

BOLETÍN SEMESTRAL GLIPGö

GRUPO LATINOAMERICANO DE INVESTIGACIÓN PENAL GÖTTINGEN



DIRECTOR

PROF. DR. KAI AMBOS

JUEZ DEL TRIBUNAL ESTADUAL DE GÖTTINGEN

COORDINADORA

DRA. MARIA LAURA BÖHM

GLIPGö

DRA. MARIA LAURA BÖHM (ARG)

MARÍA CECILIA DÓMINE (URU)

RODRIGO GONZALEZ-FUENTE RUBILAR,

LL.M. (CHI)

LUIS A. GUIJARRO SANTOS (ECU)

FLORIAN HUBER, LL.M. (ALE)

ROBERTO RAÚL PÉREZ GONZÁLEZ (MEX)

ENEAS ROMERO DE VASCONCELOS (BRA)

DIEGO F. TARAPUÉS SANDINO (COL)

JOHN E. ZULUAGA TABORDA LL.M. (COL)

DIRECCIÓN

LEHRSTUHL PROF. DR. KAI AMBOS

INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN

PLATZ DER GÖTTINGER SIEBEN 5

37073 GÖTTINGEN

ALEMANIA

CONTACTO

Tel.: 0049-551 - 39 - 7834

Fax: 0049-551- 39 - 22155

Mail: GLIPGoe@gmx.de

DISEÑO

Luis A. Guijarro Santos



ISSN

2193-9675

ÍNDICE

CARTA DE PRESENTACIÓN

2

ARTÍCULOS

JOHN. E. ZULUAGA TABORDA

3

Sobre la (dis)funcionalidad de la llamada "fase administrativa" del proceso de justicia y paz en Colombia

RODRIGO A. GONZÁLEZ-FUENTE RUBILAR

10

Breve reseña sobre el tipo penal de tortura en Chile luego de la reforma que incorpora a la legislación interna la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

17

Un esbozo a la judicialización del ex presidente Fujimori: un referente judicial para la región

MARIA LAURA BÖHM

23

Reseña de la medida de seguridad ulterior (§ 66 b StGB)

NOVEDADES GLIPGö

28

Novedades sobre las actividades del GLIPGö

INTERCAMBIO

Dr. Eugenio C. Sarrabayrouse

29

Dos tardes con el Grupo Latinoamericano de Investigación del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen

Miguel Tedesco Wedy

29

GLIPGö, Ciência e Hospitalidade

Josiane Reis Susin

30

Incentivando o futuro, com competência e hospitalidade

Queridos lectores!

Nos alegra poder hacerles llegar este primer número del Boletín Semestral GLIPGö. Se trata de un nuevo emprendimiento del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen, conformado por estudiantes, doctorandos e investigadores latinoamericanos que están llevando adelante sus estudios y trabajos de investigación en el Departamento de Derecho Penal extranjero e internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen, bajo la dirección o con el apoyo académico del Prof. Dr. Kai Ambos.

En la sección Artículos les haremos llegar adelantos de los trabajos de investigación de los miembros del GLIPGö así como reseñas de reformas legislativas y jurisprudencia del ámbito alemán y europeo. En este primer número encontrarán un adelanto de trabajo de investigación sobre la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, de John E. Zuluaga Taborda (Colombia), un artículo dogmático sobre el tipo penal de la tortura, de Rodrigo González-Fuente Rubilar (Chile), un detallado comentario sobre la sentencia al ex-presidente Fujimori, de Diego F. Tarapués Sandino (Colombia) y, finalmente, una reseña sobre el recorrido en la legislación y derogación de la medida de seguridad ulterior del Código Penal alemán, de quien suscribe (Argentina). En la sección Novedades daremos a conocer precisamente las actividades que ha desarrollado o que están siendo organizadas por el GLIPGö en sus tareas de investigación y difusión. En este primer número destaca la Escuela de Verano que tendrá lugar en Göttingen en septiembre de este año. La sección Intercambio irá dando cuenta de algunas de las muchas visitas que solemos recibir en Göttingen por parte de profesores y estudiantes latinoamericanos, teniendo por objetivo resaltar lo valioso de los espacios de encuentro y mutuo aprendizaje que procuramos ofrecer desde el GLIPGö a nuestros colegas latinoamericanos interesados en la vida académica y científica del ámbito penal en Alemania. Cada visita nos enriquece académica y humanamente, y en muchos casos, marca el inicio de nuevas amistades. La visita que hemos recibido de 40 estudiantes de la Universidad Unisinos (Brasil) el pasado septiembre es sin lugar a dudas el tema destacado de esta sección en este primer número.

El Boletín Semestral GLIPGö está ideado como canal de comunicación entre investigadores latinoamericanos interesados en el Derecho Penal, en el Derecho Procesal Penal, en el Derecho Penal Internacional, en la Criminología, en la protección de los Derechos Humanos y en toda aquella rama familiar o relacionada con estas disciplinas. De esta manera queda planteada nuestra propuesta de intercambio y mutuo aprendizaje entre quienes nos estamos desarrollando en investigación en Göttingen y quienes lo hacen en nuestra querida América Latina. Comentarios, consultas o sugerencias que colaboren con la mejora de esta iniciativa serán muy bienvenidos.

Los saludo muy cordialmente en nombre del Director y los miembros del GLIPGö,

Dra. María Laura Böhm
Coordinadora



GLIPGö

(en la foto faltan: Prof. Dr. Kai Ambos y Florian Huber)

Sobre la (dis)funcionalidad de la llamada “fase administrativa” del proceso de justicia y paz en Colombia

John E. Zuluaga T.*



1. Consideración preliminar

El procedimiento de la Ley 975 de 2005 ha previsto la disolución de grupos armados organizados al margen de la ley (en adelante “GAOML”), ya sea de manera colectiva o individual (desmovilización)[2], y la dejación de armas[3] como actos iniciales y previos a la investigación y judicialización de los integrantes de dichos grupos postulados al proceso de justicia y paz[4]. Estos actos se llevan a cabo en la llamada fase administrativa[5], es decir, aquella en la que, sobre la base de un acuerdo de paz o entrega personal y voluntaria, se desarrolla la desmovilización de integrantes de GAOML (paramilitares o guerrilleros) para habilitar la postulación de los mismos al trámite judicial de la Ley 975, que define la concesión del beneficio de pena alternativa[6]. Dicha fase resulta determinante para el procedimiento de justicia y paz por dos razones: a) en ella se concreta el cese de hostilidades del GAOML o de uno(s) de sus miembros por medio de la desmovilización y dejación de armas; b) como consecuencia de lo anterior, se determinan aquellos desmovilizados a partir de los cuales se intenta la realización de los mandatos de verdad, justicia y reparación previstos en la Ley 975, activando la competencia de la Fiscalía para el inicio de la investigación[7].

