas, aún cuando efectivamente se impida el enjuiciamiento y sanción penal de los responsables por la comisión de crímenes internacionales[32].

Por su parte, la jurisprudencia latinoamericana —en línea con la jurisprudencia interamericana[33]— ha centrado el análisis sobre las leyes de amnistía ***prioritariamente*** en las obligaciones

---

31 Con relación a este tema, véase, *"Derechos de las víctimas en procesos relacionados con crímenes de derecho internacional"*, sección V.7 de este mismo digesto.

32 En este sentido, la Corte Constitucional de Sudáfrica, en un recurso sobre la constitucionalidad de las normas de amnistía en ese país, ha sostenido que: "La amnistía contemplada no es una amnistía general contra la persecución penal de todo en absoluto, otorgada automáticamente como un acto uniforme y obligatorio de amnistía estatutaria. Se autoriza con el objetivo particular de una efectiva construcción de una transición hacia un orden democrático. Sólo estará disponible cuando haya una completa revelación de los hechos ante el Comité de Amnistía, y cuando sea claro que la transgresión particular fue perpetrada durante el periodo prescrito, con un objetivo político y durante el transcurso del conflicto pasado". En esta misma decisión, la Corte Constitucional enfatizó: "La alternativa a conceder inmunidad a un ofensor frente posibles persecuciones penales es mantener intacto el derecho abstracto de una persona particular a tal persecución sin las evidencias que sustenten un juicio exitoso, continuar manteniendo, en muchos casos, a los dependientes de las víctimas sustancialmente ignorantes respecto a qué sucedió precisamente a sus seres queridos, dejar su anhelo de verdad de hecho insatisfecho, perpetuar su legítimo sentimiento de resentimiento y profunda pena […]. El resultado, en todos los niveles, es un difícil, sensible, posiblemente agonizante acto de balance entre la necesidad de justicia a las víctimas de abusos pasados y la necesidad de reconciliación y rápida transición a un nuevo futuro […]". *Azanian Peoples Organizations (AZAPO) and other vs. President of the Republic of South Africa and others* (sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica), nota *supra* 8, párrs. 18, 21 y 32 [Traducción no oficial]. Para algunos análisis académicos respecto a las limitaciones en materia de amnistías con base en los derechos de las víctimas, véase, entre otros, Mallinder, Louise, "Can amnesties and international justice be reconciled?", nota *supra* 19; Slye, Rodald C., "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", en *43 Va. J. Int'l L. 173,* 2002-2003; Chigara, Ben, *Amnesty in International Law: The Legality under International Law of National Amnesty Laws,* Pearson Education, Reino Unido, 2002. Adicionalmente, para un análisis de los procesos de transición con leyes de amnistía desde un punto de vista del desarrollo teórico de la justicia restitutiva, que intenta poner en el centro del debate a las víctimas y sus derechos, véase, por ejemplo, Villa-Vicencio, Charles, "Restorative Justice: Ambiguities and Limitation od the Theory", en Charles Villa-Vicencio y Erix Doxtader, *The Provocations of Amnesty: Memory, Justice and Impunity*, Africa World Press, Sudáfrica, 2003.

33 De manera general, se pueden identificar tres argumentos principales que la Corte Interamericana ha desarrollado con respecto a la prohibición de adoptar leyes de amnistía. Como argumento primario, la Corte ha sostenido que existe una obligación de investigar, enjuiciar y, en su caso, sancionar crímenes internacionales, de la cual los Estados no podrán sustraerse, por lo que una ley de amnistía que obstaculice el cumplimiento de dichas obligaciones carecerá de efectos jurídicos. En segundo lugar, la misma Corte ha afirmado que la simple promulgación de una ley de este tipo viola "su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención contenida en el artículo 2 de la misma en relación con los artículos 4, 5, 7, 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de los familiares" [Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, párr. 189]. Adicionalmente, la Corte ha afirmado que la adopción de una ley de amnistía es violatoria del derecho de las víctimas de crímenes internacionales a conocer la verdad de los hechos. Véase, entre otras, sobre todos estos puntos, Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, y Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, nota *supra* 32. Para mayor análisis respecto

de investigar, enjuiciar y, en su caso, sancionar la perpetración de crímenes internacionales; esto, en unión con los derechos de las víctimas, sus familiares y la sociedad en su conjunto[34]. En otras palabras, a diferencia de otras posturas, la jurisprudencia latinoamericana ha determinado la inaplicabilidad o nulidad de leyes de amnistía con base en las obligaciones a cargo de los Estados en donde se han cometido los crímenes, a la luz de la naturaleza y gravedad de los crímenes internacionales.

El Salvador, *Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo N° 486 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz) (Relación de sentencias 7.a)*, Considerando VI.2:

> [E]n todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento —y, habría que agregar, independientemente de la materia a la cual pertenezca la disposición que sirve de fundamento jurídico para la pretensión— [el proceso jurisdiccional es el instrumento mediante el cual el Estado cumple con su obligación de proteger a todas las personas en la conservación y defensa de sus derechos. Por lo tanto, cabe entender que el proceso penal —como todo proceso jurisdiccional— constituye, en principio, una forma de protección en la conservación y defensa de los derechos de las personas.
>
> Desde la perspectiva señalada, se advierte que el art. 2 inc. 1° [constitucional] —como una disposición esencial dentro del contexto de la Constitución, *en cuanto sienta las bases que hacen efectivo el goce de los derechos fundamentales— también se perfila como una limitación a la atribución concedida a la Asamblea Legislativa* en el art. 131 ord. 26° [constitucional], siendo que este último debe interpretarse en comunión con dicha limitación. *Lo anterior implica que la Asamblea Legislativa puede conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, siempre que dicha amnistía no impida la protección en la conservación y defensa —por la vía del proceso penal— de los derechos fundamentales de la persona humana*" [Énfasis añadido].

de las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, véase, por ejemplo, Canton, Santiago A., "Leyes de amnistía", en *Víctimas sin mordaza: El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica*, nota *supra* 3, págs. 167 a 190.

[34] La Corte Interamericana ha encontrado, por ejemplo, que las leyes de amnistía han impedido a las víctimas ejercer su derecho al acceso a la justicia que implica, entre otros, ser oídas por un juez, a participar en los procesos para establecer la responsabilidad de los acusados y para obtener reparaciones. Con respecto al derecho a la verdad, en algunos casos relacionados con la aplicación de leyes de amnistía a crímenes internacionales, la Corte ha sostenido que: "en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido 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 previenen los artículos 8 y 25 de la Convención". Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, nota *supra* 33, párr. 48. Véase, además, *"Derechos de las víctimas en procesos relacionados con crímenes de derecho internacional"*, sección V.7, de este mismo digesto.

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Julio Héctor Simón (Relación de sentencias 1.c),* Considerandos 16, 23, 26 y 27:

> [S]i bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre "civiles y militares". Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al "olvido" de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).
>
> [La Corte Interamericana, en la misma sentencia del caso Barrios Altos] [s]eñaló asimismo: "La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (...). Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana" [nota en el original omitida]. Consiguientemente, ante 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*" [nota en el original omitida] [Énfasis en el original].
>
> [Así] el caso "Barrios Altos" estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de "pacificación" disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.
>
> [E]n este punto resulta pertinente recordar el voto concurrente del juez García Ramírez en el caso "Barrios Altos", en el que se reconoce que el dictado de una amnistía, bajo ciertas circunstancias, podría resultar conveniente para el restablecimiento de la paz y la apertura de nuevas etapas constructivas, en el marco 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 [...]". Sin embargo "esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las

más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad [nota en el original omitida]".

Perú, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas (Relación de sentencias 13.g)*, Considerandos 28-31, 52-53, 58 y 59:

Las leyes de amnistía tampoco pueden expedirse en oposición a las obligaciones internacionales derivadas de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. La capacidad de los tratados sobre derechos humanos para limitar materialmente las leyes de amnistía se funda en el artículo 55 y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. De conformidad con el primero, una vez que estos son ratificados, forman parte del Derecho nacional y, por tanto, vinculan a los poderes públicos. De conformidad con el segundo, los tratados sirven en el proceso de delimitación del ámbito constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.

A partir de los tratados, pero también de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, es posible identificar los derechos fundamentales garantizados definitivamente por los derechos que pudieran resultar comprometidos con la expedición de una ley de amnistía (v.g. el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y el derecho a la verdad).

Las obligaciones asumidas por el Estado peruano con la ratificación de los tratados sobre derechos humanos comprenden el deber de garantizar aquellos derechos que, de conformidad con el Derecho Internacional, son inderogables y respecto de los cuales el Estado se ha obligado internacionalmente a sancionar su afectación. En atención al mandato contenido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se recurre a los tratados que han cristalizado la proscripción absoluta de aquellos ilícitos que, de conformidad con el Derecho Internacional, no pueden ser amnistiados, en tanto contravienen los estándares mínimos de protección a la dignidad de la persona humana.

Entre dichos ilícitos destacan los delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad recogidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que comprenden los siguientes actos: los delitos de ejecución extrajudicial; asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; excarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como contrarios a los principios universales que garantizan el pleno respeto de los derechos humanos con arreglo al derecho internacional; desaparición forzada de personas; crimen de *apartheid* y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de las personas.

> [L]a expedición de leyes de amnistía constituye una competencia jurídico constitucional del Congreso de la República, de modo que las resoluciones judiciales que se dictan en aplicación de leyes de amnistía constitucionalmente legítimas dan lugar a la configuración de la *cosa juzgada constitucional*. El control de las leyes de amnistía, sin embargo, parte de la presunción de que el legislador penal ha querido actuar dentro del marco de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales.
>
> No opera, por tanto, dicho sucedáneo cuando se comprueba que mediante el ejercicio de la competencia de dictar leyes de amnistía, el legislador penal pretendió encubrir la comisión de delitos de lesa humanidad. Tampoco cuando el ejercicio de dicha competencia se utilizó para "garantizar" la impunidad por graves violaciones de derechos humanos. Tal fue la situación en la que se desenvolvieron las actividades delictivas del denominado *Grupo Colina*, al que pertenecía el recurrente. Así lo ha reconocido el Estado peruano, a través de su agente designado para el *Caso La Cantuta* ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
>
> Siendo ello así, cabe señalar que si bien el Poder Legislativo tiene la atribución de ejercer el derecho de amnistiar, es decir olvidar el delito cometido por determinadas personas, lo que produce los efectos de la *cosa juzgada*, según los artículos 102, inciso 6, y 139, inciso 13, de la Constitución, ello no significa que el Congreso pueda cobijar en las leyes de amnistía a delitos de lesa humanidad -como el secuestro, tortura y ejecución sumaria de personas, por ejemplo-; por cuanto la legitimidad de la Constitución reposa en la defensa de la persona humana y en el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del Estado, según el artículo 1 de la Constitución.
>
> Este principio-derecho constituye una norma jurídica que contiene un mandato obligatorio, el que se hace efectivo, tanto en conexión con el ejercicio de los derechos fundamentales de los particulares —derecho a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución) o el derecho a la justicia (artículo 139 de la Constitución)—, como en el cumplimiento de las funciones de las autoridades estatales. Precisamente por esto, la facultad legislativa del Congreso no es ilimitada, ya que el ejercicio del poder constituido no puede vulnerar los principios y valores constitucionales —como la dignidad de la persona humana, la vida, la justicia, la verdad, entre otros— en que se funda la obra del poder constituyente.

Desde una interpretación basada en derecho nacional, pero relacionada también con la obligación de garantizar los derechos fundamentales de las personas, por medio, entre otros, de las investigaciones de delitos que atenten contra dichos derechos, así como respecto de las formalidades que debe cumplir una ley de amnistía, véase, Perú, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas (Relación de sentencias 13.g)*, Considerandos 21, 22, 24, 26:

> En la medida en que la expedición de las leyes de amnistía constituye el ejercicio de una competencia jurídico-constitucional, su ejercicio se encuentra sujeto a límites constitucionales. Se trata de una competencia constitucionalmente conferida al titular de la política de persecución criminal del Estado y cuyo ejercicio, por tanto, debe realizar dentro del marco de la Constitución Política del Estado.
>
> El artículo 102, inciso 6, de la Constitución no prevé expresamente cuáles son los límites a los que se debe sujetar el dictado de leyes de amnistía. Sin embargo, ello no

> significa que estos no existan, puesto que la legitimidad del ejercicio del poder del Estado y, por ende, el de sus órganos constitucionales no se justifica de por sí, sino a partir del pleno respeto del principio-derecho de dignidad humana, y de la observancia cabal de los principios constitucionales y los derechos fundamentales.
>
> Una ley de amnistía se encuentra sujeta tanto a límites formales como materiales. Con respecto a la primera cabe señalar que el dictado de una ley de amnistía es que ésta sólo puede formalizarse en virtud de una ley ordinaria. Por tanto, además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observar los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103 de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad [nota en el original omitida].
>
> [C]ualquiera que sea la competencia constitucional de que se trate, su ejercicio debe estar orientado a garantizar y proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y a servir a las obligaciones derivadas del artículo 44 de la Ley Fundamental, esto es, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Este deber no es semejante al deber de respetarlos. Este último comporta la obligación de no afectar dichos derechos y su fundamento se encuentra en el reconocimiento específico de cada uno de ellos.

Para una interpretación basada en derecho doméstico, pero también relacionada con el deber de garantizar los derechos de las personas, a través de la persecución penal de crímenes contra dichos derechos, véase, El Salvador, *Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo N° 486 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz) (Relación de sentencias 7.a),* Considerando VI.2:

> Esta Sala advierte que el art. 1 de la LAGCP retoma textualmente la regla general establecida en el art. 131 ord. 26° Cn.; por lo tanto, siendo que dicha regla general está limitada -como se dijo anteriormente- por el art. 2 inc. 1° Cn., el art. 1 de la referida ley también se ve afectado por dicha limitación. En consecuencia, el art. 1 de la LAGCP debe ser interpretado a la luz del art. 2 inc. 1° Cn. y por lo tanto debe entenderse que la amnistía contenida en el mismo es aplicable únicamente en aquellos casos en los que el mencionado ocurso de gracia no impida la protección en la conservación y defensa de los derechos de las personas, es decir cuando se trata de delitos cuya investigación no persigue la reparación de un derecho fundamental[35].

[35] Nota añadida al original: Es importante hacer notar que en esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia reconoce la importancia de los tratados internacionales, su jerarquía superior a las leyes secundarias salvadoreñas, así como la obligación que tiene el Estado de cumplir con las obligaciones adoptadas en virtud de los mismos. A pesar de estos claros criterios jurisprudenciales, la Corte señala que dichos tratados no forman parte del "bloque de constitucionalidad" salvadoreño y que, por ende, no pueden ser utilizados como la norma de referencia para afirmar la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones de la Ley de Amnistía General, mediante un proceso de inconstitucionalidad.

Desde una perspectiva de derecho comparado, con elementos de derecho internacional, respecto de la validez de las leyes de amnistía y los crímenes de derecho internacional, véase, El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III:

> [E]l Tribunal Constitucional Húngaro al conocer sobre el Proyecto de Ley dirigido a castigar a los responsables de graves violaciones de derechos fundamentales cometidos en el curso de la represión de la Revolución de 1956, en sentencia número 53, de 1993, ha reconocido que "existe una regla general de deber internacional consistente en castigar los crímenes contra la humanidad. Ello estaría por encima de cualquier amnistía".
>
> En consecuencia, ante delitos contra la humanidad existe la obligación de "represión universal"; es decir, la obligación general para todos los Estados de castigar a sus nacionales o extranjeros responsables de un crimen de este tipo.

C. Evolución de la prohibición de ciertas leyes de amnistía

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Julio Héctor Simón (Relación de sentencias 1.c)*, Considerandos 12, 13, 14:

> [E]n cuanto a la pretensión del imputado de ampararse bajo la llamada "ley de obediencia debida", corresponde señalar que al dictar dicha ley (23.521), el Congreso Nacional resolvió convalidar la decisión política del Poder Ejecutivo de declarar la impunidad del personal militar en las condiciones del art. 1° de dicha ley, por los delitos cometidos "desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo" (art. 10, inc. 1, ley 23.049). Con el objetivo señalado, la ley mencionada se sustentó en la creación de una presunción, de conformidad con la cual, se debía considerar "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" (art. 1°, ley 23.521, in fine).
>
> [En decisiones anteriores se estableció que la Ley 23.521 contenía] […] deficiencias de la técnica legislativa utilizada, [no obstante, se determinó] la *ratio legis* era evidente: amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.
>
> *[D]esde ese momento [en que estos fallos fueron adoptados] hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto*

en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos —con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza [Énfasis añadido].

[L]os alcances de dicha obligación, por otra parte, han sido recientemente examinados por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, según el cual "cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto (...) los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías [...]"[36].

Perú, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas (Relación de sentencias 13.g)*, Considerando 32:

La prohibición de amnistías para delitos [como el genocidio y lesa humanidad] también ha sido advertida por la jurisprudencia de los órganos y tribunales internacionales sobre derechos humanos. Así, por ejemplo, para el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[37],

> "Cuando las investigaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo 15 revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad (véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7).

En consecuencia, cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto a que se hace referencia en el presente párrafo, los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías [véase la Observación general N.º 20] y las

[36] Nota en el original: "Observación General N° 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80° período de sesiones (2004), [párrs.] 17 y [siguientes]".

[37] Nota en el original: "Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/ Rev.7 at 225 (2004), párrafo 18".

inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. Además, ninguna posición oficial justifica que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de responsabilidad jurídica".

En el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha destacado 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" [nota en el original omitida].

i. El caso argentino

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Julio Héctor Simón (Relación de sentencias 1.c),* Considerandos 20-24, 33:

> [E]n el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/923 [nota en el original omitida]. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos —desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros— cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino "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" [nota en el original omitida].
>
> [Y]a a partir de ese momento había quedado establecido que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la circunstancia de que los actos en cuestión hubieran sido dictados por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático (tal había sido la alegación del gobierno argentino) [nota en el original omitida] era prácticamente irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH.
>
> [S]in embargo, restaba aún por determinar los alcances concretos de la recomendación de la Comisión en el Informe citado, en particular, con respecto a cuáles eran las "medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos". Ello, por cuanto el tenor de la recomendación dirigida por la Comisión a la Argentina con relación a la incompatibilidad de las leyes

de punto final y obediencia debida no permitía inferir, sin más ni más, si era suficiente el mero "esclarecimiento" de los hechos, en el sentido de los llamados "juicios de la verdad", o si los deberes (¡y las facultades!) [*sic*] del Estado argentino en esta dirección también suponían privar a las leyes y el decreto en cuestión de todos sus efectos, ya que tal conclusión significaba producir una fuerte restricción de la cosa juzgada y del principio de legalidad, que impide prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal, ya cumplida en muchos casos.

[T]ales dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos" [nota en el original omitida][38]. […] La Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía, que constituyó la violación de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno.

[L]a traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en "Barrios Altos" al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, "exactamente" iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de "autoamnistía". Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes ad hoc, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos.

En el mismo sentido, y en lo que atañe concretamente a nuestro país, las observaciones finales de dicho Comité sobre este tema dirigidas a la Argentina establecen la inadmisibilidad de la situación creada por las leyes 23.492 y 23.521 también frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la insuficiencia de la mera derogación de tales normas: "Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores" [nota en el original omitida]. Anteriormente, el mismo organismo ya había expresado lo siguiente: "El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado Parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son inconsistentes con los requisitos del Pacto" [nota en el original omitida]. Asimismo, manifestó en esa ocasión la preocupación sobre ambas leyes "pues privan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo en violación a los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto [PIDCP]. El Comité ve con preocupación que

[38] Nota añadida al original: Para los hechos del caso Barrios Altos, véase el texto completo del considerando 24 de esta misma sentencia, en el caso *Simón, Julio Héctor y otros,* de la Suprema Corte de Justicia de Argentina y Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, nota *supra* 33.

las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención extrajudicial de personas, incluyendo niños" [nota en el original omitida].

ii. El caso peruano

Perú, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas (Relación de sentencias 13.g)*, Considerandos 41-43:

[En la Sentencia de Interpretación en el caso Barrios Altos], la Corte [Interamericana de Derechos Humanos sostuvo]:

> "La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. *En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión*" [Énfasis en el original].