La etapa administrativa, con cuyo desarrollo se pretende determinar el alejamiento de las actividades armadas y el cese de vulneraciones a derechos humanos por parte de los GAOML o de sus integrantes, ha sido especialmente cuestionada por la ineficacia del rompimiento militar o cese de hostilidades frente a dichos propósitos[8]. El rearme de desmovilizados[9] ha sido la repercusión crítica más destacada de los procesos de desmovilización, desarme y reinserción (en adelante “DDR”) llevados a cabo con los

grupos paramilitares en la fase administrativa previa al trámite judicial de la Ley 975[10]. Asimismo en los ámbitos jurídicos y operativos se han resaltado falencias que han tenido un papel determinante en la puesta en marcha del procedimiento judicial previsto en dicha Ley[11].

2. Limitaciones de la fase administrativa

Los rompimientos militares realizados en el marco de las Leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 por un GAOML o sus integrantes, especialmente de corte paramilitar, han dejado ver una eficacia parcial como ejercicio de licenciamiento de dichos integrantes frente a actividades hostiles o delictivas. Con los grupos paramilitares, el cese de hostilidades que suponen los procesos de DDR parece ser disfuncional frente a las (continuas) prácticas de violencia que se desarrollan en algunas regiones de Colombia[12]. Las explicaciones a dicha problemática han resaltado, por un lado, una serie de limitaciones vinculadas a la concepción normativa y desarrollo práctico de la fase administrativa, es decir, en su planificación y ejecución. Por otro lado, los análisis han estado inclinados a explicar que el cese de hostilidades de estos grupos (desmovilizaciones) en escenarios de conflicto como el colombiano no puede llegar a determinar la neutralización de las prácticas violentas al tener éstas múltiples fuentes/intereses de producción y reproducción[13].

Sobre la concepción normativa y ejecución de la fase administrativa (véase infra 2.1. a 2.6.) se advierten fundamentalmente 1) limitaciones del marco legal y 2) aplicación residual del mismo, 3) desarmonía de las modalidades de desmovilización, 4) ineficacia de los programas de reintegración, 5) deficiencias en la orientación de las zonas de concentración y 6) falencias en la verificación de la identidad de integrantes de GAOML desmovilizados así como en la confección de la lista de postulados. Acerca de la continuidad de las prácticas violentas, se afirma reiteradamente la peculiaridad de los procesos de DDR con los grupos paramilitares, en tanto se llevan a cabo en un contexto

marcado por la persistencia en el conflicto (véase infra 2.7.). En términos más generales, también se ha dicho que la eficacia parcial de los rompimientos militares frente a la reproducción de prácticas violentas de los ex-integrantes de grupos paramilitares desmovilizados puede estar vinculada al hecho de que 7) la violencia paramilitar es parte del *modus vivendi* de agentes sociales específicos y, a su vez, se trata de una estrategia que asegura la continuidad del equilibrio de su estatus[14].

2.1. Del marco legal

Por un lado, el desarrollo de los procesos de DDR se ha caracterizado por la ausencia de referentes normativos claros y precisos[15]. Ante la falta inicial de parámetros claros para controlar o supervisar el proceso de DDR desde su inicio y, también, determinar el alcance de la intervención de desmovilizados en el mismo y de los beneficios a manera de contraprestación, se dejó ver una expansión posterior de reglamentos y condicionamientos jurisprudenciales, fundamentalmente a los fines de adecuar aquella a estándares internacionales en materia de justicia transicional[16]. De la expansión reglamentaria se destaca la forma en que se desarrollaron múltiples excepciones a algunas normas que imponen compromisos especiales a los intervinientes, como en el caso de los procesos de DDR[17] y, con ello, la manera como se estimuló cierta flexibilización de garantías judiciales fundamentales incorporadas por la Ley 975[18]. Esta situación parece haber moldeado la sustanciación del procedimiento sobre la base de criterios de “oportunidad y pertinencia” (política),[19] con lo que se gestó entonces un escenario con variables discrecionales de decisión para el cumplimiento de los propósitos fundamentales del proceso de justicia y paz.

2.2. Aplicación residual

A ello se suma una participación discrecional y residual de los diferentes componentes de la estructura paramilitar en Colombia. La organización paramilitar en la LJP ha sido

reducida al concepto de GAOML, es decir, a un “grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa o integral de los mismos como bloque, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trata la Ley 782 de 2002.” (inc. 2 Art. 1 Ley 975)[20]. En este sentido, el propósito de dicha ley se circunscribe exclusivamente a los combatientes, dejando a un lado otros componentes de su estructura-contexto, como las redes de apoyo civiles, políticas y económicas[21]. Con ello, los rendimientos de los procesos de DDR son restringidos desde su configuración normativa y, asimismo, la aplicación de la LJP.

2.3. Desarmonía de las modalidades de desmovilización

Esto cobra mucho más sentido si se observa la importancia de desmovilizaciones tanto individuales, como también colectivas de solo ciertas cuadrillas o agrupamientos dentro del GAOML en el modelo de DDR utilizado en la LJP; es decir, el enfoque individual y de atención focalizada que ha persistido en la fase administrativa, en el sentido de priorizar especialmente las desmovilizaciones individuales[22]. Con ello se pone de manifiesto el énfasis de obtener ventaja militar a través del programa de desmovilizaciones, siendo estas desarrolladas en una lógica de guerra, es decir, bajo el sometimiento militar del GAOML[23]. La fase administrativa parece concebirse como estrategia de guerra, como un recurso jurídico-político para reducir la capacidad de combate de los GAOML[24]. De esta manera, queda en entredicho la idea de esta fase como un escenario de transición a la reinserción y como soporte para la realización de verdad, justicia y reparación. De ahí que el interés fundamental continúe siendo la desmovilización individual (ahora esencialmente de guerrilleros), pues la misma está supeditada a la cooperación en información por medio de las entrevistas militares[25].

2.4. Sobre los programas de reintegración

Dicha crítica ha sido acentuada, además, por

la desatención a las particularidades del proceso de reincorporación de los desmovilizados[26]. En ese sentido, parece ser que el desmovilizado se enfrenta, con su entrega, a más dificultades que ventajas. En las desmovilizaciones individuales se destacan falencias en la aceptación de desertores de GAOML por parte de las autoridades administrativas y en el tratamiento que intenta conducir a la reincorporación civil de los desmovilizados. En gran medida, las unidades militares oficiales se han ocupado de la recepción de desertores; sin embargo, las primeras asistencias otorgadas han sido deficientes, al punto de negarse su concesión en algunos casos debido a la falta de presupuesto[27]. Junto a ello, los programas de reincorporación no han funcionado en las mejores condiciones ni estimulado una correcta rehabilitación del desertor[28].

2.5. Acerca de la intervención de organismos judiciales

A ello se ha sumado la falta de preparación de los organismos judiciales que actuaron en la primera etapa de la fase administrativa, especialmente la de aquellos responsables de la orientación de las zonas de concentración[29]. Por un lado se advirtieron serias limitaciones en las tareas de recolección de información durante las entrevistas con los desmovilizados y, por otro lado, se dejaron ver deficiencias especiales en la recolección de armamento de los desmovilizados[30]. Con la orientación de las zonas de concentración, se dio constancia de la falta de herramientas de control y la falta de sistematización de los mecanismos destinados a identificar a los desmovilizados y de recolección de los primeros elementos probatorios que contribuyan a determinar la responsabilidad penal de los mismos[31].

2.6. Deficiencias en la verificación de identidades

Fuertemente cuestionados fueron los ejercicios de verificación de identidades de integrantes de GAOML en los procesos colectivos de desmovilización[32]. Por un parte, las identificaciones hechas solo a partir

del "alias", no permitieron conocer los antecedentes penales de los desmovilizados, produciendo una potencial falta de judicialización respecto de algunas personas del grupo. Por otra parte, faltó una debida constatación de la información suministrada por los voceros de los grupos junto con el listado de integrantes del GAOML por la oficina del Alto Comisionado para la Paz. La elaboración de la lista de postulados aludida mostró en la práctica dificultades en la determinación de los nombres a incluir. En razón de la dinámica del proceso de concentración – que antecede a la desmovilización y entrega de armas – la confección de la lista se realizó en las zonas de ubicación, paralelamente con la llegada de los sujetos que se iban a desmovilizar[33]. Con la elaboración del listado de manera concomitante a la concentración de paramilitares hubo en las tales zonas cierta discrecionalidad en la inclusión o exclusión de nombres, lo que facilitó que personas no integrantes del grupo accedieran a la desmovilización y a sus primeros beneficios.

2.7. Del contexto de los programas de DDR

Por otro lado, de manera paralela a las dificultades normativas y prácticas, pero como razones mucho más profundas, se ha discutido sobre el contexto que soporta los programas de DDR y el desarrollo de la fase administrativa. Como se señaló anteriormente, se resalta en este enfoque que el proceso con los paramilitares se enmarca en un campo donde persiste el conflicto armado interno, flujos económicos provenientes de economías ilegales y diferentes controles locales armados de procesos políticos y sociales[34]. Estos factores determinan la evolución actual de la violencia colombiana y, asimismo, del paramilitarismo, el cual se llega a transformar al ritmo de factores muchos más complejos que el proceso de DDR. El contexto que envuelve el paramilitarismo tiene condiciones particulares, así como su trayectoria histórica. En ese campo aún persisten razones que hacen proclive un modus vivendi que lleva necesariamente a prácticas sociales basadas en la violencia[35]. La violencia sigue estando incorporada a las prácticas de agentes y

sectores sociales y sirve para mantener o romper el status quo. Ello quiere decir, también, que los paramilitares (desmovilizados o no) continúan siendo “jugadores” de dicho contexto, en el que han nacido y, a la vez, contribuyen a conformar, por lo cual tampoco finalizaran por imposición externa, como un proceso de DDR[36].

3. A manera de conclusión

La fase administrativa y el proceso de DDR iniciaron con resultados importantes e inmediatos en la desmovilización, con un avance muy relativo en lo referido al desarme y con un fracaso en el mediano y largo plazo en el aspecto de la reinserción. Ello se debe no solo a limitaciones vinculadas a la configuración normativa y al desarrollo práctico de dicha fase, sino también al hecho de que en el resto del “Espacio Social Colombiano” no se han producido los cambios necesarios para evitar un retorno a las armas, mejor dicho, aun se conserva la violencia como factor de orden. Esto advierte, además, la necesidad de que los balances sobre la fase administrativa y los procesos de DDR y, en general, sobre el procedimiento de la LJP que se soporta en aquellos, tengan en cuenta variables de análisis más pertinentes para medir sus rendimientos, específicamente aquellas que llegan a considerar la estructura y la trayectoria de ese espacio social[37]. Una concepción parcializada de los propósitos y de los desarrollos de dichos procesos, causará que se continúe con una dinámica – no sólo en relación a los paramilitares, sino también con respecto a otros agentes armados – de altísimos costos económicos, sociales y políticos y, a su vez, de resultados parciales y limitados en el tiempo.

* Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia), Becario del DAAD e integrante del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal de Göttingen (GLIPGo).