El mismo criterio se ha expuesto en el Caso La Cantuta c. Perú, recientemente resuelto por la Corte Interamericana, en la que se volvió a recordar que

> "(...) la Corte ya analizó el contenido y los alcances de las leyes de amnistía Nos. 26479 y 26492 en el Caso Barrios Altos vs. Perú, en cuya Sentencia de fondo (...) declaró que las mismas son `incompatibles con la Convención Americana [...] y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos. La Corte interpretó la Sentencia de fondo dictada en ese caso en el sentido de que (...) lo resuelto (...) tiene efectos generales [nota en el original omitida]".

De lo expuesto se colige que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las leyes de amnistía aludidas carecen de efectos jurídicos y que lo resuelto, por tanto, tiene efectos generales. Siendo así, dicho pronunciamiento no sólo es de aplicación a los hechos que suscitaron el Caso Barrios Altos, sino que comprende a los casos en los que su aplicación impidió que se juzgaran y sancionaran graves violaciones de derechos reconocidos en la Convención Americana, como el Caso La Cantuta.

D. La prohibición de amnistías en el derecho internacional se extiende a aquellas adoptadas por gobiernos anteriores o posteriores y no sólo a las autoamnistías

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Julio Héctor Simón (Relación de sentencias 1.c)*, Considerando 24:

En este sentido, corresponde destacar que lo que indujo [a la Corte Interamericana en

la sentencia del caso Barrios Altos] a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la ley de facto 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter de facto o no del gobierno que las dicta, sino que son razones materiales las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos.

E. Las leyes de amnistía y el principio de irretroactividad de la ley penal

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 8:

En algunas oportunidades, los Estados argumentan que la derogación y anulación de una ley de amnistía para los autores de graves violaciones a los derechos humanos vulnera el principio de no retroactividad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tópico en una decisión sobre la ley de amnistía en Chile. El Estado chileno afirmó, en el trámite del proceso internacional, que la derogatoria del Decreto Ley de amnistía no surtiría efectos contra los responsables de las violaciones debido al principio de la irretroactividad de la ley penal contemplado en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos y el art. 19 de la Constitución de Chile. Al respecto, la Comisión Interamericana precisó que: "El principio de irretroactividad de la ley que consiste en que nadie puede ser condenado retroactivamente por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable, no podría ser invocado por los amnistiados por cuanto al momento de cometerse los hechos imputados se hallaban tipificados y penados por la ley chilena vigente".

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluído que el Estado no puede argumentar la irretroactividad de su ley penal para excusarse de su deber de investigar y sancionar a lo[s] responsables de crímenes, que al momento de haber sido cometidos eran un ilícito penal bajo el derecho internacional. El Comité de Derechos Humanos, en sus "Observaciones finales" a Argentina de 2000, recordó al Estado argentino que "las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores".

F. Consecuencias de la determinación de incompatibilidad de una norma como la amnistía con el derecho internacional

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Julio Héctor Simón (Relación de sentencias 1.c),*

Considerandos 28 y 31:

> [A] partir de lo decidido en el caso citado con relación a los efectos de las llamadas "leyes de autoamnistía", se advierte que no sería suficiente con la supresión "simbólica" de las leyes de esta naturaleza. Así, la Corte Interamericana no se limitó a declarar la incompatibilidad de las leyes con la Convención, sino que resolvió que las leyes peruanas carecían de efectos y le impuso al estado peruano la obligación de hacer a un lado la cosa juzgada. Visto el caso argentino desde esta perspectiva, se concluye que la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana.
>
> [D]esde ese punto de vista, *a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa*. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, 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 [Énfasis añadido].

En aplicación de este criterio, véase, entre otros, Argentina, *Recurso promovido por Ragnar Erland Hagelin (Relación de sentencias 1.g)*.

> De manera complementaria a este tema, véase, Perú, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas (Relación de sentencias 13.g)*, Considerandos 16 y 50, *en "Decisiones con base en una ley no válida: Relación entre el principio ne bis in idem y una ley de amnistía"*, en este mismo capítulo.

G. Las leyes de amnistía adoptadas por un Estado en contravención del derecho internacional no obligan a terceros Estados

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Décimo Cuarto:

> [E]l Juez de Distrito, expuso que […] el hecho de que un Estado decidiera no ejercer su jurisdicción para perseguir delitos de corte internacional, no impedía que cualquier otro Estado del concierto mundial, pudiera hacer valer su propia jurisdicción, porque los tratados internacionales aplicables al caso concreto reconocían a cualquier Estado

parte en los mismos, jurisdicción para perseguirlos, juzgarlos y castigarlos conforme a su legislación interna y a los propios tratados, con el afán de prevenir su impunidad, cuando el Estado que tenía jurisdicción en principio, ya fuese por razón del lugar de comisión de los delitos, por la nacionalidad del ofensor o por cualquier otro punto de contacto, se abstenía de ejercerla, ya sea como resultado de medidas internas o incluso en cumplimiento de obligaciones internacionales, fuesen convencionales o consuetudinarias, y que por ello, las leyes argentinas no podían vincular a otro Estado ni tenían el efecto legal para privarlo de una jurisdicción que podía ejercer, no sólo en virtud de su legislación interna, sino también con base en los tratados internacionales de que fuese parte[;] […] las decisiones internas adoptadas con objeto de impedir el procesamiento de una persona no podían ser vinculatorias para los tribunales de otros países.

[A]unado a lo anterior, [el Juez de Distrito decidió que] existía el hecho de que tales leyes eran contrarias a las Convenciones que establecían postulados con el propósito de asegurar el enjuiciamiento o castigo de las personas responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, entre los que se consignaban el genocidio y el terrorismo, motivo por el cual las mismas no eran obligatorias para los demás Estados miembros del concierto internacional, como México y España, quienes en nombre de la comunidad internacional, podían ejercer la jurisdicción extraterritorial, ya que en cumplimiento de las normas imperativas de carácter internacional no constituía propiamente una facultad potestativa sino una obligación, al respecto, el Juez de Distrito, invocó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo, Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa, de donde expuso se desprendían reglas de prohibición de carácter internacional de otorgar inmunidad o amnistía a cualquier persona por los delitos de genocidio y terrorismo, por lo que si un Estado emitía leyes dentro de su marco normativo que contravenían tales ordenamientos internacionales, aquéllas no obligaban a los demás Estados que tuvieran la obligación de perseguir y sancionar a los responsables de delitos internacionales, y como las leyes de Punto Final y Obediencia Debida se oponían a las disposiciones reconocidas en el marco internacional, no podían ser reconocidas y aceptadas por el Estado mexicano.

También, expuso el Juez de Distrito, que con independencia de todo lo anterior las indicadas leyes habían sido derogadas, según las pruebas documentales remitidas por el Juez requiriente, y que por ello no otorgaban ningún beneficio al impetrante[39].

H. Amnistías compatibles con el derecho internacional

El Salvador, *Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo N° 486 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz) (Relación de sentencias 7.a)*, Considerandos VI.2. y VII:

[39] Nota añadida al original: A pesar de que la Suprema Corte de Justicia de México, en esta decisión, no repite los argumentos desarrollados por el Juez de Distrito en la Sentencia del Juicio de Amparo, recurrida ante el Tribunal máximo, por el contexto de la sentencia, y al desestimar el agravio presentado por el recurrente, es posible concluir que admite y considera correctos los argumentos esgrimidos por el Juez de Distrito.

> Ahora bien, es necesario aquí determinar en qué casos la amnistía no impide la protección en la conservación y defensa de los derechos de la persona. La amnistía está prevista, en términos generales, para los delitos políticos, comunes conexos con políticos y para los delitos comunes cometidos por un número igual o mayor de veinte personas. En relación a los delitos políticos, se advierte que no en todos estos delitos existe vulneración a derechos fundamentales; así, por ejemplo, existen delitos políticos en los cuales el directamente afectado es el Estado y en consecuencia no vulneran derechos fundamentales. En estos casos, no podría decirse que la investigación de tales delitos persigue la reparación de un derecho fundamental y, por lo tanto, las personas procesadas por tales delitos podrían ser beneficiadas con la amnistía. Por consiguiente, se tiene que los delitos comunes conexos con políticos admitirían amnistía *en la medida en que el delito político con el cual tienen conexión sea susceptible de ser amnistiado*[40] [Énfasis añadido].
>
> En relación con los delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte es necesario señalar que, no todos los bienes jurídicos afectados por un delito constituyen derechos fundamentales; en consecuencia, en estos casos, tampoco puede afirmarse que la investigación de tales delitos persigue la reparación de un derecho fundamental y por lo tanto también admiten amnistía.
>
> [Por lo anterior,] [e]n relación con el art. 1 de la [Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz] y [los arts.] 2 y 244 Cn., esta Sala concluye que la disposición impugnada tiene un ámbito de aplicación más amplio que el de la disposición constitucional con la cual se ha confrontado, por lo que la excepción contenida en la Constitución podría operar en algunos de los casos contemplados en la LAGCP pero no en todos, lo que significa que el juzgador deberá determinar en cada caso concreto cuándo opera dicha excepción mediante una interpretación conforme a la Constitución.

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 2.3:

> [Esta] Corte destaca que las amnistías dictadas con el fin de consolidar la paz han sido consideradas como instrumentos compatibles con el respeto al derecho internacional humanitario. Así lo señala, por ejemplo, el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: "Artículo 6. Diligencias Penales. (...) 5. A la cesación de hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado".
>
> No obstante lo anterior, y *con el fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional*

[40] Nota añadida al original: Para la adecuada lectura de este párrafo, resulta fundamental remitirse a las consideraciones previas realizadas por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en esta misma sentencia, al indicar que se "puede conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, siempre que dicha amnistía no impida la protección en la conservación y defensa -por la vía del proceso penal- de los derechos fundamentales de la persona humana". [Énfasis añadido]. Véase, en este mismo capítulo, *"Las leyes de amnistía no pueden tener como objeto crímenes de derecho internacional"*.

ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva [Énfasis añadido].

Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos, consagrados en [diversos] instrumentos [internacionales].

México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Décimo Cuarto:

[E]xpuso el Juez de Distrito, porque aun cuando las indicadas leyes de Punto Final y Obediencia Debida constituían leyes de amnistía, existían diversos criterios sustentados por el derecho internacional, a los cuales debía atenderse para que pudiera considerarse que los efectos de una ley de esa naturaleza debían ser reconocidos dentro del país y en el plano internacional, encontrándose al respecto el Informe sobre la Impunidad de los Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos de la Subcomisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de mil novecientos noventa y seis, en virtud de la resolución 1995/35, de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Cuarenta y Ocho Sesión, Ginebra 1996, en la cual se establecieron los criterios para determinar cuándo se está frente a una ley de amnistía y las características que debe cubrir para tener efectos, entre los que se encuentran, la reparación de las víctimas y el conocimiento de la verdad de los hechos; así como la sentencia de catorce de marzo de dos mil uno, sobre el caso "Barrios Altos", emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía que tiendan a impedir la sanción de los responsable de violaciones graves a los derechos humanos[41].

Perú, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas (Relación de sentencias 13.g)*, Considerando 34:

[L]a amnistía decretada de conformidad con los diversos límites a los que se encuentra sujeta, otorga la calidad de *cosa juzgada constitucional* a las resoluciones judiciales que se hubieran dictado en aplicación de ella, y confiere a sus beneficiarios la titularidad del derecho fundamental reconocido en el inciso 13) del artículo 139 de la misma Consti-

[41] Nota añadida al original: A pesar de que la Suprema Corte de Justicia de México, en esta decisión, no repite los argumentos desarrollados por el Juez de Distrito en la Sentencia del Juicio de Amparo, recurrida ante el Tribunal máximo, por el contexto de la sentencia, y al desestimar el agravio presentado por el recurrente, es posible concluir que admite y considera correctos los argumentos esgrimidos por el Juez de Distrito.

tución. Corresponde, ahora, verificar si las leyes de amnistía Nº 26479 y Nº 26492 son compatibles con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y con la Constitución.

i. Amnistías por delitos políticos

Venezuela, *Decisión sobre la extradición de José María Ballestas Tirado (Relación de sentencias 15.a)*, Considerandos:

> El delito político es el que tiene un móvil político, esto es, en el que la pasión política produjo el acto típico. Y si es una rebelión, delito emblemático de los delitos políticos y por el cual está acusado el ciudadano BALLESTAS, principia por depender de si la acción triunfó o fracasó, ya que ello determinará que sus protagonistas sean considerados como héroes o criminales. De tal modo que se ha considerado en Derecho Penal que los alzados en armas no deben ser llamados delincuentes ni sus actos delito, por cuanto le son aplicables las leyes de guerra y deben ser tratados como prisioneros de guerra. El delito de rebelión consiste en la desobedencia a un gobierno legítimo. La complicación surge debido a lo discutible del concepto de legitimidad, que varía según las ideologías y las realidades. Existe sin duda el "ius rebelium" o derecho de rebelión; pero está supeditado a varias condiciones, una de las cuales es que existan fundadas posibilidades de éxito y haya proporción entre los daños que se causarán con la acción insurreccional y los supuestos beneficios que se lograrán. *En Derecho Penal también se ha opinado que una vez sofocada la rebelión y cesado el peligro, la amnistía es una necesidad absoluta en Derecho porque se comprende que las acciones se originaron en ideas*. Así que en teoría el delito político tiene móviles altruistas: el agente se decidió a sacrificarse por el bien de la patria y de la sociedad y no debe ser tenido como delincuente común. Este delito, como una consecuencia de lo anterior, no implica una inmoralidad ni representa (con la excepción de cuando se cometa) un peligro. Ni tampoco quien lo cometa.

3. INDULTOS

Los indultos han sido en muchas ocasiones confundidos o asimilados con las amnistías y, sin embargo, es fundamental entender sus diferencias conceptuales para poder entonces comprender sus implicaciones en la persecución penal de crímenes internacionales. Así, a diferencia de las segundas, los indultos generalmente son un acto ejecutivo del Jefe de Estado o de Gobierno que implican el ejercicio de la clemencia o perdón en beneficio de una persona específica, quien normalmente ha sido ya encontrada responsable por un delito determinado o se encuentra ya cumpliendo la pena[42]; en casos excepcionales, se han concedido también indultos antes de que se concluya el proceso y se dicte una sentencia definitiva. De acuerdo con algunos doctrinarios, existen al menos cuatro teorías que justifican el otorgamiento de un indulto como: "una expresión de

[42] Véase, por ejemplo, Slye, Rodald C., "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", nota *supra* 32, así como, Ntoubandi, Faustin Z., *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law,* nota *supra* 19.

la gracia oficial y sabiduría del líder o gobernante; una expresión de perdón social por una transgresión; el reconocimiento de la rehabilitación, y como una contribución hacia la estabilidad social"[43]. De estas cuatro justificaciones, la tercera puede ser la que más claramente distingue el indulto de la amnistía[44]. En cualquiera de los casos, es importante afirmar que, al igual que las amnistías, los indultos son un instrumento importante del sistema jurídico de un país cuando se aplican de manera debida, atendiendo a todas las circunstancias y a la naturaleza del ilícito. La pregunta es, entonces, si los indultos son aplicables o no a los casos de crímenes internacionales.

En un ámbito aún muy poco desarrollado, por no decir desconocido, por la jurisprudencia internacional[45], la Corte Suprema de la Nación de Argentina ha establecido tres criterios fundamentales respecto de la inaplicabilidad de indultos a este tipo de delitos: (i) por la naturaleza de los crímenes, el perdón no puede recaer en las facultades discrecionales de una sola persona[46];

[43] Slye, Rodald C., "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", nota *supra* 32, pág. 236 [Traducción no oficial].

[44] *Ídem*.

[45] La jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha, hasta el momento, abordado de manera expresa la aplicación de indultos a hechos constitutivos de crímenes internacionales, con relación a las obligaciones generales y a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales. En la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú,* la Corte únicamente se refirió a "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". [Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, nota *supra* 33, párr. 41, así como Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, nota *supra* 33, párr. 152]. Si bien es cierto que se podría argumentar que un indulto otorgado antes de que se finalice el enjuiciamiento podría constituir en la práctica una forma de excluir la responsabilidad y, por ende, ubicarse en la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana, tal como se analizará más adelante, el problema mayor viene cuando el indulto se da una vez que se ha condenado a la persona acusada y, más aún, cuando ésta efectivamente haya cumplido parte de la sentencia. De la misma forma, la Comisión Interamericana ha centrado su análisis en las disposiciones de amnistía, sin haberse referido expresamente a la cuestión de los indultos. Véase, por ejemplo, los informes sobre la situación de derechos humanos en El Salvador, Argentina y Uruguay, en el informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Doc. OEA/Ser.L/V/II.82, 1992.

[46] Este argumento, de cierta forma, se relaciona con las objeciones que tratadistas clásicos expresaron contra la figura del indulto (o la institución correlativa en ese momento histórico). Según narra el profesor Slye, "Si bien los indultos no son, hoy por hoy, en general, ni cercanamente tan controvertidos como las amnistías, […], este no fue siempre el caso. Kant, Bentham, y Hegel, entre otros, fueron críticos sobre el uso de los perdones por parte de los monarcas y líderes de su tiempo [nota en el original omitida]. De hecho, la legitimidad de los indultos se tornó aún más problemática cuando las naciones pasaron de ser monarquías a democracias. La lógica de un indulto del rey estaba unida a la ficción de que el acto criminal era una ofensa contra la persona del rey; así, era la prerrogativa del rey decidir si se perdonaba una ofensa de la que él era la víctima. En una democracia, un acto criminal es considerado como una ofensa contra 'la sociedad', y por ende es la sociedad la que tienen la autoridad para indultar. Montesquieu y Blackstone opinaban decisivamente que si bien se debían defender, en principio, los indultos, éstos no tenían lugar en una república ya que el indulto negaría la voluntad del pueblo, como había sido reflejada en el derecho penal. Por supuesto, las preocupaciones de Montesquieu y Blackstone son más fácilmente satisfechas en una democracia representativa en la que un poder ejecutivo electo ejercita el poder de perdón, y cuando la ley lo autoriza, un indulto es redactado por una legislatura electa", Slye, Rodald C., "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", nota *supra* 32, pág. 236 [Traducción no oficial]. No obstante las implicaciones de la democracia representativa para la discusión de los indultos, si extendemos estas posiciones filosóficas-históricas respecto de la potestad de otorgar indultos por crímenes internacionales, en dónde la persona en individual y la comunidad internacional en su conjunto son las víctimas, se refuerza el argumento esbozado por la Corte Suprema de la Nación de Argentina sobre la imposibilidad de que una persona, Jefe de Estado o de Gobierno, otorgue el "perdón" o indulto de estos crímenes. Precisamente, la situación fáctico-

(ii) en caso que el indulto sea otorgado antes de finalizar los procesos penales, se estaría ante una violación de los derechos de las víctimas e incumplimiento de las obligaciones de investigar, enjuiciar y sancionar[47], y (iii) en caso de otorgarse después de impuesta la pena, según los hechos del caso en particular, se podría estar ante una violación del principio de proporcionalidad de la sanción penal frente a la gravedad de los crímenes internacionales[48].