[2] Art. 9 Ley 975 de 2005: “Desmovilización. Se entiende por desmovilización el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la Ley, realizado ante autoridad competente. La desmovilización del grupo armado organizado al margen de la Ley se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley 782 de 2002.”

[3] El marco normativo del proceso de “justicia y paz” no prevé una definición expresa del significado de desarme. La dejación de armas esta prevista como un requisito de elegibilidad para el acceso a los beneficios de la Ley 975 de 2005 (Arts. 10.1 y 11.3). La certificación de este momento está a cargo del Comité Operativo para la Dejación de Armas (CODA) regulado fundamentalmente por los decretos 1385 de 1994 y 128 de 2003 arts. 11 y 12. En Colombia, la recolección y almacenamiento de armas en los procesos de DDR está a cargo de la Fiscalía General de la Nación. El depósito del material de guerra lo realiza el departamento de control de comercio de armas del comando general de las Fuerzas Militares (FF.MM.), brigada logística.

[4] El soporte jurídico de este primer momento está constituido fundamentalmente por las Leyes 418 de 1997, 782 de 2002 y los Decretos 128 de 2003, 3360 de 2003, 4760 de 2005, 880 de 2008 y 1059 de 2008. Especialmente el Decreto 128 de 2003 modificado por el Decreto 395 de 2007 arts. 1-6, delimitan los pasos del proceso de desmovilización y de reincorporación a la vida civil, estableciendo los beneficios preliminares correspondientes y los propios del momento de reincorporación.

[5] Si bien el trámite de carácter administrativo que tiene como presupuestos la desmovilización, desarme y reinserción está regulado en el marco jurídico del proceso de “justicia y paz” (véase supra nota 4), el término “fase administrativa” ha sido introducido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aludiendo a una etapa en la que compete al Gobierno nacional la elaboración de la lista de desmovilizados que se postulan a los beneficios de la Ley 975. (Véase Sala de Casación Penal, auto del 27 de Agosto de 2007, rad. 27873, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, sección 2.1. “Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005”; auto del 23 de agosto de 2007, rad. 28040, M.P. María del Rosario González de Lemus, sección 2 Consideraciones de la Corte, cuestión previa; auto del 25 de septiembre de 2007, rad. 28040, M.P. María del Rosario González de Lemus, Consideraciones de la Corte, “Estructura del proceso de justicia y paz.”; auto del 1 de julio de 2009, rad. 31789, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, Consideraciones de la Corte; auto del 31 de julio de 2009, rad. 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Consideraciones de la Corte).

[6] Dicha postulación se hace por medio de un listado especial regulado por el art. 3 del Decreto 4760 de 2005. Según el art. 3 Ley 975 de 2005, “alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley.”

[7] El inicio judicial del procedimiento está determinado por el arribo de la lista de postulados a la Fiscalía general de la Nación, con lo cual se activan legalmente las competencias de ésta en el procedimiento para iniciar las actividades relativas al esclarecimiento de la verdad material, la determinación de autores y partícipes y la identificación de bienes destinados fundamentalmente a la reparación (véase art. 16 Ley 975 de 2005).

[8] Así por ejemplo Amnistía Internacional “Déjenos en Paz. La población civil, víctima del conflicto armado interno en Colombia”, 2008, pp. 22-27. Disponible en <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/colombia-paz-conflicto-armado-datos-cifras-20081028> (visto por última vez el 23 de febrero de 2011); Beck, Katharina, *Der Demobilisierungsprozess der Paramilitärs in Kolumbien unter Alvaro Uribe*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008, p. 69 ss.; CIDH “Informe sobre la implementación de la Ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales”, disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/III%20Informe%20proceso%20desmovilizacion%20Colombia%20final.pdf> (visto por última vez el 23 de febrero de 2011) párrs. 106-108; MAPP-OEA, informes trimestrales “sexto” a “décimo cuarto” disponibles en http://www.mapp-oea.org/index.php?option=com_content&view=article&id=22&Itemid=74 (visto por última vez el 23 de febrero de 2011); Human Rights Watch *Smoke and Mirrors. Colombia’s demobilization of paramilitary groups*, Washington, agosto de 2005, pp. 28-35, disponible en <http://www.hrw.org/en/reports/2005/07/31/smoke-and-mirrors-0> (visto por última vez el 23 de febrero de 2011); Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, El Autor, 2008, pp. 18-27; Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) et al, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente*, Bogotá, El Autor, 2009, pp. 24-36; Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, Informe primera fase, Madrid, CITpax, diciembre de 2008, p. 91, Segundo informe pp. 114-115, tercer informe pp. 78-81, 94-97 y 113-116; Procuraduría General de la Nación (PGN), Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción. Derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos - Tomo IV, Bogotá, USAID, 2008, p. 228-229; Alonso Espinal, Manuel/Valencia Agudelo, Germán Darío et al. Estudio sobre el proceso de desmovilización, desarme y reinserción en Antioquia: anotaciones desde lo local, Medellín, Comisión Departamental de seguimiento y acompañamiento al Proceso de Desmovilización, Desarme y Reinserción en Antioquia, 2007, pp. 51 ss.; Fundación Ideas para la Paz (FIP) “Reintegración y seguridad ciudadana en Medellín: un balance del programa de paz y reconciliación (2004-2008)”, en Serie de informes n. 8, Bogotá, junio de 2009, pp. 14-27, disponible en http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/download_publicaciones/reintegracion_seguridad_final_version_web.pdf (visto por última vez el 23 de febrero de 2011), p. 33; Bastidas, William, “Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien?”, en *Autoritärer Staat und paramilitärische machtnahme in Kolumbien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung*, Berlin, FDCL e.V. & Kolumbienkampagne berlin (ed.), 2007, p. 27.

[9] Sobre el rearme puede verse una interesante compilación bibliográfica en <http://www.verdadabierta.com/archivos-para-descargar/category/8-documentos-sobre-rearme> (visto por última vez el 23 de febrero de 2011); véase también Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), *Disidentes, rearmados y*

emergentes: bandas criminales o tercera generación paramilitar?, Bogotá, CNRR, 2007, pp. 13 ss.; FIP, *Para dónde va el paramilitarismo en Colombia?*, en *Siguiendo el conflicto: hechos y análisis* Nro. 58, Bogotá, Enero de 2010, p. 1, disponible en http://www.ideaspaz.org/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=52&Itemid=55&limitstart=60 (visto por última vez el 23 de febrero de 2011); Human Rights Watch, *Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*, Washington, 2010, p. 20 ss., disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2010/02/03/herederos-de-los-paramilitares-0> (visto por última vez el 23 de febrero de 2011); Pizarro, Eduardo, “Reparar el bote en alta mar”, en *Ley de justicia y paz*, Bogotá, Grupo Editorial Norma-Semana, 2009, pp. 127-133; según la MAPP-OEA en su informe décimo tercero del 21 de octubre de 2009 (supra nota 8), advierte que “se ha verificado que en algunas zonas del país ha reaparecido la modalidad de masacres y amenazas, ligadas a la denominada ‘limpieza social’ contra algunas poblaciones vulnerables. Estas últimas son generalmente atribuidas a las denominadas bandas emergentes. También se aprecia que en algunas ciudades capitales y municipios, se ha recrudecido la práctica de delitos de alto impacto como los homicidios, generalmente ejecutados mediante la modalidad de sicariato. Esta situación de inseguridad afecta a víctimas, funcionarios judiciales y participantes del programa de reintegración. En ciertos lugares, las víctimas son amenazadas por intervenir en las versiones libres o por liderar procesos de restitución de tierras. Algunos funcionarios judiciales han sido objeto de intimidaciones en el desempeño de sus labores y de otro lado, desmovilizados han sido hostigados y presionados por los grupos emergentes con el fin de reclutarlos. En determinados casos, estos incidentes han desembocado en la muerte de los afectados.”

[10] Véase INDEPAZ. “Informe comparativo de nuevos grupos narcoparamilitares 2008-2009”, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/382_Informe%20comparativo%20Nuevos%20grupos%202008%20-%202009%20INDEPAZ.pdf (visto por última vez el 23 de febrero de 2011); Human Rights Watch (supra nota 9) pp. 35-40 citando otras fuentes; sobre la tipología y carácter de estos nuevos grupos CNRR (supra nota 9) p. 55-63; un mapa de expresiones delincuenciales postdesmovilización en http://www.semana.com/wf_Documentos.aspx?Tag=BACRIM (visto por última vez el 23 de febrero de 2011); véase también Fundación Seguridad y Democracia, “El rearme paramilitar. Un informe especial”, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/docs/pdf/especiales/informeEspecial16-2.pdf> (visto por última vez el 23 de febrero de 2011).

[11] Véase Ambos, Kai, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, 2010, párr. 136-138; enfáticamente crítico del trámite judicial de la Ley 975 basado en desmovilizaciones CCJ, *Anotaciones sobre la ley de justicia y paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Bogotá, El Autor, 2007, pp. 13-27.

[12] Véase entre otros Alonso Espinal et al. (supra nota 8) p. 51 ss.;