Estos principios de la jurisprudencia argentina podrían ser, como en muchos otros temas, una línea determinante para el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Ante los aún vivos debates académicos con respecto a los criterios para determinar la falta de "disposición [del Estado] a actuar en un asunto determinado"[49], esta corte internacional aún se tendrá que enfrentar con la dura pregunta de si el indulto presidencial podría constituir una

jurídica que rodeó la decisión de la Corte Suprema de la Nación aquí referida ejemplifica el conflicto entre los indultos, como potestad ejecutiva, y los crímenes internacionales. El General Santiago Omar Riveros, promovente del recurso y una vez beneficiario del indulto, había sido solicitado por la justicia alemana para enfrentar el proceso penal por la desaparición de una ciudadana de este Estado. En un largo camino de recursos judiciales, el Gobierno alemán constantemente buscó atacar la validez de un indulto contra este tipo de crímenes, enfatizando la vocación universal de la justicia.

47 En este supuesto, cuando un indulto es otorgado antes de la conclusión de los procesos penales, de manera que se obstaculicen o impidan, se podría aplicar la jurisprudencia nacional e internacional respecto del incumplimiento de las obligaciones del Estado, en vinculación con la violación de los derechos de las víctimas que se han analizado en secciones precedentes. Zuppi, Alberto L., "Swinging back and forth between impunity and impeachment: the struggle for justice in Latin America and the International Criminal Court", en *19 Pace Int'l L. Rev. 195*, 2007.

48 Con respecto al principio de proporcionalidad de la pena y su importancia respecto de los crímenes internacionales y el cumplimiento de las obligaciones estatales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "[p]ara que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin, el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, ***el principio de proporcionalidad de la pena***, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia [énfasis añadido]. […] En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos [nota en el original omitida]. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente". Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, No. 163, párrs. 193 y 196.

49 Artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Como lo enfatiza el profesor William Schabas, "[l]a cuestión de la falta de voluntad se presentará cuando el sistema de justicia nacional está 'en movimiento' de manera que se de la apariencia que las investigaciones y enjuiciamientos están en marcha aunque le falte la resolución para llevarlos a término, o incluso se esté satisfaciendo con juicios falsos de manera que en procedimientos subsecuentes el acusado pueda argumentar que ya ha sido enjuiciado y que el nuevo juicio está obstaculizado por la regla de cosa juzgada". Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court,* 3ra edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2007, pág. 184 [Traducción no oficial]. Si el indulto no tienen una motivación genuina y válida, la cual sería difícil de encontrar en el caso de estos crímenes, como ya se analizó, esta institución podría convertirse en uno de los más refinados intentos de fraudes a la justicia universal. El juicio se lleva a cabo en su totalidad, se impone una pena, la cual incluso se empieza a purgar, hasta que la persona responsable es beneficiada con un indulto que, como consecuencia inmediata, crea una situación que cae bajo el principio del *ne bis in idem* y la cosa juzgada. Ambos temas han sido también materia de la jurisprudencia latinoamericana y serán abordados en este mismo capítulo.

"decisión nacional […] adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte"[50]. Sin duda, frente a estas complejas cuestiones, las interpretaciones de cortes nacionales, desarrolladas en armonía con los estándares internacionales y los principios que alumbran los sistemas jurídicos domésticos, serán invaluables para el trabajo de la Corte Penal Internacional.

A. Aspectos generales

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerando 30:

> El indulto, por sus orígenes, la razón que lo informa y los antecedentes históricos y de doctrina, importa la indulgencia, la clemencia, la gracia, el perdón social, ejercido por el órgano del jefe del Estado, a favor de aquellas personas a cuyo respecto las leyes penales, en su aplicación a casos concretos, resultan de una severidad imprevista y desproporcionada. Es un supremo recurso destinado a remediar los errores inevitables de los jueces y a mitigar las sanciones. En muchos casos, el Poder Judicial ponía en conocimiento al Poder Ejecutivo de aquellas causas donde se había generado una situación que ameritaba ponderar el ejercicio del indulto [nota en el original omitida].
>
> De los libros de Fallos de este Tribunal, surge un histórico debate jurisprudencial —que también se había dado en la doctrina— referente a si la facultad de indultar sólo puede ser utilizada respecto de personas previamente condenadas o si se extendía también a los procesados sin condena [nota en el original omitida].

[50] El tema de los indultos no ha pasado desapercibido en el marco de los recuentos académicos sobre la Conferencia de Roma en la que se concluyó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y las implicaciones que esto podría tener para la práctica judicial de dicha corte. Según el profesor John T. Holmes, "[h]ay una laguna en el Estatuto, la cual podría permitir abusos por parte de los Estados. Si se llevan a cabo procesos aparentemente genuinos y una persona es condenada por una conducta cubierta por el Estatuto de Roma, parecería que no hay forma en que la Corte pueda asumir jurisdicción si la persona es posteriormente indultada, puesta en libertad condicional, o de otra forma liberada después de un periodo breve en la cárcel o sin que haya ido siquiera a la cárcel. Una propuesta para remediar este vacío se presentó en el Comité Preparatorio y fue considerada en la Conferencia de Roma, pero al final no fue incluida ante la oposición de muchos Estados que expresaron reservas ante la posibilidad de que la Corte interfiriera con un proceso de decisión administrativo o ejecutivo [nota en el original omitida]. La inclusión de esta provisión hubiera sido claramente deseable para evitar una situación en la que una persona requerida por la Corte sea condenada e inmediatamente después indultada a nivel nacional, de manera que aparentemente se excluya la admisibilidad del caso. En algunas ocasiones, posiblemente en la mayoría, el Fiscal tal vez aún presente a la Corte el argumento que el indulto o libertad condicional son pruebas contundentes de la falta de voluntad desde el inicio [de los procesos]. La responsabilidad a cargo del Fiscal será mayor, porque los procesos nacionales habrán tenido lugar y el principio de *ne bis in idem* será relevante. Sin embargo, la posibilidad existe, y es posible que la Corte considere favorablemente la solicitud del Fiscal, especialmente si las acciones adoptadas por el Estado son significativamente diferentes de la práctica nacional común por conductas similares". Holmes, John T., "Complementarity: National Courts vs. the ICC", en Antonio Cassese, *et. al.,* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Volumen 1, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2002, págs. 678-679 [Traducción no oficial].

B. Los indultos no pueden ser aplicados a crímenes de derecho internacional

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerandos 29, 31 y 32:

> [C]orresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad.
>
> *[L]os delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo* [Énfasis añadido].
>
> Por ello tratándose el *sub lite* de la investigación de esa clase de delitos, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues *para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes*.
>
> [A]l momento de la promulgación del decreto 1002/89 existía un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, entre otros, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
>
> De este modo, la decisión de cerrar los procesos criminales cercenó las obligaciones internacionales destinadas a comprobar los delitos denunciados, de identificar a sus autores, cómplices y encubridores, y de imposición de las sanciones correspondientes, así como el derecho de las víctimas a un recurso eficaz para lograr tal cometido.

4. PRESCRIPCIÓN E IMPRESCRIPTIBILIDAD

La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es un principio general que fue enunciado por primera vez en los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en la Sentencia del Tribunal*[51], y fue reafirmado en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad[52]. No es el objeto de este

[51] *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en la Sentencia del Tribunal,* Asamblea General de las Naciones Unidas, Quincuagésima quinta reunión plenaria, RES/AG/95(I), 11 de diciembre de 1946.

[52] Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada el 26 de noviembre de 1968, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

estudio hacer un recuento detallado de la historia de este principio. Sin embargo, es importante hacer notar que el mismo ha sido claramente afirmado y reconocido por éstos y otros instrumentos[53], así como por la costumbre internacional[54]. Esto significa que cada Estado, según su sistema jurídico, deberá asegurar que no se apliquen normas de prescripción a los crímenes núcleo de derecho internacional, ya que de hacerlo estaría infringiendo sus obligaciones derivadas de esta norma y, en general, del deber de investigar, enjuiciar y sancionar dichos crímenes[55].

---

[53] Véase, por ejemplo, la Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, adoptada el 25 de enero de 1974, que entró en vigor el 23 de junio de 2003.

[54] Adicionalmente a la jurisprudencia latinoamericana incluida en esta sección, véase, por ejemplo, en el estudio sobre derecho humanitario consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja, la norma 160: "Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra". De conformidad con este estudio "[l]a práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en relación con los crímenes de guerra cometidos tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. […] El hecho de que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no prescriben se prevé en la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad […]. En las deliberaciones previas a la aprobación de [esta] Convención […], algunos Estados consideraron que la prohibición de la prescripción de los crímenes de guerra era una norma novedosa [nota en el original omitida], mientras que otros Estados consideraron que ya existía [nota en el original omitida]. La principal objeción de los Estados que la consideraban una norma nueva era que la Convención se aplicaría retroactivamente, por lo que violaría el principio de no retroactividad del derecho penal y que la prohibición de la prescripción era un principio general en su derecho interno en aquella época [nota en el original omitida]. Sin embargo, muchos Estados sostuvieron que los crímenes de guerra tenían un carácter excepcional y, por lo tanto, no debían estar sujetos al régimen ordinario del derecho penal o de prescripción, o que ya habían aplicado el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra [nota en el original omitida]. […] El principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra se establece en muchos manuales militares y en la legislación de numerosos países, incluidos los que no son Parte en el […] Convenio de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad [nota en el original omitida]". Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, *Volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, [s.l.p.], [s.f.p.], págs. 694-696. Véase también, Principio 23 del Conjunto de Principios contra la Impunidad, nota *supra* 1: "La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles"; Principio IV de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones: "Prescripción. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional. Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas". *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Asamblea General, Naciones Unidas, 64ª sesión plenaria, A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006, párrs. 6 y 7 [en adelante "Principios Básicos sobre Derechos de las Víctimas"].

[55] Bassiouni, M. Cherif, "Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: International Crimes: *jus cogens* and obligation *erga omnes*", en *59 Law & Contemp. Prob. 63*, 1996. En la sección correspondiente a las leyes de amnistía se ha realizado un análisis más detallado sobre las obligaciones de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes de derecho internacional, en relación con los derechos de las víctimas. Estos temas también se han abordado en el Capítulo V, en lo correspondiente al ejercicio de la jurisdicción nacional y las obligaciones estatales.

No obstante la claridad de estos principios, la prescripción de conductas que pueden calificarse como crímenes internacionales ha sido uno de los aspectos más debatidos en las jurisdicciones latinoamericanas, y muchas veces ha resultado en decisiones contrarias al derecho internacional que perpetúan la impunidad de dichas conductas. Esta tendencia, sin embargo, ha sido poco a poco revertida a través de nuevas líneas de interpretación desarrolladas en los últimos años por las cortes y tribunales de la región. En las siguientes secciones se presentan extractos de algunas de las decisiones más relevantes en esta materia. Para la mejor comprensión de las mismas es pertinente hacer algunos breves comentarios previos.

Tal como lo ha apuntado la profesora Ruth A. Kok en su estudio comparado sobre el tema, en los países de la tradición neo-románica, y entre ellos los países latinoamericanos, la regla general es la prescripción de los delitos[56]. Consecuentemente, sólo podrán ser imprescriptibles aquéllos respecto de los cuales exista una norma aplicable dentro del sistema jurídico que así lo determine[57]. Sin embargo, como consecuencia de pobres, o incluso inexistentes, procesos de implementación, en la mayoría de los países latinoamericanos aún no se han adoptado reglas de derecho interno que explícitamente consagren la imprescriptibilidad de estos crímenes. Esto, unido a la falta de ratificación de algunos tratados internacionales, y el apego a una interpretación tradicional positivista del derecho interno, llevó a muchas cortes latinoamericanas a declarar, por décadas, la prescripción de conductas aberrantes que, de conformidad con el derecho internacional, son imprescriptibles.

Estas tendencias, como se mencionó, han ido transformándose en los últimos años a través de distintas fórmulas que las cortes latinoamericanas han intentado. Para el caso específico de los delitos permanentes, particularmente para la desaparición forzada de personas, enfáticamente se ha afirmado que la prescripción no puede comenzar a correr hasta que se determine el paradero de la víctima[58]. Por otro lado, se ha afirmado que los plazos de prescripción no podrán comenzar a computarse "en tanto que las posibilidades del recurso judicial sean inoperantes"[59]. En cualquiera

[56] Kok, Ruth A., *Statutory Limitation in International Criminal Law,* TMC Asser Press, Países Bajos, 2007.

[57] *Ibídem.*

[58] Véase, *"Prescripción y delitos permanentes"*, en este mismo capítulo, en particular, los casos mexicanos.

[59] Roht-Arriaza, Naomi, "Special Problems of a Duty to Prosecute: Derogation, Amnesties, Statutes of Limitation, and Superior Orders", en Namoi Roht-Arriaza (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice,* nota *supra* 3, pág. 64 [Traducción no oficial]. Asimismo, véase, Principio 23 del Conjunto de Principios contra la Impunidad, nota *supra* 1: "La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción". Un recurso judicial puede considerarse como inoperante, para términos de la suspensión del cómputo de la prescripción si, por ejemplo, el poder judicial no tiene la independencia o imparcialidad requeridas; existe una situación de temor generalizada entre abogados y jueces; no se permite acceder a las pruebas, entre otros. Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, No. 7; Corte IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8. Véase también, el artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que si bien se refiere a las reglas de admisibilidad de un caso, puede servir como guía para determinar el tipo de situaciones en que los recursos judiciales de un Estado no estarán en posibilidad de dar respuesta a un caso concreto. En la práctica también se ha utilizado este argumento cuando en casos particulares la persona acusada gozaba de inmunidades que, de conformidad con el derecho doméstico, hubieran impedido su persecución en tanto ocupaba un cargo específico. Con respecto al tema del desarrollo del derecho internacional con respecto a las inmunidades formales y personales, y la persecución de crímenes

caso, si bien estas fórmulas permiten la persecución penal de al menos algunos delitos, no pueden considerarse como idóneas ya que, en términos prácticos, conducen a la reafirmación del principio de prescripción de estos crímenes, en contravención de las normas internacionales.

En una tercera avenida de evolución de la jurisprudencia en materia de prescripción, algunos Estados latinoamericanos han determinado, con base en sus propias normas constitucionales respecto de la recepción del derecho internacional, la existencia del principio de imprescriptibilidad como una norma de derecho consuetudinario precedente a la comisión de los crímenes[60], enfrentando así el argumento de la aplicación retroactiva de la ley[61]. De esta forma, en un proceso de subsunción, se aplica directamente al caso concreto la norma internacional[62]. Esta fórmula, con los beneficios que puede tener, depende directamente de un sistema de integración que privilegie las normas internacionales de derechos humanos y derecho penal internacional, al menos de aquéllas consideradas como de *ius cogens*, frente a normas domésticas; por ello, no ha sido aplicada por todas las jurisdicciones latinoamericanas. En contraste, las interpretaciones más conservadoras han seguido sosteniendo la inaplicabilidad del principio de imprescriptibilidad de crímenes cometidos antes de la incorporación formal de las normas internacionales al sistema nacional, sea mediante la ratificación del tratado o la implementación en códigos penales, con base específicamente en el principio de irretroactividad de la ley penal. De cualquier forma, es de resaltar que aún en estas jurisdicciones, entre ellas la mexicana, se ha reconocido que esto significa privilegiar las normas internas frente a normas internacionales, lo cual derivará en responsabilidad internacional del Estado.

En las siguientes secciones se incluyen fragmentos de la jurisprudencia latinoamericana que representan todas las fórmulas antes descritas. Iniciando con un reconocimiento del principio de prescripción en los sistemas jurídicos latinoamericanos, la selección de jurisprudencia se centra después en la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y en la responsabilidad que puede surgir por la aplicación de normas nacionales de prescripción.

---

internacionales, véase, *"Inmunidades"*, sección III.5 de este mismo digesto.

60 Es imposible en este estudio hacer un análisis detallado, o si quiera una mención completa, de todas las normas e interpretaciones que con respecto a la integración del derecho internacional se han desarrollado en América Latina. Sin embargo, como un marco general de referencia se recomienda, para el tema específico de la prescripción, Kok, Ruth A., *Statutory Limitation in International Criminal Law,* nota *supra* 56. De manera general, sobre los procesos latinoamericanos y la recepción del derecho internacional en algunos Estados, véase, por ejemplo, Ambos, Kai *et. al.* (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, Georg-August-Universität-Göttingen-Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008.

61 De manera adicional a la jurisprudencia presentada en esta sección, con respecto al derecho internacional como norma previa y el principio de legalidad, véase, *"El derecho internacional constituye ley previa"* y *"El derecho consuetudinario constituye ley previa"*, secciones IV.2.C.i y IV.2.C.i.a, respectivamente, de este mismo digesto.

62 Para un estudio detallado de este proceso en la jurisprudencia argentina, pionera en esta teoría, véase, Parenti, Pablo, "Argentina", en Kai Ambos, *et. al.* (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, nota *supra* 60, págs. 21 a 66. En general, sobre la subsunción en normas de derecho internacional, véase, *"Subsunción de conductas en normas internacionales"*, *"Consecuencias jurídicas de la subsunción en normas internacionales" y "Subsunción en normas internacionales y derechos del acusado"*, secciones IV.3.A, IV.3.B, IV.3.C, respectivamente, de este mismo digesto.

A. Aspectos generales

México, *Recurso de apelación (Caso Jesús Piedra Ibarra) (Luis de la Barreda Moreno y otros) (Relación de sentencias 10.b)*, Considerando Octavo:

> [L]as causas de extinción de la responsabilidad penal son aquellas específicas circunstancias que sobrevienen después de cometida la infracción y anulan la acción penal o la ejecución de la pena.
>
> En estos casos, cesa el derecho del Estado a imponer la pena, hacerla efectiva o continuar exigiendo su cumplimiento, para el sujeto desaparece la obligación de sufrir la pena.
>
> La prescripción en el ámbito jurídico penal supone la extinción, por el transcurso del tiempo, del derecho del Estado a imponer una pena o hacer ejecutar la pena ya impuesta.

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerandos 9, 19 y 20:

> [L]a prescripción de la acción penal constituye una cuestión de orden público y la omisión de su consideración [por parte del tribunal nacional competente] puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano.
>
> "[E]l instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal', desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva" [nota en el original omitida].
>
> [E]l instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado.
>
> [E]l fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda —de la acción o de la pena—, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencia [*sic*] conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico-anecdótico. En definitiva escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados.

Perú, *Recurso de hábeas corpus promovido por Máximo Humberto Cáceda Pedemonte (Relación de sentencias 13.d)*, Considerandos 6-9:

> La prescripción, desde un punto de vista general es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma.

Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.

Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal.

Así, la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

México, *Recurso de apelación (Caso de la masacre de Corpus Christi) (Luis Echeverría Álvarez y otros) (Relación de sentencias 10.c)*, Considerando Séptimo:

La palabra "prescripción" deriva del término latino "prescribiere" que significa adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley [nota en el original omitida].

La prescripción en materia penal consiste en que el Estado, monopolizador del *Ius puniendi*, por el simple transcurso del tiempo, pierde la facultad para: investigar la comisión de hechos considerados como delitos, perseguir a sus autores o, incluso, hacer efectivas las sanciones que se hayan impuesto al declarado responsable de un delito.

Debe distinguirse la prescripción de la acción de la prescripción de la pena: la prescripción de la acción supone una inactividad del Ministerio Público o del órgano jurisdiccional, por todo el tiempo que la ley señala como suficiente para extinguirse por su no ejercicio o actuación de esa facultad de persecución o imposición de penas, respectivamente; y, en cambio, la prescripción de la pena supone el incumplimiento de la sentencia [nota en el original omitida].