- Chernick, Marc, Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano, Bogotá, Ediciones Aurora, 2008, p. 184; CNRR (supra nota 8) p. 5; CCJ (supra nota 8) pp. 18-21; FIP, "Para dónde va el paramilitarismo en Colombia", en Siguiendo el conflicto: hechos y análisis n. 58, Bogotá, El Autor, Enero 2010, p. 1; Human Rights Watch (supra nota 8) pp. 31-35; ObservatorioCITpax (supra nota 8, 2008) p. 91; Sobre la desmovilización solo como transformación de medios y fines de poder Duncan, Gustavo, Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia, Bogotá, Planeta, pp. 356-363; Orozco Abad, Ivan, Justicia transicional en tiempos del deber de memoria, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2009, p. 171.
- [13] Véase Cuellar, Fidel, "La negociación con los paramilitares desde la teoría de los juegos", pp. 322 ss., en El poder paramilitar, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia-Planeta, Alfredo Rangel (Ed.), 2005; Pardo Rueda, Rafael, Fin del paramilitarismo. Es posible su desmonte?, Bogotá, Ediciones B, 2007, pp. 171 ss.; sobre la inviabilidad de pretensiones de justicia transicional en el contexto del conflicto armado colombiano Arango Rivadeneira, Rodolfo, Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la ley de justicia y paz, Bogotá, Universidad de los Andes-Grupo editorial Norma, 2008, 138-140.
- [14] En ese sentido Duncan (supra nota 12) pp. 364-368; también Theidon, Kimberly, "Transitional Subjects? The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia", en International Journal of Transitional Justice, Volume 1, No. 1, 2007, p. 77, quien califica el contexto social de los procesos de DDR como no preparado para la transición.
- [15] Asimismo Alonso Espinal (supra nota 8) p. 22; Ambos (supra nota 11) párr. 67; CCJ (supra nota 8) p. 209; De la Calle Lombana, Castigo y Perdón en el proceso de justicia y paz con los paramilitares en Colombia, en: Rangel Suarez (Ed.), Justicia y paz ¿cuál es el precio que debemos pagar?, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia, 2009, p. 109, CIDH (supra nota 8) pp. 13 ss. disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/III%20Informe%20proceso%20desmovilizacion%20Colombia%20final.pdf> (visto por última vez el 23 de febrero de 2011).
- [16] Una compilación de la variedad de fuentes normativas y jurisprudenciales puede verse en Ambos (supra nota 11) Anexos 1 y 2; GTZ-Proyecto Profits/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005, Bogotá, GTZ-Emabaja-FGN, 2009, p. K3-K8; una compilación de la jurisprudencia de la C. S. de J. puede verse en Centro Internacional para la Justicia Transicional (CITJ), El proceso penal de Justicia y Paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Bogotá, CIJT/Asdi, 2009.
- [17] MOVICE (supra nota 8) pp. 26 ss.; En ese sentido también Beck (supra nota 8) p. 66; CCJ (supra nota 8) p. 28.
- [18] Asimismo Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), Anotaciones sobre la Ley de justicia y paz: Una mirada desde los derechos de las víctimas, Bogotá, El Autor, 2007, pp. 19-21.
- [19] Comentarios adicionales sobre el tema véanse en Ambos (supra nota 11) párr. 64 s.
- [20] Esta noción debe interpretarse en concordancia con el parág. 1 Art. 2 del Decreto 100 de 2003, según el cual "De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas."
- [21] En ese sentido Duncan (supra nota 12) p. 358; sobre la red política del paramilitarismo véase Corporación Nuevo Arco Iris, Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos, Ed. Intermedio, 2007, p. 13 ss.
- [22] Cárdenas Sarrias, José Armando, Los parias de la guerra: análisis del proceso de desmovilización individual, Bogotá, Ediciones Aurora, 2005, p. 254; Observatorio CITpax 2008 (supra nota 8) p. 80 s.; Figari Layus/Kintzel, Der Demobilisierungprozess in Kolumbien: ein Beispiel für Transitional Justice?, en MenschenRechtsMagazin 13 Jahrgang, Universität Postdam, 2008, Heft 2, p. 261.
- [23] PGN, Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción. Derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos - Tomo I, Bogotá, USAID, 2005, p. 54; PGN (supra nota 8), tomo IV, p. 136.
- [24] Vargas, Alejo/Rubio, Rocío, "Desmovilización y reinserción de ex-combatientes = ¿transición hacia...?", en Conflicto y Seguridad Democrática. Temas Críticos y propuestas, Bogotá, Fundación Social, Fescol, Embajada de la República Federal de Alemania, en Colombia, 2004, pp. 212, 218, 220.
- [25] Vargas (supra nota 24) p. 218; PGN (supra nota 23) tomo I p. 54.
- [26] Cárdenas Sarrias (supra nota 22) p. 255; Theidon (supra nota 14) p. 109 s; Guáqueta, Alexandra/Arias, Gerson, Transicional DDR in Colombia: useful or counterproductive?, Bogota, FIP, 2008, p. 28. Disponible en http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/download_publicaciones/transicional_DDR_Colombia_useful_counterproductive.pdf (visto por última vez el 1 de abril de 2011).
- [27] PGN (supra nota 23), tomo I, p. 55; también Vargas (supra nota 24) p. 221.
- [28] Cárdenas Sarrias (supra nota 22), p. 255. Fundación Social, Los retos de la justicia transicional en Colombia, Bogota, El Autor, 2009, pp. 83 s., 182.
- [29] La zona de ubicación o de concentración, de acuerdo con la Ley 782 de 2002, es un área precisa y determinada del territorio nacional dispuesta para la ubicación de los integrantes de los grupos armados ilegales con los que se adelante un proceso de paz. En esta zona quedará suspendida la ejecución de las órdenes de captura contra ellos, hasta que el Gobierno así lo determine, o declare que ha culminado el proceso. La Fuerza Pública garantizará la seguridad de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley ubicados en la zona.
- [30] CIDH (supra nota 8, 2007) párrs. 22-24; Human Rights Watch (supra nota 8) p. 29.
- [31] CIDH (supra nota 8, 2007) párrs. 34-37; Human Rights Watch (supra nota 8) pp. 30-33.
- [32] Véase CIDH (supra nota 8) p. 4 y ss.; Human Rights Watch, ¿Rompiendo el control?. Obstáculos a la justicia en las investigaciones

de la mafia paramilitar en Colombia, Nueva York, 2008, p. 34; idem (supra nota 9) pp. 21-26; Amnistía Internacional (supra nota 8), p. 25; CCJ (supra nota 8) p. 24; MOVICE (supra nota 8) p. 35.

[33] CIDH (supra nota 8) párr. 11, 12; Human Rights Watch (supra nota 8), p. 34.

[34] Alonso Espinal et al. (supra nota 8) p. 51 ss.; CNRR (supra nota 9) pp. 52-53; Fundación Seguridad y Democracia, "Los grupos armados emergentes en Colombia", p. 4, en Boletín Coyuntura de Seguridad, Bogotá, El Autor, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/allConflicto.asp> (visto por última vez el 23 de febrero de 2011); Romero, Mauricio, Paramilitares y autodefensas 1982-2003, Bogotá, IEPRI/Planeta, 2003, p. 10.

[35] Duncan (supra nota 12) p. 350; Véase Koessl, Manfredo, *Habitus und Gewalt. Paramilitarismus in Kolumbien*. Tesis Doctoral presentada en la Universidad de Hamburgo, Alemania, 2011.

[36] *Ibidem* pp. 351, 365.

[37] En ese sentido Rouw, Hans, "Disarmament, Demobilization, and Reintegration in the Colombian context (report)", en Colombia Report, 15.03.2011. Disponible en <http://colombiareports.com/opinion/157-guests/14895-disarmament-demobilization-and-reintegration-in-the-colombian-context-report.html> (visto por última vez el 1 de abril de 2011). Una constancia de la desatención a dichos factores se plasma en la famosa estrategia "D6", con la cual se pretende combatir los grupos de rearmados (bacrim). El D6 comprende seis líneas de acción enfocadas en desarticular, desmantelar, denegar, disuadir, direccionar y difundir; y cada una estará apoyada en una estrategia operativa diferente que permita acabar con estas organizaciones y reductos que surjan con el tiempo. (en <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-249414-d6-estrategia-de-guerra-contra-bandas-criminales>, visto por última vez el 7 de marzo de 2011).



Breve reseña sobre el tipo penal de tortura en Chile luego de la reforma que incorpora a la legislación interna la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Rodrigo A. González-Fuente Rubilar*



Introducción.

La ratificación de convenciones internacionales exige la adecuación de los ordenamientos internos a los estándares establecidos en dichos instrumentos. Producto de esta obligación, el Estado chileno debió establecer un nuevo tipo penal de tortura al ratificar la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, dando origen a los actuales arts. 150 A y 150 B. A pesar de que el proyecto de reforma original reproducía la tipificación contemplada en la mencionada convención, aquel sufrió fuertes cambios durante su tramitación parlamentaria. En este entendido, el presente comentario tiene por objeto determinar en qué medida el tipo penal de tortura en Chile se adecua a la normativa que obligó a la modificación legal. Para ello, en una primera parte se analizarán brevemente diferentes aspectos derivados del tipo penal de tortura para luego, en una segunda parte, remarcar las posibles similitudes o diferencias existentes entre la norma interna y la internacional.