El fundamento de esta figura se ha apoyado en diversos criterios como: que en virtud del transcurso del tiempo desde la perpetración del hecho delictivo, el recuerdo de éste se borra por lo que el afán de que el responsable sea sancionado por su actuar ilícito se atenúa e incluso llega a extinguirse; que en virtud del paso del tiempo se dificultan las funciones propias del derecho procesal, ya que resulta de gran dificultad reunir las pruebas necesarias para acreditar la existencia del delito y del responsable por la comisión del mismo; o, una tercera postura, conforme la cual la prescripción tiene su fundamento en el principio de seguridad jurídica, ya que no resulta legalmente aceptable que un ser humano permanezca indefinidamente con la zozobra de que pueda ser objeto de un proceso penal a capricho de la autoridad, sino que si el Estado dentro del tiempo previsto por la ley, no ejerce su facultad de investigar el delito y perseguir al delincuente o ejecutar las sanciones impuestas a un sujeto, ello se traduce en un derecho a favor de los individuos oponible a la autoridad (prescripción).

Si la prescripción, en general, produce efectos extintivos, la prescripción en materia penal determina en concreto la extinción de la responsabilidad penal dimanante de la comisión de un delito y su correspondiente pena. La prescripción no pretende afirmar que al actualizarse haya que tener por inexistente el delito, sino que donde realmente incide la prescripción es en la responsabilidad penal del inculpado, que es la que desaparece o se pierde, y en la imposición de la pena que, de no ejercerse, también se extingue.

[L]a prescripción implica la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un periodo de tiempo determinado para dotar de seguridad al gobernado ante el poder represivo del Estado.

Sólo por medio de la prescripción, la sociedad obtendrá certeza y confianza en que la persecución y sanción de los delitos no se realizarán indefinidamente; y sólo así es como se limita la intranquilidad, sufrimiento y lesión que los mismos producen. De ahí, que no puede considerarse posible que el individuo este indefinidamente sujeto a la zozobra que implica el saber que en cualquier momento puede ser sancionado.

Si el Estado tiene la facultad legal de invadir la esfera de libertad de los individuos, es lógico que también esa facultad esté sometida a ciertas limitaciones, oriundas en la propia ley que rige la actividad estatal, para proteger al ciudadano. Esto es, las leyes que regulan la figura de la prescripción crean, además de una limitación al poder del Estado, una esfera de derechos a favor de los individuos, que tendrán siempre un derecho individual oponible al derecho general del Estado de sancionar a quien se ubique en el supuesto correspondiente. Este derecho –como se indicó- es justamente, su seguridad jurídica.

B. Prescripción y delitos permanentes

México, *Recurso de apelación (Caso Jesús Piedra Ibarra) (Luis de la Barreda Moreno y otros) (Relación de sentencias 10.b)*, Considerando Octavo:

La noción del delito permanente tiene una elevada significación porque frecuentemente la ley toma la figura para relacionarla con la solución de ciertos fines particulares, como son entre otros, los temas relativos a la prescripción de la acción persecutoria.

Lo anterior, es perfectamente comprensible si tomamos en consideración que la prescripción está relacionada en forma directa con el transcurso del tiempo y los delitos permanentes, tal como se ha anotado antes, encuentran su característica esencial en una prolongación, por más o menos tiempo, de la conducta perseguible, de donde resulta la imperiosa necesidad de tener un concepto preciso de los delitos permanentes o continuos, para poder así conocer el momento del inicio del curso de la prescripción.

Para el particular tema de la prescripción de la acción persecutoria de los delitos permanentes adquiere, especial importancia la prolongación en el tiempo del momento consumativo; atendiendo a que el artículo 102 del Código Penal Federal dice que el término inicia su curso a partir de la cesación de la conducta típica continua o permanente, resulta claro que el principio de la actividad antijurídica es irrelevante para efec-

tos prescriptivos, ya que lo que constituye la base del inicio del curso de la prescripción, lo es la cesación de la compresión antijurídica del bien jurídico afectado.

En conclusión, en el delito de privación ilegal de la libertad la prescripción del derecho de acción del Estado no puede iniciarse el día en que el agente del delito coarta la libertad del sujeto pasivo, sino que comenzará el día en que el delincuente le devuelva la libertad por tratarse de un delito permanente.

Chile, *Caso Miguel Ángel Sandoval (Juan Miguel Contreras Sepúlveda y otros) (Relación de sentencias 3.a)*, Considerandos 37 y 38.

[E]ntre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo.

[E]n el caso en estudio, en el evento que los sentenciados expresaren en que lugar se encuentra la víctima, recién ahí comenzaría a contarse la prescripción a su favor, y si esta estuviere muerta, habría que determinar la data del fallecimiento para, en primer término, ver si se encontraba comprendida en el periodo amparado por la amnistía, y en caso de no estarlo, comenzar el cómputo de la prescripción. Pero en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrieron los secuestradores, toda vez que el injusto se ha mantenido.

i. El caso mexicano

México, *Recurso de apelación (Caso Jesús Piedra Ibarra) (Luis de la Barreda Moreno y otros) (Relación de sentencias 10.b)*, Considerando Octavo:

[E]n el caso concreto, tomando en cuenta que la consumación del delito de privación ilegal de la libertad se prolongó en el tiempo, pues no existe constancia en la que se establezca que haya cesado la consumación del referido delito en agravio de JESÚS PIEDRA IBARRA y que esta acción comitiva se haya interrumpido al dejarlo en libertad, o ponerlo a disposición de autoridades competentes, sino que únicamente existe constancia en el sentido, de que, JESÚS PIEDRA IBARRA, fue detenido el día dieciocho de abril de mil novecientos setenta y cinco por Agentes de la extinta Dirección Federal de Seguridad y Agentes "comisionados" de la Policía Judicial del Estado de Nuevo León, asimismo que el día diecinueve de ese mismo mes y año fue 'cateada' la casa de seguridad que habitaba JESÚS PIEDRA IBARRA y que además el día veinte de abril de ese mismo año JESÚS PIEDRA IBARRA fue interrogado por el propio Director Federal de Seguridad en esa época CAP. LUIS DE LA BARREDA MORENO, esto derivado del contenido de los informes suscritos y firmados por él mismo, y a los que se hizo referencia en la indagatoria que originó el proceso penal número 62/2003, es claro que el plazo para el cómputo de la prescripción no ha iniciado.

C. Los crímenes de derecho internacional son imprescriptibles

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerando 21:

> [L]a excepción a [la] regla [de la prescripción de la acción penal o la sanción], está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma.
>
> En este sentido se ha dicho que "Tanto los 'crímenes contra la humanidad' como los tradicionalmente denominados 'crímenes de guerra'" son delitos contra el "'derecho de gentes' que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar".
>
> [E]l fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheiminis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo.
>
> Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza.

En aplicación de este criterio, véase, entre otros, Argentina, *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) (Relación de sentencias 1.e)*, Considerandos.

Chile, *Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros) (Relación de sentencias 3.d)*, Considerandos 2 y 3:

> [U]na de las consecuencias de este estado de guerra interna, es hacer aplicable la normativa del Derecho Internacional Humanitario, contenido fundamentalmente en los Convenios de Ginebra, de 1.949, ratificados por Chile mediante decreto supremo Nº 732 (Relaciones Exteriores) y publicados en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1.951 y, por tanto, incorporados desde entonces a nuestro derecho interno.
>
> El artículo 3º, común a todos los convenios, prohíbe —en el evento de "conflicto armado sin carácter internacional", que es el que vivía Chile a la época de comisión de los delitos investigados en esta causa— "en todo tiempo y lugar", los atentados contra la vida y la integridad corporal "especialmente el homicidio en todas sus formas", considerado "infracción grave" al tratado, en el artículo 147, quedando vedado a los contratantes autoexonerarse a sí mismos o a otras de las partes contratantes, a causa de tales infracciones.
>
> [L]a jurisprudencia de los tribunales con jurisdicción supranacional y en particular,

> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asimila a tales medidas de autoexoneración el instituto de la prescripción, en cuanto por su intermedio pueda producirse la impunidad de crímenes como los descritos en el contexto relacionado en la reflexión precedente.

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 8:

> [L]a imprescriptibilidad no se predica para todos los crímenes internacionales, pues no es un elemento inherente a toda infracción penal internacional sino sólo respecto de ciertos crímenes internacionales como los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el apartheid.
>
> Así, tradicionalmente se ha considerado que la tortura y la desaparición forzada, aun cuando son crímenes internacionales, no son imprescriptibles "per se" salvo cuando son cometidos dentro de una práctica a gran escala o sistemática, pues en ese evento, se convierten jurídicamente en otra entidad, a saber un crimen de lesa humanidad. Asimismo, son imprescriptibles cuando son cometidos en un conflicto armado, toda vez que se subsumen en la figura del crimen de guerra. Sin embargo, es importante señalar que existe una tendencia emergente en la jurisprudencia y en los estándares internacionales a extender la prohibición de la aplicación de la prescripción a las graves violaciones de derechos humanos u otorgarles un carácter imprescriptible[63].

Para una discusión completa sobre el estado actual de desarrollo del derecho internacional con respecto al principio de imprescriptibilidad de violaciones graves de los derechos humanos, en particular con respecto a la tortura, véase el resto del considerando 8 en esta misma sentencia.

En extensión de este argumento, véase, Costa Rica, *Consulta sobre el proyecto de ley de "Aprobación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (Relación de sentencias 5.b)*, Considerando II.B:

> [D]ebe tomarse en cuenta [que se está frente a] un delito considerado de "lesa humanidad", es decir, que no solamente afecta intereses individuales, sino los intereses de la humanidad entera, como especie. Se trata de delitos de la más perversa planificación y ejecución, en donde generalmente el aparato del Estado, o algún sector de éste, poderoso, directa o indirectamente se involucra en la desaparición de personas, con todas las posibilidades de la impunidad. Y, por eso mismo, la persecución de este tipo de delitos trasciende al interés de un Estado o país en particular, de manera que todas

[63] Nota añadida al original: Es de interés resaltar que, de manera adicional a las consideraciones que el tribunal realiza con respecto a las normas internacionales sobre la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y guerra, y después de concluir que los hechos sobre los que versa el procedimiento son imprescriptibles con base en las mismas, se entra a hacer una consideración sobre la prescripción de dichos hechos delictivos, de conformidad con la legislación nacional. El tribunal inicia dicha sección señalando que [d]ebe tenerse presente que aún aplicando exclusivamente la normativa prevista en el Código Penal patrio, la conclusión debe ser exactamente la misma, esto es, que no ha operado la prescripción de los delitos imputados a los encausados […]."

> esas circunstancias ameritan que reciba ese tratamiento especial (Artículo VII). Es la calidad de los autores, la utilización de los medios, y la gravedad del delito en sí mismo que, como lo demuestran experiencias recientes del entorno Latinoamericano, van más allá del daño a las personas, que lo causan de forma inimaginable, hasta convertirse en tragedia para la sociedad entera de los países. Otro tanto cabe decir de la imprescriptibilidad de la pena, pues de qué valdría una sentencia condenatoria, si los sentenciados cuentan con una red de protección que les permitiría evadir su cumplimiento? [*sic*]. De allí que la mayoría de la Sala […] estime que la nota de imprescriptibilidad no es irrazonable como respuesta del ordenamiento a esta clase de delito".

De manera complementaria a estas decisiones, véase además, El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III:

> Como consecuencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contra los Crímenes que afectan a la Humanidad, se establecen tres conceptos jurídicos que cambian tres principios clásicos del Derecho Penal, estos son: a. *Los crímenes contra la Humanidad son imprescriptibles*, como señala el Convenio de Naciones Unidas de 1968, el concepto de prescripción unido a la seguridad jurídica cede ante la gravedad y trascendencia de los crímenes contra la Humanidad. Son delitos imprescriptibles, por lo tanto, los tribunales no podrán tener en cuenta el trascurso del tiempo como excusa para no conocer y decidir al respecto […].

En contraste, véase, México, *Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo (Relación de sentencias 10.a),* Considerando Décimo Tercero[64]:

> [D]ebido a la naturaleza de los hechos atribuidos al quejoso, el ámbito temporal de su validez, formas de comisión y pluralidad de sujetos activos y pasivos involucrados en los eventos criminales, tales hechos tienen la naturaleza de continuos, porque fueron perpetrados a través de diversas conductas realizadas en distintos momentos, dirigidos en contra de un grupo de ciudadanos y sus familiares que eran considerados opositores al régimen militar imperante durante la época de la dictadura argentina, por lo que en estas condiciones […] resulta irrelevante determinar con exactitud cuando tuvo lugar cada una de las conductas configurativas de los delitos de genocidio y terrorismo que se le atribuyen […]. […] [A] fin de determinar la operancia o no de la prescripción de la acción, es suficiente precisar que los hechos ilícitos que se le atribuyen ocurrieron durante la dictadura argentina que tuvo lugar del veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y seis al diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

[64] Aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México declaró que los delitos de genocidio y terrorismo no habían prescrito, el fallo no se fundamentó en el principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales (genocidio), sino en la legislación interna, de conformidad con la cual no había transcurrido el término de prescripción. Al aplicar este mismo razonamiento al delito de tortura, la Corte concluyó que éste había prescrito, a pesar de que durante el procedimiento de extradición se argumentó que la conducta había sido cometida en forma sistemática y generalizada.Véase, *"Imprescriptibilidad como norma de derecho internacional convencional y consuetudinario"*, en este mismo capítulo.

[Así], el término de la prescripción según la narración de hechos […] empezó a correr el diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, en que concluyó la dictadura argentina y se realizó la última conducta delictiva, interrumpiéndose en marzo de mil novecientos noventa y seis, en que fue presentada ante los tribunales del Estado requirente la denuncia de hechos para la investigación de los delitos atribuidos al inculpado, lapso en el cual solamente transcurrieron doce años con tres meses, mientras que de la fecha indicada en primer lugar al siete de julio de mil novecientos noventa y ocho, en que le apareció imputación directa al quejoso como probable responsable de los hechos denunciados, sólo transcurrieron dieciséis años con ocho meses, y no así los veinte requeridos para que operara la prescripción conforme a la legislación española vigente en la época de los hechos, lapso que incluso sigue vigente en la legislación actual en lo que corresponde al delito de terrorismo, ya que por lo que respecta al de genocidio, actualmente es imprescriptible, por lo que aun aplicándose ésta, tampoco ha operado la prescripción de las acciones de tales injustos.

[E]s claro que no ha operado la prescripción de los delitos de genocidio y terrorismo conforme a la legislación mexicana, puesto que no han transcurrido los treinta y veintiún años requeridos para ello, respectivamente.

D. La imprescriptibilidad como norma de derecho internacional convencional y consuetudinario

Bolivia, *Caso dirigentes del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y otros) (Relación de sentencias 2.a)*, Sección VI, Considerando:

[L]a conclusión de los juicios de responsabilidad es una necesidad para el fortalecimiento institucional de la República, reclamada por la opinión general como medio de control de los Poderes que nacen al margen de la Constitución y las leyes.

Bolivia, como Estado miembro de la Organización de Naciones Unidas (ONU), se adhirió el 6 de octubre de 1983 a la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", documento que declara la imprescriptibilidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido dichos crímenes, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según las definiciones contenidas en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, confirmadas por resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, poniendo énfasis en el delito de Genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y sanción de este delito, aún si estos actos no constituyeran una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Paraguay, *Acción de inconstitucionalidad promovida por Modesto Napoleón Ortigoza (Relación de sentencias 12.a),* Considerando 2:

De acuerdo al artículo 1º de la Convención de las Naciones Unidas [sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad] (Resolución No. 2391) sancionada el 26 de Noviembre de 1968, los crímenes de lesa humanidad son imprescripti-

bles. Esta Convención define entre estos crímenes las 'infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, cuyo[s] artículo[s] 50, [51, 130, y 147, respectivamente] establece[n]: "Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes […]: el homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos […]".

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerandos 26-29, 31-33:

[E]l Preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue la "grave preocupación en la opinión pública mundial" suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, "pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes". A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual los Estados Partes "se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida". Tales formulaciones, si bien no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la convención, indican la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad.

[L]a convención citada, constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes.

[E]sta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

[E]n rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial "es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal" […]. Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno.

[A]l momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la for-

> mación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad […].
>
> [D]e acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional.
>
> [E]n consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual *no se da una aplicación retroactiva de la convención*, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino.

En aplicación de este criterio, véase, entre otros, Argentina, *Caso Poblete-Hlaczik (Julio Héctor Simón) (Relación de sentencias 1.e)*.

Chile, *Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros) (Relación de sentencias 3.d)*, Considerandos 4, 5 y 8:

> [E]l Derecho Internacional ha elevado al carácter de principio la imprescriptibilidad de ciertas categorías de crímenes nefandos, entre los cuales las "infracciones graves", enumeradas en el artículo I de los Convenios de Ginebra, declaración expresamente formulada en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1.968 y en vigor desde 1.970, pero no ratificada por Chile.
>
> [E]l referido instrumento internacional, si bien no incorporado formalmente en nuestro derecho interno, da cuenta de un *principio universalmente aceptado, que la aludida Convención se limita a declarar comportándose como simple expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia*, *lo que confiere a la regla sobre imprescriptibilidad así consagrada, eficacia internacional, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que la contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado* [Énfasis añadido].
>
> [Teniendo en cuenta que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad eran punibles como normas de costumbre internacional, así como su naturaleza como normas imperativas en derecho internacional] conducirá al rechazo de la excepción de prescripción de la pena, hecha valer por la defensa de los procesados Flores y Rodríguez, con arreglo a los artículos 93 Nº 6 y 94 del Código Penal, por pugnar su contenido con las normas y principios de derecho internacional, desarrollados en este fallo, que deben ser aplicados con preferencia.

Panamá, *Recurso de apelación (Caso Cruz Mojica Flores) (Relación de sentencias 11.c)*, Consideraciones:

> El concepto de la imprescriptibilidad de la acción penal surge a raíz de las diferentes violaciones masivas contra los derechos humanos alrededor del mundo. En este orden

de ideas, resulta entonces insostenible la prescripción de la acción penal ante la ausencia o negativa de investigación por los propios perpetradores de los ilícitos, dentro de un ambiente de inseguridad jurídica.

Argentina hace eco de estos conceptos internacionales desde mayo de 2001 declarando que no existe ningún límite temporal para juzgar los crímenes de lesa humanidad, (Sala II de la Cámara Federal de la Capital). Este planteamiento fue repetido en el fallo de la causa 35.543 Riveros, Santiago s/prescripción:

> "Sobre este agravio, tal como ha sostenido esta Cámara en la causa 30.514 del 9/9/99, reg.742, la evolución del derecho ha experimentado una modificación sustancial a partir de la incorporación del derechos internacional en las consideraciones del derecho interno de cada nación y, de acuerdo con el mismo, los crímenes contra la humanidad tienen indudablemente el carácter de imprescriptibles".
>
> "A su vez, es innegable que la propia noción de crímenes contra la humanidad está indisolublemente asociada a la necesidad de persecución más allá de cualquier barrera temporal, y que se ha generado lo que podría llamarse una 'costumbre internacional' al respecto, a la que convergen las múltiples manifestaciones a través de las cuales el derecho internacional se exterioriza y desarrolla en el sentido considerado".

Como corolario de este estudio es importante precisar que conforme a la vigencia de la legislación nacional que contiene normas referentes a los crímenes contra la humanidad acogidas como parte de nuestro sistema jurídico mediante el artículo 4 de la Constitución Política, resulta obligatorio declarar imprescriptible la acción penal para este tipo de delitos.

Este criterio sostenido por la Suprema Corte de Panamá sustituye al avanzado por la propia corte, en Panamá, *Recurso de apelación (Caso Gerardo Olivares) (Relación de sentencias 11.b)*, Consideraciones:

> Frente [al desarrollo del derecho penal], se reconoce la vigencia de la corriente tuitiva de los derechos humanos, desarrollada con motivo de las conflagraciones mundiales del pasado siglo y de las guerras étnicas más recientes, en África y el este de Europa, así como de los sangrientos periodos de gobiernos de facto en Latinoamérica, principalmente, y a partir de entonces se han adoptado una serie de instrumentos internacionales, de alcance regional y mundial, entre los que se destaca la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada por Panamá a través de la Ley 32 de 1995, y que el recurrente cita en su recurso, para fundamentar la imprescriptibilidad del delito investigado.
>
> No obstante, lo que se discute en el presente caso, es sí dicha convención es aplicable temporal y objetivamente a los hechos por los cuales pierde la vida el señor Gerardo Olivares V, ocurridos el 17 de julio de 1977. […] [F]undamentalmente, no se puede ignorar que dicha normativa rige a partir de su promulgación; pues no existe norma legal ni constitucional que autorice su aplicación retroactiva para hechos acontecidos antes de su entrada en vigor. Es más, el artículo 7 de la Convención citada, pese a estipular en primer lugar el carácter imprescriptible de la acción penal en los delitos de desaparición

forzada, reconoce que en los países donde ello no sea posible en razón de la supremacía constitucional, el término de prescripción será el establecido para el delito más grave. Si bien este no es el caso de Panamá, pues la prescripción no está regulada a nivel constitucional, sino legal; el reconocimiento del rango supremo de la constitución, lleva a la inexorable conclusión de que la Convención tampoco puede ser aplicada contra otra norma fundamental que sí está inserta en nuestra carta magna, cual es la contentiva del principio de la inaplicación retroactiva de la ley en materia penal, salvo que sea más beneficiosa (artículo 46).

En resumen, el hecho que los delitos de lesa humanidad estén reconocidos desde la mitad del siglo XX, no lleva necesariamente a determinar que a éstos se les haya otorgado en el derecho panameño la condición de imprescriptibles, pues ésto sólo sucedió, para el caso de las desapariciones forzadas, luego de la ratificación de la Convención [Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas], y con efectos hacia futuro.

Uruguay, *Caso "Plan Cóndor" en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a)*, Considerando 8:

El Derecho Internacional consuetudinario establece que cierto tipo de crímenes internacionales son imprescriptibles: los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el apartheid. Este principio de imprescriptibilidad de ciertos crímenes bajo el derecho internacional ha sido reiterado en numerosas ocasiones por tribunales nacionales. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha considerado que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio constituye una norma del derecho internacional consuetudinario.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es considerada como una fuente de derecho consuetudinario.

En efecto, como lo señalara el Relator Especial Sr. Doudou Thiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, esta Convención es de "carácter simplemente declarativo pues las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que la "imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General , que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella".— En el pasado, algunos Estados han argumentado que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad estaría en contradicción con el principio de irretroactividad de la ley penal.— Existe un amplio consenso acerca de la vocación retroactiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, con lo cual ésta se aplica a estos crímenes aún cuando fueron cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención. No huelga recordar que la Convención se refiere a los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" y prescribe que los Estados partes deben abolir la prescripción para estos crímenes, cuando ésta exista en su legislación nacional (art. IV). En su fallo en el asunto Touvier, la Sala criminal de la Corte de Casación en Francia consideró que

> no existía, a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, un derecho a la prescripción y decidió declarar nula la sentencia del tribunal de primera instancia que, invocando la prescripción y la irretroactividad de la ley penal, había archivado el proceso. La Sala invocó, en su decisión, el alcance del principio de irretroactividad de la ley penal previsto a los art. 15 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual el principio de irretroactividad en nada se opone al juicio o a 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.- De conformidad con el derecho internacional consuetudinario, las autoridades del Estado, sea o no éste parte de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, no pueden decretar la prescripción de los crímenes de lesa humanidad y deben proceder judicialmente contra los autores y demás partícipes de estos crímenes.

Véase, adicionalmente, El Salvador, *Proceso de amparo promovido por Juan Antonio Ellacuría Beascoechea y otros (Relación de sentencias 7.c)*, Voto disidente de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés, Considerando III:

> En el contexto doctrinario, Diego López Garrido en la obra colectiva *Crimen internacional y jurisdicción universal*, al referirse al pronunciamiento del Tribunal de Casación francés de 1985, en el caso de Klaus Barbie, señala que dicho tribunal da una definición de Crimen contra la Humanidad en el que incluye el elemento de la imprescriptibilidad, al expresar: "Constituyen crímenes imprescriptibles contra la humanidad (...), los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre del Estado que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas por razones de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también *contra los adversos de esa política, cualquiera que sea la forma de su oposición* (...)".
>
> En ese orden, el referido autor afirma: "son crímenes imprescriptibles porque son incompatibles con el olvido. La prescripción no es un acto de voluntad como la amnistía o la gracia. No expresa el perdón de los hombres, sino el olvido del tiempo, que garantiza impunidad de los crímenes después de un determinado plazo transcurrido desde los hechos (que impiden la persecución penal) (...), o desde la condena (prescripción de la pena que no será ejecutada). La impunidad, cuando bloquea cualquier procedimiento, impide la formación de la memoria, la cual no tiene como función esencial regodearse en el pasado, sino alimentar el presente y preparar el futuro".
>
> En esa perspectiva, el 10 de julio de 1997, el Tribunal Militar de Roma, al reconocer a Erick Priebke y Karol Hass como responsables de los asesinatos de la llamada "Foie Arrebatiña", producidos durante la Segunda Guerra Mundial por oficiales nazis, entre ellos los imputados, señala: "la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad es un principio general del ordenamiento internacional". Con ello, el mencionado tribunal señala que la imprescriptibilidad no proviene del Convenio de 1968 aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativo a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad —del cual El Salvador no forma parte a la fecha—, porque dicho convenio no es sino una "consagración formal

> del principio universal de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión". Es decir, la Convención no ha hecho otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el Derecho Internacional consuetudinario.

En contraste con los argumentos respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y guerra frente al principio de retroactividad de la ley penal, tal como han sido desarrollados por las cortes supremas antes referidas, véase, México, *Recurso de apelación (Caso de la masacre de Corpus Christi) (Luis Echeverría Álvarez y otros) (Relación de sentencias 10.c)*, Considerando Séptimo:

> [C]abe mencionar que [la] concepción [tradicional] de la prescripción se ha visto adicionada con la nueva filosofía que se adopta en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual se justifica por razones excepcionales y es aplicable en México a partir de la entrada en vigor de la mencionada Convención, [de conformidad con el artículo 14 constitucional y el principio de irretroactividad de los tratados internacionales, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados].

En oposición a este argumento de la mayoría de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, véase, México, *Recurso de apelación (Caso de la masacre de Corpus Christi) (Luis Echeverría Álvarez y otros) (Relación de sentencias 10.c)*, Voto Particular del Ministro Juan N. Silva Meza:

> Por lo que hace a la prescripción, la propia Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en su preámbulo, alude a ella, al establecer que: "… la prescripción… impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes", lo que interpretado a contrario sensu, permite establecer que la imprescriptibilidad es la figura jurídica que no impide que se enjuicie y castigue a las personas responsables de los delitos a que se refiere dicho instrumento internacional.
>
> [Es de] advertir que los Estados Parte, en ninguna declaración solemne, instrumento o convención para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, entre ellos el genocidio, ha previsto limitación en el tiempo; asimismo, se aprecia que la aplicación a esta clase de crímenes de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; por ello, reconocieron necesario y oportuno afirmar, por medio de la Convención de referencia, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.
>
> Para cumplir con el objeto y fin de dicho instrumento internacional, destaca lo que se establece en el artículo IV, en el sentido de que los Estados Parte, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas **o de otra índole** que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes

mencionados. [C]uando el instrumento internacional que se analiza, acepta, como medida para que la figura jurídica de la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a dichos crímenes, a la de índole diferente a la legislativa, puede comprender dentro de la misma a la labor interpretativa, tanto de normas contempladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las previstas en las leyes secundarias [Énfasis en el original].

Partiendo de la base de una interpretación progresiva (consistente en adaptar los textos constitucionales a la dinámica de la comunidad internacional del presente) y sistemática, debe señalarse que […] [e]l reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica también el reconocimiento de los derechos fundamentales de la sociedad considerada en su conjunto y como parte conformadora de la humanidad; de esta manera, del principio de irretroactividad se vislumbra un equilibrio entre los derechos fundamentales del individuo a quien se le atribuye la comisión de un delito y los derechos fundamentales que corresponden a la sociedad, y porque no decirlo a la humanidad.

El principio de irretroactividad consagrado en el artículo 14 constitucional, independientemente de la naturaleza que le pueda corresponder a la figura jurídica de la prescripción, no es aplicable a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en la forma en que tradicionalmente se hacía respecto de las leyes de origen nacional.

Consideraciones que se corroboran con lo que se establece en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, […] [el cual] advierte que los tratados internacionales no pueden aplicarse en forma retroactiva, pero se hacen salvedades a dicho principio, al establecerse que: "salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".

La insistente preocupación [de la mayoría] de aplicar el principio constitucional de irretroactividad de la ley generó que en la argumentación se pasara totalmente inadvertido que la Constitución y el Derecho Internacional, no sólo protegen la seguridad jurídica, sino que también tutelan el derecho a la vida; el derecho a la integridad física de las personas; el derecho a la libertad; el derecho a la igualdad y el principio democrático.

A mayor abundamiento, nada se dice en la ejecutoria sobre el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevé el principio de irretroactividad de la ley, especificando que dicho principio no se opondrá al juicio y condena de actos que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios reconocidos por la comunidad internacional. Todos esos silencios no hacen más que inaplicar la Constitución y el Derecho Internacional, debido a que nada se dice sobre la existencia del derecho de protección a la vida desde mil novecientos setenta y uno.

i. El caso argentino

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerando 13:

[S]i lo que est[á][…] en discusión [es] la imprescriptibilidad de una asociación ilícita

> cuyo objeto era la comisión de crímenes [de derecho internacional], el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (conf. ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.

Como nota adicional al anterior criterio jurisprudencial, se transcribe aquí un ejemplo de los argumentos avanzados por algunas defensas con respecto a la prescripción y al principio de legalidad. Véase, Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Julio Héctor Simón (Relación de sentencias 1.c)*, Considerando 6:

> [E]n el recurso extraordinario, el recurrente […] [t]ambién invoca la lesión a las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —aprobada por la ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la ley 24.820— con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar significación a la validez inalterable de las garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (art. 4 de la ley 23.313).

E. Responsabilidad estatal por la aplicación de normas internas de prescripción a crímenes de derecho internacional

Argentina, *Recurso promovido por la querella en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b)*, Considerandos 36 y 38:

> [L]a aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso "Trujillo Oroza vs. Bolivia" —Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso "Benavides Cevallos"— cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°).
>
> [E]n tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto [en el ordenamiento interno] corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel [por la perpetración del delito de asociación ilícita, que en este caso reviste la calidad de crimen contra la humanidad], por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad".

Desde una perspectiva que no se centra en la prevalencia de las normas internacionales, pero analizando la posible responsabilidad de un Estado por la aplicación de normas nacionales de

prescripción, en relación con la obligación de adoptar medidas legislativas, por un lado, y de investigar y perseguir crímenes de derecho internacional y violaciones de derechos humanos, por el otro, véase, Panamá, *Recurso de apelación (Caso Gerardo Olivares) (Relación de sentencias 11.b)*, Consideraciones:

> No se puede soslayar, como bien anota la Comisión de la Verdad, en el documento "La Tutela Judicial del Derecho a la Vida durante el Régimen Militar 1968-1989", toda evaluación de la administración de justicia basada exclusivamente en el derecho interno sería incompleta, al no examinar los estándares internacionales respecto a la tutela judicial, a los que el Estado panameño está sujeto como parte de la comunidad de naciones, y como voluntario suscriptor de declaraciones y convenciones de derechos humanos. Sin embargo, son precisamente esos niveles internacionales de protección los que reclaman certeza y seguridad jurídica en la tutela judicial propia de un Estado democrático de derecho, de modo que el compromiso político que el Estado asume al ratificar instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, debe ser complementado con el desarrollo normativo interno que lo haga efectivo. De lo contrario, ocurre, como en el presente caso, la imposibilidad para el Órgano Judicial de pronunciarse sobre los hechos que nos convocan, a no ser que en estricto derecho, se violenten por otro lado los derechos y garantías que la ley y la constitución expresamente consagra en favor de todos sus ciudadanos. De algo podemos estar seguros, en ambos extremos, ya sea la impunidad generada por la inacción de las instituciones públicas en el momento oportuno, o por el posterior ejercicio del poder punitivo a toda costa y en cualquier momento, igualmente serán responsabilidad del Estado los perjuicios que hayan sufrido sus ciudadanos [Énfasis en el original].
>
> El Estado panameño, a través de sus instituciones de administración de justicia, tuvo a partir de 1990, y hasta antes de que operara la prescripción, la oportunidad y responsabilidad histórica de pronunciarse sobre los hechos en los que perdieron la vida muchas personas en la década de los 70. Sin embargo, no se concretaron oportunamente las acciones legales para lograr el esclarecimiento de tales eventos, y en la actualidad, en el marco de un Estado de derecho, tal posibilidad resulta contraria precisamente a los principios penales que dan sustento a esta condición.
>
> Con esta decisión, la Sala Penal es consciente de que la justicia para los deudos de las víctimas, tal vez sólo se retarde y transcienda a ámbitos internacionales, ya que la oportunidad para resolver el asunto a nivel interno, no fue utilizada cuando era temporalmente viable[65].

Véase, además, México, *Recurso de apelación (Caso de la masacre de Corpus Christi) (Luis Echeverría Álvarez y otros) (Relación de sentencias 10.c)*, Considerando Séptimo:

> Puede sostenerse, como lo hace la representación social de la Federación, que la intención de la Convención es regir aun sobre los actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor en el derecho interno, lo que podría desprenderse de la redacción

[65] Nota añadida al original: Este criterio parece haber sido modificado por la propia Corte Suprema de Justicia de Panamá, en la decisión referida en este digesto como *Recurso de apelación (Caso Cruz Mojica Flores)* (Expediente 636-E, MP. Aníbal Salas Céspedes, Corte Suprema de Justicia, 26 de enero de 2007).

de la propia Convención que, establece literalmente que: *"**ARTÍCULO I**. Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido […]"* [Énfasis en el original].

En este caso la intención de la Convención sería la de regir sobre todos los crímenes cometidos, independientemente de la fecha de los mismos. Por tanto, la declaración interpretativa formulada por el Estado Mexicano en realidad estaría modificando el ámbito temporal de la Convención y por tanto tendría que ser calificada como reserva. Esta calificación, en principio obligaría al tribunal a realizar una apreciación de la reserva en relación con el objeto y fin del tratado en concordancia con el artículo 19 c) de la Convención de Viena.

Sin embargo, si bien es cierto que, en el caso concreto, nos encontraríamos frente a una reserva, también lo es que la misma no hace sino redundar sobre lo ya establecido por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es claro, por tanto, que aun en este caso, la misma no podría ser declarada inválida o inaplicarse en el caso concreto por ir en contra del "objeto y fin del tratado", ya que de manera indirecta estaríamos inaplicando el artículo 14 de la Constitución Federal.

Para lo que la declaración interpretativa formulada es relevante, entonces, es para evitar una probable situación de responsabilidad del Estado Mexicano en el contexto internacional, empero, la declaración interpretativa funciona para dotar de seguridad jurídica al Estado Mexicano expresando una limitación contenida en su derecho interno, para evitar caer en un supuesto de responsabilidad en el contexto de alguno de los sistemas de protección de derechos humanos, en particular para la determinación del alcance de la competencia temporal (*ratione temporis*) de los órganos encargados de supervisar el cumplimiento de la obligaciones de la Convención. Desde esta perspectiva, por tanto, la única función de la declaración analizada es reafirmar el principio general de derecho internacional general de la no retroactividad de los tratados, por lo que no modifica, altera o excluye el alcance legal de ninguna de las disposiciones contenidas en el instrumento analizado.

Como consecuencia de lo anterior, la declaración interpretativa no debe ser analizada mediante su contraste con el estándar del "objeto y fin" del tratado, aun cuando se entendiera la misma como si se tratase de una reserva, sino que los órganos encargados de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados, si llegara a ser el caso, deberán determinar el alcance de la misma tomando en consideración el derecho internacional vigente, la naturaleza de la obligación internacional de que se trata y la jurisprudencia existente de estos mismos órganos encargados de la aplicación de la Convención analizada.

5. PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

El principio *ne bis in idem* ha sido otro de los temas centrales en el debate latinoamericano sobre las decisiones estatales que perpetúan la impunidad de crímenes internacionales. No sólo respecto de sentencias absolutorias derivadas de un proceso posiblemente cuestionable, sino también con relación al resultado de la aplicación de normas de prescripción, leyes de amnis-

tía, indultos o sobreseimientos definitivos de causas penales, el principio *ne bis in idem* ha sido invocado una y otra vez por personas acusadas de la perpetración de crímenes internacionales, para evitar los procesos iniciados en su contra durante la última década. Al igual que en otros temas, la jurisprudencia latinoamericana ha comenzado a tomar una voz propia, la cual puede ser enmarcada en las siguientes reflexiones.

En relación con el propio principio *ne bis in idem*, diversos estudios académicos han reconocido que si bien todos los Estados han incorporado alguna noción del mismo, las características particulares en cada sistema son tan distintas que es difícil hacer una generalización al respecto, o siquiera hablar de un principio general reconocido por todos los países de la comunidad internacional[66]. No obstante lo anterior, en términos abstractos se puede definir este principio como "la prohibición de enjuiciar y sancionar más de una vez a la misma persona por la misma conducta o crimen"[67]. Asimismo, de manera general, en diversos artículos sobre el tema, la profesora Christine van de Wyngaert ha identificado al menos dos justificaciones de este principio. En primer lugar, desde una perspectiva de derechos humanos, el mismo sirve para proteger a las personas frente al uso indiscriminado del poder punitivo del Estado. En segundo lugar, desde una posición más pragmática, el principio *ne bis in idem* sirve para evitar dobles procesamientos que lleven al uso inefectivo de los recursos de administración de justicia, e incluso a sentencias contradictorias[68].

Sin minimizar o negar la importancia que este principio tiene para preservar el orden y la certeza en un determinado sistema jurídico, es importante entenderlo en el contexto de la lucha contra la impunidad. En este sentido, en la jurisprudencia latinoamericana se entrevén al menos dos supuestos en que se pueden instaurar nuevos procesos contra una misma persona: (i) cuando éstos versan sobre hechos distintos y, por ende, no se configura una violación del principio, y (ii) cuando aquéllos efectivamente tratan sobre los mismos hechos, pero el principio no resulta aplicable.

La primera afirmación, que puede parecer evidente, tiene particular relevancia respecto, por ejemplo, de los crímenes de lesa humanidad. De conformidad con la jurisprudencia latinoamericana, el procesamiento por algunos hechos que se enmarcan en el mismo plan o política, o incluso por la participación en dicho plan o política, no implica que no se pueda enjuiciar por otras conductas cometidas dentro del mismo patrón. En cuanto a la segunda hipótesis, en concordancia con la jurisprudencia interamericana en la materia, las cortes y tribunales latinoamericanos han concluido que, en el caso específico de crímenes internacionales, se podrá volver a procesar cuando: (i) la sentencia previa haya sido resultado de un proceso aparente o fraudulento, en el que no se respetaron las garantías del debido proceso, incluida la independencia, imparcialidad y competencia del tribunal, y (ii) cuando posteriormente a la sentencia absolutoria surgen nuevas evidencias que puedan apuntar a la culpabilidad de la persona sentenciada[69]. En

[66] Véase, por ejemplo, Van de Wyngaert, Christine y Stessens Guy, "The international *non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions", en *48 Int'l & Comp. L.Q. 779*, 1999; Van de Wyngaert, Christine y Ongena, Tom, "*Ne bis in idem* principle, including the issue of amnesty", en Antonio Cassese, *et. al.,* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Volumen 1, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2002, págs. 705 a 729.