1. Regulación del tipo penal de tortura en Chile.

El tipo penal de tortura fue modificado en el Código penal chileno (en adelante CP) a través de la Ley N° 19.567 de fecha de publicación 1° de julio de 1998. Esta modificación tuvo por objeto adecuar la legislación nacional en materia de tortura al estándar establecido en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante la Convención), ratificada por Chile el 26 de noviembre de 1988, en virtud de mandato expreso de su art. 4 (1). Si bien el

proyecto de ley en su versión original buscaba simplemente reproducir la definición establecida en el art. 1 de la Convención, aquel sufrió una serie de modificaciones a través de su tramitación, dando como resultado los arts. 150 A y 150 B. la primera de estas disposiciones señala:

“El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.

Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.

Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.

Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua.”

A. Bien Jurídico protegido.

El Código penal chileno incluye la tortura dentro de los delitos que “afectan los derechos garantizados por la Constitución”. La doctrina chilena ha entendido que ello se refiere a un atentado contra “(...) la seguridad individual como presupuesto de la libertad (...)” [1]. Se trataría de una libertad de autodeterminación, cuyo fin es evitar que la persona sea “(...) rebajada a la condición de objeto (...)” [2]. El

bien jurídico, sin embargo, no es el mismo en todos los ordenamientos. Mientras en España, por ejemplo, la tortura se encuentra regulada como un delito contra la moral (arts. 173-177)[3], en Francia se la concibe como un atentado contra la integridad física y síquica de las personas (arts. 222-1 ss.) y en Colombia como un delito contra la autonomía personal (art. 178-188B). A pesar de las diferentes consideraciones, el tipo penal de tortura persigue en definitiva castigar toda acción física o psicológica que atente contra la dignidad de la víctima[4], que le impida autodeterminarse[5], humillándola[6], transformándola en un mero objeto[7].

B. Sujeto activo.

En principio, el sujeto activo del tipo penal de tortura es un empleado público[8]. Sin embargo, el art. 150 B contempla la posibilidad de que personas que no revisten la calidad de empleado público participen en la conducta punible. En tal caso, estos se encuentran beneficiados con una atenuación de la pena indicada en abstracto eliminándose, además, la distinción entre autores y cómplices para la aplicación de la pena en concreto[9].

C. Sujeto pasivo.

Sujeto pasivo es una persona privada de libertad. Sin embargo, el inciso 3° del art. 150 A habla de compeler a "un tercero", lo que permite afirmar que la tortura también puede ser aplicada por un funcionario público a una persona no privada de libertad. En tal caso, la conducta de torturar exige la finalidad de que se efectúe una confesión, se preste una declaración o se entregue cualquier información.

D. Tipo penal básico.

La conducta básica se encuentra descrita en el inciso primero del art. 150 A y consiste en aplicar tormentos o apremios ilegítimos físicos o mentales. El CP no señala lo que debe entenderse por aplicar tormentos. En un principio, el proyecto de ley contemplaba la definición de tortura establecida en la

Convención, siendo modificada a través de los trámites legislativos hasta su completa eliminación. Se esgrimió en su oportunidad que tal eliminación se debió a razones de técnica legislativa, pues la función del CP no es establecer definiciones, sino tipificar conductas.[10] Ello obliga a recurrir a los elementos de interpretación, que si bien están establecidos en el Código Civil (arts. 19-24), se entienden aplicables al resto de las ramas jurídicas. Dentro de los elementos de interpretación, el gramatical permite hacer uso del sentido natural y obvio de la palabra interpretada en caso de no existir una definición preestablecida. Para obtener dicho sentido natural y obvio, la jurisprudencia chilena hace uso del Diccionario de la Real Academia Española (en adelante RAE).[11] De acuerdo a la RAE, tormento es todo aquello que cause "angustia" o "dolor físico"; luego, aplicar tormento quiere decir realizar una conducta que genere una aflicción mental o física. Sin embargo, tal amplitud del término no guarda relación con su sentido natural y obvio ni tampoco con la consideración del bien jurídico protegido. Por ello, la tortura siempre debe estar revestida del carácter de gravedad, a pesar de haberse eliminado tal exigencia a través de la tramitación legislativa.[12] Por su parte apremio ilegítimo dice relación con el uso excesivo de fuerza.

El tipo penal básico de tortura contempla una pena de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo[13], además de la pena accesoria que corresponda. Tal sanción es también aplicable a quienes ordenen la ejecución de torturas o apremios ilegítimos, o consientan su ejecución. Con esto, el inc. 1° del art. 150 A soluciona expresamente los casos de autoría mediata[14].

En la parte subjetiva del tipo se exige dolo directo. Según Politoff/Matus/Ramírez esta conducta básica estaría revestida de un elemento subjetivo del tipo derivado de la esencia misma de las expresiones "tormentos" y "apremios ilegítimos", pues solo a través de tal elemento subjetivo se pueden distinguir estas conductas de las simples lesiones[15]. Sin embargo, los ejemplos que indican los autores de elementos subjetivos (castigar,

intimidar, coaccionar) no se encuentran expresamente establecidos en la norma señalada. De hecho, el único elemento subjetivo indicado en toda la norma se encuentra en la figura agravada del inc. 3°. De este modo, el inc. 1° estaría regulando por ejemplo, aquellos casos en que el funcionario público aplica tratos degradantes con el mero objeto de humillar o someter a actos sádicos a la víctima sin perseguir una finalidad determinada[16].