[67] *Ídem.*

[68] *Ídem.*

[69] Como ya se dijo, estas líneas jurisprudenciales se desarrollan en coincidencia con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha afirmado que "el principio de cosa juzgada implica

cualquiera de los dos supuestos, algunas cortes nacionales han considerado que se requiere la determinación por parte de algún órgano competente, incluidos los órganos internacionales de derechos humanos, de la naturaleza fraudulenta del primer proceso o de la importancia de las pruebas obtenidas después de la absolución.

Por último, es importante hacer notar también aquellos fallos que se refieren al *ne bis in idem* que surge no de una sentencia, sino de otras decisiones nacionales contrarias a las obligaciones internacionales del Estado e incompatibles con la lucha contra la impunidad, entre ellas las leyes de amnistía. De manera particular, la jurisprudencia peruana ha afirmado que el principio *ne bis in idem* no se puede configurar con base en decisiones judiciales en que se aplican normas nulas, tales como leyes de amnistía generales, por ser incompatibles con las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado.

A. Aspectos generales

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Jorge Rafael Videla (Relación de sentencias 1.a)*, Considerandos 8 y 9:

> [E]l principio non bis in idem nació como garantía de seguridad individual propio de un Estado de Derecho. La Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece que "(n)adie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro [nota en el original omitida]. Desaparecidas las penas corporales, la Enmienda V se interpreta hoy en el sentido de un nuevo riesgo de privación de la libertad. Por su parte, nuestra Constitución no previó originariamente en forma expresa esta garantía. Sin embargo se la ha reconocido tradicionalmente como una de las no enumeradas —art. 33 de la Constitución Nacional— [nota en el original omitida]. A su vez, ha sido incorporada —en forma sustancialmente Análoga— en el art. 14, número 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, art. 8°, número 4). La doctrina europea ha señalado también que el non bis in idem procesal encuentra su último fundamento en el principio de Estado de Derecho 'Rechtstaatsprinzip'" [nota en el original omitida].
>
> En el ámbito nacional, la garantía puede ser entendida como aquella que impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho. Tal como ya

la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada". Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, nota *supra* 48, párr. 197, y Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, nota *supra* 33, párr. 131, entre otros. Véase también, Principio 26.b del Conjunto de Principios contra la Impunidad, nota *supra* 1: "El hecho de que una persona haya sido procesada en relación con un delito grave con arreglo al derecho internacional no impedirá su procesamiento con respecto a la misma conducta si la actuación anterior obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o si esos procedimientos no hubieran sido realizados en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubieren sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia".

fue señalado no se trata exclusivamente de que una persona sea condenada dos veces por el mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al *riesgo* –por medio de un nuevo proceso– de que pueda ser condenada.

Perú, *Demanda de amparo promovida por Julio Rolando Salazar Monroe (Relación de sentencias 13.h)*, Considerandos 9, 15-16:

El Tribunal Constitucional reitera que mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que ponen fin al proceso judicial no puedan ser recurridas por medios impugnatorios, porque ha transcurrido el plazo para impugnarla o porque estos han sido agotados; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó.

Esa eficacia negativa de las resoluciones que pasan con la calidad de cosa juzgada, a su vez, configura lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo fundamento (ne bis in ídem).

[En decisiones anteriores] este Tribunal señaló que el contenido constitucionalmente protegido del *ne bis in ídem* debe identificarse en función de sus 2 dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su vertiente sustantiva o material, el ne bis in ídem garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico. En tanto que en su dimensión procesal o formal, el mismo principio garantiza que una persona no sea sometida a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho.

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerandos 33 y 34:

[Esta] Corte al referirse a [la] garantía [de *ne bis in idem*] ha sostenido que "la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público, siendo el respeto de la cosa juzgada uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional".

Cabe tener presente además que la cosa juzgada se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal [nota en el original omitida]. Así, ambas garantías se encuentran íntimamente interrelacionadas en cuanto a su objeto y fin.

[R]especto de la prohibición a la doble persecución penal, la jurisprudencia de la Corte ha sido inspirada en la de su par norteamericana [nota en el original omitida]. Ello lo fue incluso al definir su objeto que es "impedir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad".

B. Elementos del principio *ne bis in idem*

Perú, *Demanda de amparo promovida por Julio Rolando Salazar Monroe (Relación de sentencias 13.h)*, Considerandos 36-38:

> Por lo que se refiere a los elementos constitutivos de la dimensión procesal (o adjetiva) del *ne bis in ídem*, de la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal es posible señalar que estos son: a) El procesado debe haber sido condenado o absuelto; b) La condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme; c) La nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena [nota en el original omitida].
>
> De idéntico criterio es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, al interpretar los alcances del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que:
>
> (...) los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son:
> 1. el imputado debe haber sido absuelto;
> 2. la absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme; y
> 3. el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera acción.
>
> Por ello es que para que la prohibición de doble enjuiciamiento por la infracción de un mismo bien jurídico pueda oponerse a la segunda persecución penal, es preciso que se satisfaga irremediablemente una triple identidad: a) Identidad de persona física; b) Identidad de objeto, e c) Identidad de causa de persecución.

C. Supuestos de violación del principio *ne bis in idem*

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Jorge Rafael Videla (Relación de sentencias 1.a)*, Considerando 9:

> [La] violación [del principio de *ne bis in idem*] debe entenderse configurada cuando concurran —como también fue indicado— las tres identidades clásicas, a saber *eadem persona* (identidad de la persona perseguida), *eadem res* (identidad del objeto de la persecución) y *eadem causa petendi* (identidad de la causa de la persecución) [Énfasis en el original].
>
> [C]abe aclarar que esta identidad de objeto se configura si la idea básica permanece en ambos procesos [nota en el original omitida] aunque en el segundo aparezcan más elementos o circunstancias que rodeen a ese comportamiento esencial. Debe tratarse del mismo hecho [nota en el original omitida], sin importar si en el primer procedimiento se agotó la investigación posible de ese hecho. Por otra parte, este extremo no guarda relación alguna con la eventual persecución de comportamientos históricos diversos, pero pasibles de subsunción en el mismo tipo penal [Énfasis añadido].

i. Procesos por "otros hechos" no violan el principio *ne bis in idem*

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 de la Ley 200 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) (Relación de sentencias 4.g)*, Considerando 11:

> [C]uando el artículo 29 superior, en armonía con los pactos de derechos humanos, prohíbe que una persona sea juzgada dos o más veces por el mismo "*hecho*", esa disposición, con el fin de proteger la seguridad de los ciudadanos y evitar el ensañamiento punitivo del Estado, está excluyendo que el mismo individuo sea procesado dos veces por un mismo hecho punible. Esto significa que si una persona X resultó investigada por presuntamente haber cometido el homicidio de Y, y es absuelta, entonces las autoridades no podrán volver a juzgar a X por ese homicidio de Y, incluso si varían la calificación jurídica de la acusación. Por ello, en el caso *Loayza Tamayo*, la Corte Interamericana consideró que Perú había desconocido el *non bis in ídem* al haber juzgado nuevamente en una corte penal civil por el delito de terrorismo a una persona que había sido absuelta del delito de traición a la patria, en un tribunal militar, pues los cargos de terrorismo y traición estaban asociados esencialmente con los mismos "*hechos*" [nota en el original omitida]. Por su parte, y como ya se explicó en el fundamento anterior, la noción de "*hecho nuevo*" que toma en cuenta la causal de revisión tiene un significado distinto, pues hace referencia a un dato fáctico que no se conocía al momento del juicio, pero que está vinculado al hecho punible originariamente investigado. Pero obviamente no se trata de un nuevo hecho punible. Por consiguiente, si se permite que X sea juzgado nuevamente por el homicidio de Y, porque se llegó a conocer un hecho nuevo vinculado a ese homicidio que podría probar la responsabilidad de X, pues es obvio que X será procesado dos veces por el mismo hecho, a saber, la muerte de Y.

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Jorge Rafael Videla (Relación de sentencias 1.a)*, Considerando 10:

> [D]debe tenerse en cuenta que el objeto es idéntico cuando se refiere al mismo comportamiento, atribuido a la misma persona. Se trata de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado, en una y otra ocasión, es decir el nomen iuris empleado para calificar la imputación o designar el hecho. Se mira al hecho como *acontecimiento real que sucede en un lugar y en un momento o período determinado* [Énfasis en el original].
>
> [L]a causa 13/84 [en el juicio de las Juntas Militares Argentinas] versó —en cuanto al caso resulta relevante— sobre la apropiación de *otros* menores allí individualizados […]. No se juzgó en ella el comportamiento genérico del inculpado pues "nunca constituye su vida entera el objeto procesal... (p)or el contrario, cada proceso se refiere sólo a un determinado acontecimiento de su vida: a un 'hecho' determinado" [nota en el original omitido]. Es así como en la causa 13 no se investigó si el imputado había cometido delitos en un determinado período de su vida, ni siquiera si había cometido "genéricamente" el delito de sustracción de menores, sino si determinados

> hechos podían serle imputados como delitos por él cometidos […]. Y ello es así porque una imputación respetuosa de las garantías del procesado no puede consistir en una abstracción, sino que debe tratarse de una afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto y singular de la vida de una persona, atribuido como existente.

ii. Procesos por hechos distintos dentro del mismo plan no violan el principio *ne bis in idem*

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Jorge Rafael Videla (Relación de sentencias 1.a)*, Considerando 13:

> [En el análisis del *ne bis in idem* no se deben] confundir dos aspectos claramente escindibles: el relativo a los hechos subsumibles en el tipo del delito de sustracción de menores por un lado y, por el otro, el que se refiere a la existencia de un plan sistemático para la comisión de ese y otros delitos. Ello por cuanto la conducta sobre la que debe hacerse el análisis acerca de la existencia de *non bis in idem* no es la del plan, sino la de la sustracción de *cada uno de los menores* [Énfasis en el original].

D. Hipótesis de no aplicación del principio *ne bis in idem*

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 de la Ley 200 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) (Relación de sentencias 4.g)*, Considerandos 13, 23-24, 27-36:

> Es posible […] establecer limitaciones al derecho al *non bis in ídem* a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo […] son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el *non bis in ídem,* y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado. En efecto, en aquellos casos en que una persona es absuelta por un delito, pero aparecen hechos o pruebas posteriores que sugieren que ella puede ser culpable, se desarrolla una clara tensión normativa entre, de un lado, la garantía del procesado a no ser enjuiciado nuevamente y, de otro lado, los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos y sancionar a los responsables a fin de lograr un orden justo. Así, la fuerza normativa del *non bis in ídem* indica que la persona absuelta no debería volver a ser juzgada, a pesar de esas pruebas y hechos nuevos; sin embargo, el deber del Estado de investigar los delitos y amparar los derechos de las víctimas a fin de lograr un orden justo parece implicar que la persona debe ser enjuiciada nuevamente, sobre todo si se trata de delitos que configuren violaciones a los derechos humanos.
>
> [El principio de *non bis in idem* y la institución de la cosa juzgada] […] aparecen como un mecanismo necesario para proteger la seguridad jurídica y amparar el derecho constitucional a que una persona no sea juzgada dos veces por el mismo hecho. Resta

entonces únicamente evaluar la llamada proporcionalidad en estricto sentido de esa restricción a los derechos de las víctimas [nota en el original omitida]. Entra pues la Corte a examinar si esa limitación de la acción de revisión en beneficio del condenado sacrifica o no valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con esta medida a favor del *non bis in ídem*. Y en concreto, esto significa que esta Corporación debe analizar si la restricción que las normas acusadas imponen a los derechos de las víctimas y al deber del Estado de investigar los delitos a fin de lograr la materialización de un orden justo se justifica por la manera y el grado en que ella asegura el respeto a la seguridad jurídica y al *non bis ídem*.

Para responder al anterior interrogante, la Corte considera que es necesario distinguir entre, de un lado, los hechos punibles en general y, de otro lado, las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

Esa diferenciación no es caprichosa sino que se funda en una constatación obvia, que ya fue mencionada anteriormente en esta sentencia, y es la siguiente: los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento.

Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo […]. Ahora bien, las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario configuran aquellos comportamientos que más intensamente desconocen la dignidad de las personas y más dolor provocan a las víctimas y a los perjudicados. Por ello, los derechos de las víctimas y perjudicados por esos abusos ameritan la más intensa protección, y el deber del Estado de investigar y sancionar estos comportamientos adquiere mayor entidad.

[Por los motivos antes señalados] […] la distinción entre, de un lado, los delitos en general y, de otro lado, las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario adquiere relevancia en el examen de la proporcionalidad de las expresiones acusadas. Esto significa que la impunidad de dichas violaciones es mucho más grave e inaceptable, no sólo por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que dichos comportamientos implican, sino además porque la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad, está comprometida en la sanción de esas conductas.

[Con estos fundamentos] [l]a Corte considera que en relación con los delitos en general, la regulación es proporcionada, pues el Congreso podía, en desarrollo de su libertad de configuración en este campo, limitar la procedencia de la acción de revisión a las sentencias condenatorias a fin de amparar el *non bis in ídem* y proteger la seguridad jurídica.

Por el contrario, en relación con el desconocimiento de los derechos humanos y las violaciones graves al derecho internacional humanitario, la constitucionalidad de las expresiones acusadas es problemática, en primer término, por la manera como esos comportamientos desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de

convivencia social, que son necesarias para la vigencia de un orden justo. Por consiguiente, una situación de impunidad de esos crímenes implica no sólo un desconocimiento muy profundo de los derechos de las víctimas y perjudicados por esos delitos, sino que además pone en riesgo la realización de un orden justo […].

Esa afectación es todavía más grave, en segundo término, cuando la impunidad deriva de un incumplimiento del deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente estos crímenes, pues esa obligación estatal, por la particular gravedad de esos hechos, es especialmente fuerte.

Finalmente, la impunidad en estos casos implica también una vulneración de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionar entonces las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional, que nuestro país ha reconocido como elementos esenciales de las relaciones internacionales […].

La Corte concluye entonces que existe una afectación particularmente intensa de los derechos de las víctimas […], que obstaculiza gravemente la vigencia de un orden justo […], cuando existe impunidad en casos de afectaciones a los derechos humanos o de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Esta impunidad es aún más grave si ella puede ser atribuida al hecho de que el Estado colombiano incumplió con su deber de investigar, en forma seria e imparcial, esas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a fin de sancionar a los responsables.

En tales condiciones, la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo […] implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. La razón es que una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas. Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del *non bis in ídem,* y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates. Y es que la seguridad jurídica en una sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de los comportamientos más atroces, como son las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

La Corte concluye entonces que la restricción impuesta por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas, cuando se trata de la impunidad de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. En esos eventos, los derechos de las víctimas no sólo autorizan sino que exigen una limitación al *non bis in ídem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, si surge un hecho o prueba nueva no conocida al tiempo de los

debates procesales. Era entonces necesario que la ley previera esa hipótesis al regular las causales de revisión, por lo que la Corte deberá condicionar el alcance de las expresiones acusadas en ese aspecto.

Como ya se explicó anteriormente, la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el *non bis in ídem* es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.

De otro lado, en cambio, una posible revisión de aquellos procesos en que el Estado, en forma protuberante, dejó de lado su deber de investigar seriamente esas violaciones a los derechos humanos, no impacta en forma muy intensa la seguridad jurídica, por la sencilla razón de que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles. Y por ende, precisamente por ese incumplimiento del Estado de adelantar seriamente la investigación, la persona absuelta en realidad nunca estuvo seriamente procesada ni enjuiciada, por lo que una reapertura de la investigación no implica una afectación intensa del *non bis in ídem*. Eso puede suceder, por ejemplo, cuando la investigación es tan negligente, que no es más que aparente, pues no pretende realmente esclarecer lo sucedido sino absolver al imputado. O también en aquellos eventos en que los funcionarios judiciales carecían de la independencia e imparcialidad necesarias para que realmente pudiera hablarse de un proceso.

En esos eventos, incluso si no existe un hecho o prueba nueva, los derechos de las víctimas también exigen una limitación al *non bis in ídem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, pues la cosa juzgada de la que gozaba la persona absuelta no era más que aparente, ya que en el fondo, debido a las omisiones protuberantes del Estado, no existió realmente un proceso contra ese individuo […].

En tal contexto, esta Corporación considera que en los casos de negligencia protuberante del Estado en brindar justicia a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, para que proceda la revisión, sin que aparezca un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, es necesario que exista una declaración de una instancia competente que constate que el Estado incumplió en forma protuberante con la obligación de investigar seriamente esa violación. A fin de asegurar una adecuada protección a la persona absuelta, la constatación de esa omisión de las autoridades deberá ser adelantada por un organismo imparcial e independiente, y por ello, en el plano interno, dicha declaración sólo puede ser llevada a cabo por una autoridad judicial.

[L]a Corte considera que aquellas decisiones de esas instancias internacionales de derechos humanos, aceptadas formalmente por nuestro país, que constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en

forma seria e imparcial las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, permiten igualmente la acción de revisión contra decisiones absolutorias que hayan hecho formalmente tránsito a cosa juzgada.

Las anteriores cautelas son también indispensables en aquellos casos en que la eventual reapertura de un proceso que contaba con una decisión absolutoria, que había hecho a tránsito a cosa juzgada, derive del surgimiento de un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates […].

Perú, *Demanda de amparo promovida por Julio Rolando Salazar Monroe (Relación de sentencias 13.h)*, Considerandos 40-42 y 44:

[E]l Tribunal Constitucional considera que si con el *ne bis in ídem* se persigue impedir el ejercicio *arbitrario* del *ius puniendi* estatal, no todo doble enjuiciamiento penal que el Estado pueda realizar contra un individuo se encuentra automáticamente prohibido.

Entonces, aquello que queda fuera de su ámbito protegido, se encuentran aquellos supuestos en los que el doble juzgamiento no es compatible con los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho, ya sea porque es extraño o ajeno a aquello que éste persigue garantizar; porque forma parte del contenido constitucionalmente protegido de otro derecho fundamental, o porque así resulta de su interpretación con otras disposiciones constitucionales que contienen fines constitucionalmente relevantes. En ese sentido, y por lo que al caso de autos importa, el Tribunal Constitucional considera que es ajeno a la naturaleza del derecho, es decir, a los intereses jurídicamente protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in ídem*, que se pretenda oponer una resolución o sentencia (absolutoria) expedida en un primer proceso penal que resulta manifiestamente nulo.

Dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, el Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que este último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado. Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el solo hecho de que se le oponga la existencia *fáctica* de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido [nota en el original omitida].

La determinación de si el primer proceso seguido al recurrente (y, por tanto, de las resoluciones que en su seno se hayan podido expedir) es jurídicamente válido, debe efectuarse conforme a los criterios establecidos en esta sentencia. Es decir, tras *analizarse si en el caso concreto el primer proceso penal seguido tuvo (o no) el propósito de sustraer al recurrente de la responsabilidad penal, o no hubiere sido instruido por un tribunal de justicia que respete las garantías de independencia, competencia e imparcialidad* [Énfasis añadido].

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerando 33:

> [E]l principio [*ne bis in idem*] ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el Tribunal entendió que la afectación a "[...] la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes... no debe ceder a la razón de justicia" [nota en el original omitida]; y que es conocido el principio conforme con el cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando "[...] no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en [que] los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio […]" [nota en el original omitida].
>
> [T]odos estos principios han sido ratificados por [la Corte] [I]nteramerican[a] al señalar que: "En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, dicha 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, desplazan la protección del *ne bis in idem*".

En aplicación de este criterio, véase entre otros, Argentina, *Recurso promovido por Ragnar Erland Hagelin (Relación de sentencias 1.g)*.

i. Decisiones con base en una ley no válida: relación entre el principio *ne bis in idem* y una ley de amnistía

Perú, *Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martin Rivas (Relación de sentencias 13.g)*, Considerandos 16 y 50:

> Es evidente que el derecho a la cosa juzgada también se configura a partir de resoluciones judiciales dictadas en aplicación de una ley de amnistía, según el artículo 139, inciso 13, de la Constitución. Para ello, sin embargo, es preciso que la ley de amnistía no sólo [sea] válida sino también constitucionalmente legítima. Una ley puede ser válida pero no necesariamente legítima desde la perspectiva de la Constitución. Por tanto, la primera cuestión que debe abordarse es la indagación sobre la legitimidad constitucional de una ley de amnistía al amparo de la cual se haya dictado una resolución judicial.
>
> En mérito [de la incompatibilidad de las leyes referidas con los principios constitucionales y tratados internacionales], el Tribunal considera que las leyes de amnistía Nº

> 26479 y Nº 26492 son nulas y carecen, *ab initio*, de efectos jurídicos. Por tanto, también son nulas las resoluciones judiciales dictadas con el propósito de garantizar la impunidad de la violación de derechos humanos cometida por los integrantes del denominado Grupo Colina. En su condición de resoluciones judiciales nulas, ellas no dan lugar a la configuración de la cosa juzgada constitucional garantizada por los artículos 102, inciso 6 y el artículo 139, inciso 13, de la Constitución, en la medida en que no existe conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales que la Constitución consagra.

Para una discusión sobre la compatibilidad de leyes de amnistía con principios constitucionales y tratados internacionales y su inaplicabilidad a crímenes internacionales, véase, *"Las leyes de amnistía no pueden tener como objeto crímenes de derecho internacional, en contravención de las obligaciones estatales"*, en este mismo capítulo.

E. El principio *ne bis in idem* en el derecho penal internacional

Una cuestión adicional con respecto al principio *ne bis in idem* y a los crímenes internacionales surge de las características del propio sistema global de justicia aplicable a éstos. Como se mencionó en el capítulo precedente, a diferencia de otras ofensas criminales, estos crímenes pueden ser conocidos por los tribunales nacionales de distintos Estados en aplicación de principios extraterritoriales, particularmente de la jurisdicción universal. Adicionalmente, en el caso de hechos ocurridos en o perpetrados por ciudadanos de ciertos Estados latinoamericanos, éstos podrían ser de competencia de la Corte Penal Internacional[70].

De manera precisa, con respecto a la relación entre dos o más Estados, a la fecha no existe una regla general sobre si un procesamiento por los mismos hechos ante la jurisdicción de un tercer Estado sería violatorio de este principio[71]. Más aún, teniendo en cuenta algunos de los instrumentos y decisiones internacionales en la materia, la respuesta parece ser negativa. El

[70] Se ha limitado esta mención a la Corte Penal Internacional ya que, dada la restringida competencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, éstos nunca podrían conocer de un crimen perpetrado en el territorio de un país latinoamericano, y sería virtualmente imposible que algún ciudadano de estos mismos países pudiera caer dentro de la jurisdicción personal de alguno de estos tribunales. Más importante, existe una aparente inaplicabilidad de la jurisprudencia que en el tema han desarrollado estos tribunales, derivada de la diferencia entre los principios que rigen la relación entre los tribunales *ad hoc* y los Estados, por un lado, y la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones domésticas, por otro. Con respecto al primer supuesto, algunos doctrinarios se han referido a la "perspectiva vertical" señalando que "estos tribunales [*ad hoc*] son considerados como jerárquicamente superiores a las cortes nacionales, y por lo tanto las decisiones de [los primeros] tendrán prioridad sobre las decisiones emitidas por los tribunales nacionales. Si el principio de verticalidad fuera plenamente aplicado, las sentencias de los tribunales penales internacionales tendrían un efecto *ne bis in idem* 'hacia abajo', el cual impediría a los Estados repetir, iniciar o aún continuar la persecución penal de los crímenes bajo la jurisdicción de los tribunales; las sentencias nacionales, por el contrario, no tendrían un efecto *ne bis in idem* 'hacia arriba', de manera que previnieran a los tribunales internacionales para reabrir un caso que ha sido ya enjuiciado por una corte nacional". Van de Wyngaert, Christine y Ongena, Tom, "*Ne bis in idem* principle, including the issue of amnesty", nota *supra* 66, pág. 709 [Traducción no oficial].

[71] Según estudios especializados en el tema, sólo existen algunas referencias particulares en tratados de extradición o de cooperación penal. *Ibídem*.

principio *ne bis in idem* sólo tiene efectos respecto de otros procedimientos que se intenten iniciar en la misma jurisdicción[72].

En contraste, con respecto a la relación entre las jurisdicciones domésticas y la Corte Penal Internacional se ha logrado establecer una norma precisa que regula este aspecto. A pesar de todas las críticas políticas, e incluso judiciales, al artículo 20 de dicho estatuto (en el cual se consagra el principio *ne bis in idem)*, es importante hacer notar, como lo hace la jurisprudencia que se presenta a continuación, la identidad entre los supuestos de no aplicación o procedencia de este principio identificados en las decisiones latinoamericanas y aquéllos consagradas en el artículo referido. Esto significa que el Estatuto no introduce una norma potencialmente violatoria de los derechos individuales sino que, por el contrario, aclara la relación entre jurisdicciones, garantiza la protección de la persona y da certeza a las decisiones, con base en criterios aceptados por la jurisprudencia de las cortes y tribunales de la región, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ecuador, *Informe sobre el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Relación de sentencias 6.b)*, Considerando 5:

> La Constitución ecuatoriana en el Art. 24, numeral 16, prescribe: "*Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa", y consagra de este modo el principio jurídico del non bis in idem* [Énfasis en el original].
>
> En el Art. 20 del Estatuto [de Roma de la Corte Penal Internacional] se consagra, de modo general, este principio relativo a que nadie puede ser juzgado por aquellos delitos por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la misma Corte u otro tribunal. Sin embargo, en el numeral 3 del Art. 20 del Estatuto se establece como excepción el que la Corte Penal Internacional pueda volver a juzgar a una persona cuando el proceso que se realizó en otro tribunal: "*a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia*" [Énfasis en el original].
>
> Se trata de tres hipótesis que abren la posibilidad de un segundo enjuiciamiento contra la persona por hechos que fueron ya considerados en un proceso anterior. La finalidad es de impedir la impunidad que —como se dijo— es el propósito básico de la creación de la Corte Penal Internacional. Además, esta situación es realmente excepcional, la cual no podría ocurrir en un Estado democrático de Derecho donde la institución judicial actúa con independencia e imparcialidad y aplica las garantías básicas del debido proceso.

[72] Véase, por ejemplo, el artículo 4 del Protocolo Número 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1980; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En cuanto a decisiones internacionales, véase, Corte EDH, *Taliadorou and another vs. Cyprus*, App No. 39627/05 y 39631/05), 2008, párr. 67, así como Comité de Derechos Humanos, *A.P. vs. Italy*, Comunicación No. 204/1986, CCPR/C/31/D/204/1986, 2 de noviembre de 1987, párr. 7.3.

Como se observa, estas excepciones operan cuando un Estado busca sustraer al acusado de su responsabilidad penal o no instruye el proceso en forma independiente e imparcial o cuando por las circunstancias del caso el enjuiciamiento que se hizo demuestra ser incompatible con la intención de someter al inculpado a la acción de la justicia. Estos casos, de juicios arreglados, solo pueden darse en un régimen autoritario o dictatorial para impedir la sanción de aquellos a quienes tratan de beneficiar.

En consecuencia, si se analiza esta norma del Art. 20, contenida en el numeral 3, y se la contrapone a los numerales 1 y 2 del mismo artículo se llega a la conclusión que el principio general que orientará a la Corte Penal Internacional es el de respetar la cosa juzgada, en el sentido de que si una persona ya fue juzgada bajo las reglas del debido proceso no volverá a serlo por segunda vez, solo por excepción habrá lugar a un nuevo juicio cuando se den las circunstancias señaladas anteriormente.

Colombia, *Revisión constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Relación de sentencias 4.f),* Considerando 2.3:

De conformidad con lo que establece el artículo 20 del Estatuto de Roma, las decisiones de la Corte Penal Internacional sobre condena o absolución por alguno de los crímenes de su competencia, hacen tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, nadie podrá ser enjuiciado de nuevo, por los mismos hechos respecto de los cuales hubo pronunciamiento, ni por la Corte Penal Internacional ni por otro juez (Artículo 20, numerales 1 y 2, ER). No obstante, el numeral 3 del artículo 20 consagra una excepción a esta regla de inadmisibilidad.

En efecto, cuando a pesar de que en la jurisdicción interna [de un Estado] exista cosa juzgada sobre el asunto denunciado ante la Corte Penal Internacional, *y tal circunstancia se haya presentado con el propósito de sustraer al responsable de la competencia de la Corte* (Artículo 17. 1, literal c), en concordancia con el artículo 20.3, ER), *mediante un proceso aparente, o por un procedimiento interno adelantado por un tribunal que no cumple con los requisitos de imparcialidad e independencia y que "bajo las circunstancias", actúo de manera inconsistente con el deber de traer a la persona de que se trate ante la justicia*, la Corte Penal Internacional podrá ejercer su jurisdicción sobre dicho asunto, y declarar la admisibilidad del caso [Énfasis añadido].

Encuentra la Corte que *los eventos descritos en el artículo 20.3 del Estatuto suponen, primero, una violación del deber internacional de sancionar* el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, segundo, *una actuación contraria al deber constitucional de protección que incumbe a las autoridades nacionales* (artículo 2 CP) *y, tercero, un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario* (artículo 9 CP). Por ello, *constituye un desarrollo del deber de protección que tienen los Estados el que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia* [Énfasis añadido].

Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Santiago Omar Riveros (Relación de sentencias 1.f),* Considerando 35:

> [M]ás allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del *ne bis in idem* como la cosa juzgada.
>
> Ello así en la medida en que tanto los estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso.
>
> En efecto, por ello el Estatuto de la Corte Penal Internacional otorga un carácter acotado a la cosa juzgada. En efecto en su art[ículo] 20 señala que el tribunal internacional entenderá igualmente en aquellos crímenes aberrantes, cuando el proceso llevado a cabo en la jurisdicción local tuviera como finalidad sustraer de su responsabilidad al imputado, o el proceso no haya sido imparcial o independiente, o hubiera sido llevado de un modo tal que demuestre la intención de no someter al acusado a la acción de la justicia.
>
> Por su parte el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, expresa que la persona que ha sido juzgada ante un tribunal nacional por actos que constituyan serias violaciones al derecho internacional humanitario, puede ser subsecuentemente juzgado por el tribunal internacional cuando los actos por los cuales ha sido juzgado fueron calificados como delitos comunes, o cuando el proceso ante el tribunal nacional no fue imparcial o independiente y fue preparado para proteger al acusado de su responsabilidad internacional o la investigación no fue diligente [nota en el original omitida]. En idénticos términos se expresa el art[ículo] 9 de Statute of the International Tribunal of the Ruanda [*sic*].
>
> A similares consideraciones arriba The Princeton Principles on Universal Jurisdiction al regular los alcances de la garantía contra la múltiple persecución en crímenes de lesa humanidad (art[ículo] 9°) [Énfasis en el original].

6. COSA JUZGADA

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 de la Ley 200 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) (Relación de sentencias 4.g)*, Considerandos 5, 6 y 7:

> Los procedimientos judiciales buscan, entre otras cosas, pacificar los conflictos sociales, y por ello pretenden poner un punto final a las controversias. Esto explica que una de las características de las decisiones judiciales es que ellas adquieren firmeza y hacen tránsito a cosa juzgada, de tal manera que la determinación del juez es definitiva y el asunto decidido no puede ser nuevamente discutido.

Para alcanzar esas funciones pacificadoras, en beneficio de la seguridad jurídica, la cosa juzgada confiere a las sentencias, una vez ejecutoriadas, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, pues sólo así logra la Administración de Justicia cumplir con su propósito de dar fin a la controversia. Esto significa entonces que, como esta Corte lo ha destacado, la cosa juzgada cumple tanto una función negativa, que es prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, así como una función positiva, que es dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico [nota en el original omitida].

[E]n el campo penal y del derecho sancionador, la cosa juzgada adquiere aún mayor vigor, no sólo por los intereses en juego, como el derecho fundamental a la libertad, sino además para evitar lo que algunos doctrinantes han calificado como el ensañamiento punitivo del Estado, esto es, la posibilidad de que las autoridades intenten indefinidamente lograr la condena de una persona por un determinado hecho, reiterando las acusaciones penales luego de que el individuo ha resultado absuelto en el proceso.

A. La cosa juzgada y su relación con el principio *ne bis in idem*

Colombia, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 de la Ley 200 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) (Relación de sentencias 4.g)*, Considerando 7:

[L]os tratados de derechos humanos y la Constitución establecen, si se quiere, un reforzamiento de la fuerza de la cosa juzgada en materia punitiva, mediante la prohibición del doble enjuiciamiento, o principio del *non bis in ídem*, según el cual, una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho (CP art. 29). Por ello esta Corte ha resaltado que este "*postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado*" [nota en el original omitida]. Igualmente, esta misma Corporación ha resaltado la profunda relación que existe entre la prohibición del doble enjuiciamiento y la cosa juzgada cuando señaló que "*pensar en la noción de 'cosa juzgada' sin hacerlo a la vez en el non bis in idem, es prácticamente un sin sentido; por lo tanto, cuando el artículo 29 de la Constitución prohibe al Estado juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, está haciendo referencia a ambas*" [nota en el original omitida]. Y en otra oportunidad, la Corte resaltó esa conexidad conceptual en los siguientes términos:

> *"Es posible afirmar que el principio de non bis in idem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas. Ciertamente, la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta"* [nota en el original omitida].

Desde otra perspectiva, respecto de la relación entre la cosa juzgada y el principio *ne bis in idem,* véase, Argentina, *Recurso promovido por la defensa de Jorge Rafael Videla (Relación de sentencias 1.a)*, Considerando 7:

[F]rente a la posibilidad de que quien ya fue juzgado por determinado hecho lo sea nuevamente por el mismo hecho, la ley procesal prevé como remedio la excepción denominada de "cosa juzgada" (*exceptio rei iudicata*), bien que no es éste el único remedio para resguardar la garantía del *non bis in idem*. Este instituto tiene el efecto de declarar definitivamente agotada una acción penal ya ejercida, en tanto todo nuevo proceso *in eadem re* del que pueda resultar un nuevo castigo sería inadmisible.

7. SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DE CAUSAS PENALES

A. El sobreseimiento y su relación con el principio *ne bis in idem*

Perú, *Demanda de amparo promovida por Julio Rolando Salazar Monroe (Relación de sentencias 13.h)*, Considerandos 12, 13 y 15:

Este Tribunal absuelve en sentido afirmativo a la luz de las disposiciones de derechos fundamentales, la determinación de si una resolución que no constituye una sentencia definitiva (pero que ha puesto fin al proceso penal) se encuentra también garantizada por este derecho. No solamente porque en la dicción de dichas disposiciones se ha evitado circunscribir el ámbito de protección sólo al caso de las sentencias, y se ha comprendido también a los autos que ponen fin al proceso (al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa), sino también porque ese es el sentido interpretativo que se ha brindado a una disposición aparentemente más limitativa de su ámbito de protección, como puede ser el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por los órganos de protección de los derechos humanos en nuestra Región, el cual prevé que: El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Respecto a los alcances del concepto de "sentencia firme" que utiliza la referida disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

> "(...) la expresión 'sentencia firme' en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, 'sentencia' debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y 'sentencia firme' como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 1/95 (Caso 11.006, Alan García Pérez c/ Perú).

Entonces, considerando que una resolución de sobreseimiento definitivo puede alcanzar la calidad de cosa juzgada, ahora es preciso remarcar que, en el ámbito penal, uno de los efectos que se deriva de haberse alcanzado dicha autoridad de cosa juzgada es la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona.

B. Hipótesis de no aplicación del sobreseimiento

Perú, *Demanda de amparo promovida por Julio Rolando Salazar Monroe (Relación de sentencias 13.h)*, Considerandos 21, 30-32:

> El Tribunal Constitucional considera que debe absolverse en términos afirmativos la cuestión de si la orden de investigar y sancionar decretada en la parte resolutiva de la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos comprende a las resoluciones de sobreseimiento dictadas por las instancias de la jurisdicción militar, incluso de aquellas en las que no se hayan aplicado las leyes de amnistía No. 26479 y 26492.
>
> El Tribunal Constitucional opina que la obligación de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos por el caso Barrios Altos declarada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordinal 5 del fallo de la sentencia, no se circunscriben, como ha sido interpretado por el recurrente, sólo a los supuestos contemplados en los ordinales 3 y 4 de dicho fallo; es decir, en relación a aquellas resoluciones judiciales que se dictaron aplicando las leyes de amnistía dejadas sin efecto. Comprende también al ordinal 2, en todos los aspectos que allí se desarrollan; esto es, la declaración de que el Estado peruano violó el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y las garantías y protección judiciales de las víctimas y sus familiares.
>
> Tal y como se precisó en la Sentencia de 3 de septiembre de 2001, sobre "Interpretación de la sentencia de fondo", de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,
>
> > "[…] el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y **prácticas de cualquier naturaleza** que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías" [Énfasis en el original].
>
> El Tribunal Constitucional considera, en mérito a lo precedente, que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declaradas en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiesen aplicado las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor del recurrente.

En contraste, véase, Panamá, *Recurso de apelación (Caso Gerardo Olivares) (Relación de sentencias 11.b)*, Consideraciones:

> De acuerdo con nuestra normativa procesal penal, la reapertura de una investigación cerrada con un auto de sobreseimiento, sólo es viable cuando se trate de sobreseimien-

to provisional (art. 2210 del C.J.) o cuando se emita un sobreseimiento definitivo e impersonal (art. 2206 del C.J.), pero únicamente para incriminar a otras personas no favorecidas con el de carácter definitivo.

En el presente caso, consta en autos que los presuntos responsables de la muerte del señor Gerardo Olivares V., o al menos a quienes se mencionó en las primeras investigaciones, fueron favorecidos con un sobreseimiento de carácter definitivo, lo cual impide que con respecto a ellos, se reabra el proceso; sin embargo, al mismo tiempo, el Tribunal de la causa sobreseyó las sumarias de manera impersonal, lo cual, de acuerdo con el artículo 2206 del Código Judicial, implica que las investigaciones podrían ser reabiertas respecto a otras personas no mencionadas en el auto de sobreseimiento, de fecha 23 de enero de 1978 […] [aún cuando, de conformidad con los argumentos presentados por el fiscal, "no se trataba de un delito de homicidio entre 'personas comunes', sino de actos propios del régimen de facto en el cual se daban desapariciones forzadas de personas, acciones que no deben quedar impunes, considerando los compromisos que Panamá ha adquirido en materia de derechos humanos"][73].

[73] Nota añadida al original: El texto transcrito entre los corchetes corresponde a los argumentos literales presentados por la Fiscalía Superior del Segundo Distrito Judicial de Panamá, tal como han sido reproducidos en esta decisión.

EPÍLOGO

Esta notable y útil publicación revela el amplio alcance que han adquirido en los últimos tiempos el análisis y la aplicación del derecho internacional en los procedimientos penales en América Latina. Hay cientos o tal vez miles de casos similares pendientes en toda la región. ¿A dónde nos conduce esta tendencia positiva y qué podemos esperar en los próximos años? ¿Cuál será la relevancia de estas decisiones y de estos avances en el campo jurídico para el derecho penal internacional, para la transición en América Latina desde contextos de conflicto y autoritarismo, y para las iniciativas de justicia en todo el mundo?

Recientemente, la atención se ha centrado en las consecuencias de la creciente diversificación y expansión del derecho internacional a través de un complejo entramado de tratados especializados, regímenes jurídicos e instituciones. Incluso en el ámbito del derecho penal internacional operan distintos tratados, que se superponen en cierta medida con normas consuetudinarias y con el conjunto especializado de normas de derecho internacional humanitario. Asimismo, también se está incrementando la diversificación institucional, y asistimos a la proliferación de foros internacionales y nacionales que actualmente trabajan en la identificación y aplicación de normas de derecho penal internacional en forma coherente, divergente o contradictoria. Los sistemas nacionales participan de esta diversificación y expansión del derecho internacional, al igual que los organismos regionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en ocasiones citan e interpretan instrumentos y normas del derecho internacional humanitario y del derecho penal. El derecho internacional no ha sido ni será jamás un conjunto monolítico u homogéneo de normas; su diversificación y expansión pueden generar cambios positivos y generar un derecho internacional dinámico y relevante para un mundo en constante cambio. Sin embargo, hay algunas consecuencias que deben ser tenidas en cuenta y que serán relevantes para cualquier sistema nacional que juzgue delitos como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU observó recientemente esta tendencia, así como la consiguiente 'fragmentación' del derecho internacional. Su informe final de 2006 se centró en los aspectos sustantivos de la fragmentación y estableció lineamientos útiles sobre la forma en que las normas de distintos cuerpos normativos o regímenes de tratados se vinculan entre sí, y sobre cómo y cuándo operan las estructuras jerárquicas para permitir la aplicación coherente de estas normas. Sin embargo, el tema de la diversificación institucional no fue abordado. La CDI señaló que esta cuestión debía ser tratada por las propias instituciones. Mientras tanto, las jurisdicciones nacionales, como aquellas cuyas iniciativas se reflejan en este compendio, continuarán consultando la jurisprudencia de tribunales tanto internacionales como internacionalizados, cada vez que los tratados, las costumbres y los principios generales no ofrezcan suficiente claridad sobre el contenido y el alcance de las normas de derecho penal internacional. Por lo tanto, es importante que a corto o mediano plazo se realice una investigación sobre este tema, que permita orientar a los Estados, a los profesionales y a los académicos. Esta iniciativa debería destacar la coherencia, las diferencias y las contradicciones entre los estatutos

y la jurisprudencia de tribunales como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, la Corte Penal Internacional, los tribunales nacionales y los organismos regionales de derechos humanos, en su aplicación del derecho penal internacional.

La jurisprudencia mencionada en esta obra identifica algunas de las áreas que requieren análisis e indaga si en las jurisdicciones nacionales existe una interpretación común o divergente de, por ejemplo, aquellos instrumentos y normas aplicables únicamente a los conflictos armados internacionales; la manera en que estos conflictos son definidos por el derecho internacional; la definición de "personas protegidas", según el derecho internacional humanitario[1]; la definición de crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional, en comparación con aquella de los códigos nacionales; las consecuencias jurídicas de la clasificación de un acto como "delito de derecho internacional"; las obligaciones de terceros Estados en relación con los delitos y los delincuentes y la distinción entre el ejercicio discrecional e irrenunciable de la jurisdicción (incluida la jurisdicción universal), para los delitos de derecho internacional. Si bien las referencias a las normas imperativas o de *jus cogens* son frecuentes, no se dan en el contexto de la resolución de conflictos sobre concurrencia de normas internacionales sino en los casos de invalidación de normas nacionales incompatibles. El propósito del carácter imperativo de una norma, a diferencia del mero estatus internacional, es otro tema interesante que podría ser abordado por la jurisprudencia futura.

Otra tendencia observada en algunos de los casos y las leyes internas de los países de América Latina, que posiblemente se mantenga, es el apartamiento deliberado respecto de las definiciones del derecho internacional. La ampliación de los grupos protegidos por el delito de genocidio es un ejemplo clave. Estas desviaciones o apartamientos no se producen en razón de que el Estado considere que su interpretación integre el derecho internacional, sino porque entiende que es más adecuada para las circunstancias nacionales, jurídicas o fácticas. Si bien las divergencias pueden funcionar adecuadamente en el sistema nacional, es posible que no sean reconocidas fuera de este, lo que podría incidir en la obtención de la cooperación entre los Estados, incluida la extradición, así como en el apoyo político de otros Estados y de los organismos internacionales que posiblemente no compartan la misma opinión sobre la definición del delito o las obligaciones de los terceros Estados en materia de jurisdicción.

La evolución futura de la jurisprudencia también ayudará a que los operadores de justicia estén más familiarizados con las fuentes del derecho internacional y su relación con las leyes nacionales. Si bien es lógico que en los sistemas que han tenido históricamente una tradición jurídica continental se favorezca o se disponga constitucionalmente la aplicación de las normas de derecho internacional plasmadas en los tratados, existen indicios de que en el futuro presenciaremos una mayor referencia al derecho internacional consuetudinario, por ejemplo, en temas como el principio *nullum crimen sine lege*, las defensas, las excepciones y el elemento subjetivo. El derecho internacional general conservaría su función, incluso en el tema de las inmunidades. Las variaciones nacionales destinadas a limitar las inmunidades y ampliar el alcance de la jurisdicción extraterritorial pueden constituir una representación ideal de lo que debería ser el derecho internacional, y es posible que en el futuro se formulen nuevas normas

[1] En los países latinoamericanos donde los delitos se juzgan en un contexto de conflicto armado de carácter no internacional, el derecho internacional humanitario constituye la *lex specialis* respecto del derecho internacional de los derechos humanos.

de derecho internacional consuetudinario sobre este tema. Sin embargo, el Estatuto de Roma no adopta la jurisdicción universal entre sus miembros y sus disposiciones sobre inmunidad están sujetas al derecho internacional -artículo 98-. Por el momento, las medidas positivas de las jurisdicciones nacionales e internacionales en estos ámbitos continuarán conviviendo con el derecho internacional existente.

Las decisiones judiciales citadas en esta obra contienen numerosas referencias al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que ha sido ratificado por 24 de los 35 países de América[2]. ¿Podrá esto fomentar una visión más homogénea del derecho penal internacional en los sistemas jurídicos nacionales de América Latina y una mayor armonía entre las definiciones y los conceptos del derecho interno y los del derecho internacional? Ciertamente, el Estatuto de Roma no puede ser considerado en su totalidad como expresión del derecho internacional consuetudinario. Los artículos 6 a 8 articulan en gran medida, aunque no totalmente, el derecho internacional consuetudinario, como surge claramente del artículo 10. La definición de crímenes de lesa humanidad requiere una conducta que supone la ejecución múltiple de los actos enumerados en el artículo 7, la prueba de que se trata de una política y un nexo entre ambas. Esto no refleja el derecho internacional consuetudinario. Lo mismo se aplica al vínculo que, según el Estatuto, debe existir entre un acto de persecución y otro acto en la categoría de crímenes de lesa humanidad o cualquier otro acto que constituya un delito con arreglo al Estatuto de Roma. Las definiciones de algunos de los actos que configuran delitos de lesa humanidad, como el embarazo forzado, no reflejan el derecho internacional consuetudinario existente pero resultan bastante esclarecedoras. Los supuestos de responsabilidad son el más claro ejemplo del compromiso que subyace al proyecto del Estatuto de Roma. El derecho internacional sobre este tema, a excepción de la responsabilidad de los jefes militares, se desarrolló a partir de los sistemas nacionales, y ya se han desarrollado ampliamente conceptos adecuados sobre responsabilidad penal en el derecho interno. Es posible que en los próximos años haya desarrollos en materia probatoria en los juicios nacionales por delitos internacionales, como resultado de la práctica internacional en evolución, y que, por ejemplo, esto provoque la eliminación del requisito de pruebas médicas y la presunción de ausencia de consentimiento en casos de violación sexual, o que se ponga fin a la necesidad de identificar de manera positiva a las personas fallecidas, cuando estos dos actos (violaciones sexuales y privaciones arbitrarias de la vida) sean considerados como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Sin embargo, el Estatuto de Roma es mucho más que un documento jurídico. Su reiterada mención en los casos analizados en la presente obra refleja la esperanza de las poblaciones de la región de que este tipo de atrocidades no se repitan nuevamente. De hecho, la prevención de futuros delitos se menciona expresamente en el preámbulo del Estatuto de Roma como el objetivo de terminar con la impunidad. Esperar que los Estados y los grupos armados no cometan genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra pareciera ser una expectativa no demasiado ambiciosa. Sin embargo, la complacencia sería una estrategia riesgosa.

Los procesos de democratización, o el progreso humano en general, no son necesariamente irreversibles y América Latina no es la excepción, como queda demostrado por los sucesos recientes en Honduras. En muchas partes de la región, los órganos elegidos democráticamente aún no ejercen poder sobre las fuerzas armadas y de seguridad ni tienen independencia respecto

[2] Algunos de los países que aún no han ratificado el Estatuto de Roma son Estados Unidos de América, Brasil, Cuba, El Salvador, Nicaragua, Haití, Bahamas, Santa Lucía, Granada y la Guayana Francesa.

de grupos de intereses o el crimen organizado. Dado que muchas de las democracias de la región son frágiles, las sociedades deben cuidar continuamente el aglutinante que las mantiene unidas. Los conflictos pasados en esta región, independientemente de que estuvieran o no sesgados en términos ideológicos, étnicos, políticos o raciales, estaban relacionados casi indefectiblemente con el tema de los recursos. Es posible que en el futuro se desaten conflictos nuevos, e incluso globales, vinculados con los recursos naturales. Los sistemas jurídicos nacionales pueden aplicar nuevamente una combinación de normas nacionales e internacionales, como lo hicieron en estos casos, para prevenir y paliar el sufrimiento causado no solo por los ataques contra la vida y la integridad, sino también la discriminación y marginalización causadas por la violación de los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, el derecho puede ayudar a impedir que vuelvan a surgir las causas de los conflictos y las represiones del siglo pasado.

Es esencial para el futuro que las normas internacionales de derechos humanos adquieran un rol preponderante y se arraiguen en los sistemas regionales y nacionales de América. Si bien muchas de las violaciones de derechos humanos pasadas y actuales en esta región no se encuadran en las categorías restringidas de crímenes internacionales, su protección es crucial para evitar que se repitan las condiciones que propiciaron las violaciones masivas y sistemáticas. Si bien el Estatuto de Roma puede ofrecer ciertas pautas normativas para la prevención de los más aberrantes crímenes internacionales, la protección de los derechos humanos de las poblaciones de América Latina en forma diaria es el principal medio para lograrlo.

Al mismo tiempo, estos sistemas jurídicos enfrentarán mayores demandas para combatir el crimen transnacional utilizando, una vez mas, una combinación de normas y técnicas nacionales e internacionales para responder a la trata de personas, el narcotráfico, el contrabando y los delitos de "cuello blanco", como el lavado de dinero, la corrupción, la evasión fiscal y el fraude, que atentan contra el desarrollo social y económico de las personas de la región.

El rol de los sistemas nacionales de justicia no consiste solamente en la aplicación de las normas jurídicas a efectos de determinar una serie de hechos. Los casos como los destacados en este compendio han generado impacto jurídico y político. Los jueces de la región han aplicado el derecho nacional e internacional y, en algunos casos, el derecho internacional humanitario, a delitos cometidos durante las dictaduras y los conflictos armados internos. Lo han hecho a menudo ante la inacción o la manifiesta oposición de gobiernos y legislaturas. Si bien algunos Estados han creado herramientas legislativas y de política penal en esta área, han sido los jueces quienes han debido ponerlas en práctica.

No se trata de activismo judicial sino de una evolución natural y necesaria, que se sustenta en la encarnación moderna de la tradición de derecho continental, más allá de los matices con que se presenta en cada país de América Latina. Estos desarrollos también inciden en la forma en que estos casos se vinculan con numerosos procesos de consolidación democrática vigentes en la región. La tradición continental post-revolucionaria tenía una visión sumamente estricta de la separación de poderes que permitía proteger a los ciudadanos del ejercicio arbitrario del poder por parte de monarcas y sus representantes electos, pero rechazaba la posibilidad de que los jueces tuvieran facultades legislativas así como la doctrina del *stare decisis*, según la cual los jueces se basan en sus propios precedentes o en los de otros jueces para fundamentar sus decisiones. Los representantes elegidos por el pueblo promulgarían leyes claras, preferentemente en lenguaje llano que pudiera ser entendido por el público, que contemplarían cualquier situación futura posible, de modo que los jueces no harían más que aplicar dichas leyes. Sin embargo, en

un contexto de dictaduras militares o civiles, como las que proliferaron en toda América Latina, este modelo fracasó. Las leyes fueron escritas o usurpadas por las dictaduras, y tanto la ley como los profesionales del derecho fueron puestos al servicio directo de quienes cometían crímenes aberrantes contra su propio pueblo. A su vez, si bien los ulteriores legisladores democráticos de algunos estados han intentado incorporar el derecho penal internacional a los códigos nacionales, con frecuencia la ley no prevé las circunstancias fácticas particulares de la criminalidad masiva ni las formas complejas de participación. Ante estas dos realidades, los jueces han tenido que asumir un rol proactivo no sólo de complementación normativa, sino también de restablecimiento de un equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de los ciudadanos.

Los casos recogidos en esta obra, por lo tanto, forman parte también de una tendencia hacia relaciones civiles y militares más saludables y hacia una mayor rendición de cuentas del sector político, comenzando por la primera y la más importante medida: demostrar que nadie está fuera del alcance de la ley. La influencia regional de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y de la Organización de los Estados Americanos en la fijación de estándares y el desarrollo de normas continúa ofreciendo una legitimidad internacional crucial que genera las condiciones para que los jueces asuman este rol vital a nivel nacional. Las instancias nacionales de aplicación de la ley, los fiscales y los jueces pueden, mediante sus actos en este tipo de casos, continuar reforzando la confianza entre los Estados y los ciudadanos en aquellos países en los que ésta se haya quebrado, de modo que las futuras poblaciones de esos países puedan creer y confiar en que sus instituciones públicas pueden proteger sus derechos fundamentales. Este es uno de los pilares de cualquier contrato social y, además, resulta fundamental para respaldar la democracia como forma ideal de gobierno en la región.

Los logros documentados en estas páginas han tenido un costo inaceptable para muchas personas, ya que reflejan las demoras, la ansiedad y el perjuicio para la vida y la subsistencia de quienes han exigido e impartido justicia a través de los años. Como consecuencia de estos mismos riesgos, muchas iniciativas quedaron truncas o nunca fueron intentadas. No obstante, se trata de logros innegables. Teniendo en cuenta las circunstancias en que fueron adoptadas, la profundidad y la calidad de muchas de estas decisiones resultan especialmente movilizadoras. En demasiados países de América Latina participar en un proceso penal en calidad de testigo, víctima, fiscal o juez continúa representando una experiencia con potencial riesgo para la vida, especialmente cuando se cuestiona el poder de autoridades estatales, los intereses creados o las organizaciones delictivas. En el caso de los acusados, aún persiste el riesgo de detención ilegal, de malos tratos durante la detención y de errores judiciales. Por consiguiente, los jueces y demás participantes en el proceso penal necesitan recibir apoyo continuo tanto de América Latina como de fuera de esta región, a fin de cumplir su rol de manera segura, eficiente y sin presiones.

Por último, con respecto al impacto global de estos casos y la tendencia que representan, desde una perspectiva jurídica es improbable que los intentos por extender los elementos de los delitos internacionales tengan efectos más allá de sus consecuencias inmediatas. La jurisprudencia analizada en esta obra puede ofrecer un aporte significativo de alcance global en lo que respecta al derecho sobre la responsabilidad penal individual, en especial, la autoría mediata y la coautoría, contempladas en el Estatuto de Roma. Efectivamente, las decisiones de la Corte Penal Internacional ya han hecho mención de los acontecimientos latinoamericanos en este ámbito a efectos de contribuir a la interpretación del Estatuto de Roma. El volumen actual

y esperado de decisiones jurisprudenciales de los sistemas nacionales de América Latina, en comparación con los tribunales internacionales, puede generar una jurisprudencia más valiosa a nivel nacional durante los próximos años, que beneficie a las jurisdicciones internacionales. Es posible que, con el tiempo, la práctica y la opinión jurídica de los Estados de la región y la doctrina de sus promotores académicos definan o impulsen nuevas normas consuetudinarias internacionales.

En términos procesales, el rol clave que han tenido las víctimas y sus representantes en los procesos penales en varios países de América Latina puede tener impacto fuera de la región. En otros lugares, incluso en jurisdicciones que se rigen por el sistema de *common law,* están siendo evaluadas distintas opciones para ampliar o mejorar la participación de las víctimas y sus familiares en los procesos penales.

En un sentido más amplio, estos casos continúan exportando las experiencias valiosas provenientes de América Latina. La región proporcionó los ejemplos más recientes de comisiones de investigación sobre desapariciones forzadas y delitos vinculados a esta práctica, en Bolivia, Uruguay, Argentina y Chile, en particular. Posteriormente, y a través de la conformación de las innovadoras Comisiones de la Verdad en El Salvador y Guatemala, y posteriormente en Perú, llevó a cabo una valiosa documentación histórica de los conflictos, sus causas y consecuencias. Actualmente, América Latina invoca argumentos jurídicos rigurosos contra el uso ilegal de amnistías y aplica normas procesales que permiten la rendición de cuentas y, a la vez, protegen los derechos que integran el debido proceso de los acusados. Los tribunales nacionales de América Latina están tratando conceptos cruciales en forma simultánea o incluso con anterioridad a su análisis por los tribunales penales internacionales, como las excepciones permitidas al principio de *non bis in idem* en el derecho penal internacional, para aquellos casos en que se intente sustraer al acusado de su responsabilidad penal mediante investigaciones y juicios que no son más que una parodia. Muchos Estados de la región se enfrentan a desafíos mayores que los de cualquier institución internacional, en lo que respecta al volumen, la selección y la determinación de la prioridad de los casos, y cuentan además con recursos más limitados.

Estas son algunas de las razones por las que resulta tan positivo que este importante volumen de casos en español sea traducido y reciba amplia difusión fuera de la región. El continente americano y el mundo tienen mucho para aprender de los errores, las batallas y los triunfos de los sistemas de justicia latinoamericanos y del sacrificio de quienes nunca renunciaron a su lucha por conseguir que dichos sistemas respondan a las víctimas y a los sobrevivientes de estos terribles crímenes.

Susan Kemp,
Consultora Senior (Persecución Penal)
Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés)
La Haya, agosto de 2009

La **Fundación para el Debido Proceso Legal** (DPLF, por sus siglas en inglés) es una organización sin fines de lucro, fundada en 1998 por el profesor Thomas Buergenthal, actual juez de la Corte Internacional de Justicia, y sus colegas de la Comisión de la Verdad para El Salvador, cuyo mandato es promover la implementación de políticas públicas dirigidas a mejorar los sistemas nacionales de justicia y de esa manera fortalecer el estado de derecho en América Latina. DPLF realiza su trabajo a través de tres áreas programáticas: a) acceso igualitario a la justicia, b) rendición de cuentas y transparencia judicial y c) justicia internacional.

El área de justicia internacional promueve la rendición de cuentas *(accountability)* y las reparaciones tanto por graves violaciones de derechos humanos como las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y las torturas, como por crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad; impulsa la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la difusión de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales; apoya iniciativas nacionales como las comisiones de la verdad y las reformas legales que posibiliten alcanzar la justicia en las sociedades de América Latina. Igualmente, promueve el uso de la jurisdicción universal y la extradición como mecanismos que permiten procesar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales, siempre de conformidad con las normas nacionales e internacionales de debido proceso.

1779 Massachusetts Ave., NW, Suite 510A
Washington, D.C. 20036

T: 202-462-7701 | **F:** 202-462-7703
info@dplf.org | www.dplf.org

Due Process of Law DPLF Debido Proceso Legal

UNIVERSITY OF NOTRE DAME THE LAW SCHOOL

The United States Institute of Peace

Esta es una publicación del área de justicia internacional, con el apoyo financiero de:
United States Institute for Peace (USIP)