E. Tipo penal agravado.

El tipo penal agravado se encuentra regulado en el inc. 3° del art. 150 A, el que incorpora como elemento subjetivo del tipo la finalidad de compeler a efectuar una confesión, prestar una declaración o entregar cualquier información. Es lo que en doctrina se denomina tortura indagatoria[17]. Compeler significa, según la RAE, obligar a alguien a hacer lo que no quiere a través de fuerza o autoridad. De este modo, el término guarda estricta relación con la protección del derecho de las personas a la autodeterminación. El aumento de la punibilidad se justifica precisamente en la existencia de este elemento subjetivo[18] el cual persigue castigar más drásticamente no solo la violación a la dignidad humana, sino también el abuso del funcionario público al ejercer sus actividades en una investigación[19]. Según Politoff/Matus/Ramírez el aumento de la pena solo es posible si se cumple el objetivo del torturador[20], es decir, si mediante la tortura se obtiene una confesión, una declaración o información.

Por su parte, como ya se había indicado más arriba, el tipo penal agravado permitiría que la conducta descrita en el inc. 1° pueda ser ejercida contra una persona diferente de la privada de libertad, pues la norma habla indistintamente de compeler "(...) al ofendido o a un tercero (...)".

F. Tortura por omisión.

El inc. 2° del art. 150 A contempla un caso de delito de comisión por omisión. La conducta consiste en no impedir o no hacer cesar la

aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, teniendo la facultad para hacerlo. Ello implica que solo puede cometer esta conducta un superior jerárquico[21] del (de los) autor(es), pues es el único que contaría con la "facultad o autoridad" para evitar la ocurrencia de los hechos, o poner término a ellos, si estos ya han comenzado a ejecutarse. El superior debe tener conocimiento de la conducta.

Esta conducta de comisión por omisión establece una atenuación en un grado respecto de la pena establecida en el inc. 1° del art. 150 A. Dicha atenuación no parece lógica si se considera que el grado de ilicitud de la conducta de no impedir o no hacer cesar un acto de tortura es tan alto como el de ordenar su comisión[22]. El CP español, por ejemplo, frente a una situación semejante no realiza ninguna distinción[23].

G. Tortura con resultado de muerte o lesiones.

Como la acción de tortura busca degradar a la víctima, humillándola y despojándola de su condición humana, las lesiones corporales o la muerte que pudieran causarse producto de las torturas deben ser castigadas, en principio, de manera independiente, pues las finalidades perseguidas por las conductas son distintas. Sin embargo, sobre el punto es necesario realizar la siguiente distinción:

- Si la acción de tortura produce la muerte o lesiones corporales previstas en el art. 397 imputables, en ambos casos, a negligencia o imprudencia del victimario, el art. 150 A establece la pena de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio e inhabilitación absoluta perpetua.

- En cambio, si la muerte o las lesiones corporales contempladas en el art. 397 son cometidas dolosamente, estas deben ser castigadas separadamente según las reglas del concurso ideal, esto es, la aplicación de la pena mayor asignada al delito más grave (art. 75 CP). Así por ejemplo, si el sujeto activo golpea a la víctima para obtener de ella una información, conociendo y queriendo a su vez provocar la muerte de la víctima, tal hecho ilícito deberá castigarse como homicidio calificado (art. 391 CP) pues este tiene asignado una pena mayor

(presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo) que la figura agravada de tortura (presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo).

2.- Puntos de comparación entre el tipo penal de tortura establecido en el CP chileno y el contemplado en la Convención contra la tortura.

La Convención establece la siguiente definición de tortura en su art. 1 (1):

"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas."

A pesar de existir opiniones de que las modificaciones al CP chileno en materia de tortura han configurado adecuadamente este tipo penal[24], el informe del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas[25] indicó que si bien se valoran las enmiendas efectuadas, la definición contemplada actualmente no se ajusta al art. 1° de la Convención. A continuación, se indicarán algunos puntos que contribuyen a determinar en qué medida se adecua el tipo penal de tortura del CP chileno a la norma internacional, teniendo en consideración que el mandato de la Convención es cumplir el estándar mínimo establecido por ella[26].

A. En cuanto a la acción. El CP chileno habla

de "aplicar tormentos", mientras la convención de "infligir". Ambas disposiciones son equiparables, pues infligir de acuerdo a la RAE, significa "causar daño", lo cual debe entenderse en sentido amplio abarcando tanto el daño físico como el psíquico, del mismo modo que lo hace la disposición nacional. El ordenar la tortura se puede asimilar a "instigar" contemplado en la Convención, como el consentir a la expresión "(...) o con su consentimiento o aquiescencia."

B. En cuanto al sujeto pasivo. El CP contempla en principio como sujeto pasivo a la "persona privada de libertad", mientras que la Convención contra la tortura solo habla de "una persona", sin indicar la condición en la que ella debe encontrarse. Esto ha sido objeto de crítica por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, a lo cual el Estado chileno ha respondido que, si bien el sujeto pasivo es la persona privada de libertad, el art. 150 A no exige que se trate de una privación de libertad legítima[27]. En ese entendido, víctima de tortura es todo aquel contra quien se ejerce la acción y se encuentre imposibilitado de hacer uso de su libertad, sea bajo una privación legítima o ilegítima. Esta explicación resulta correcta si se tiene en mente el bien jurídico protegido; la acción de torturar está dirigida contra la persona privada de su capacidad de autodeterminación, de tal manera que resulta irrelevante si la pérdida de tal capacidad es producto de una privación de libertad legítima o ilegítima. Además, de la historia fidedigna de la ley se puede extraer que la discusión parlamentaria nunca versó sobre la calidad de legítima o ilegítima de la privación de libertad, sino solo, sobre la condición de estar o no privado de libertad. Esta discusión se llevó a cabo con el objeto de distinguir este último caso de otras figuras penales.[28]

Por su parte, el sujeto pasivo pareciera ampliarse en el inc. 3° del art. 150 A cuando habla de compeler "al ofendido o a un tercero". En tal caso, la indicación al "ofendido" debiese ser entendida a la persona privada de libertad, mientras que el tercero puede ser cualquiera otra persona, sea que se encuentre o no en aquella condición. La Convención también habla de un "tercero" en su definición de

tortura, pero bajo una connotación diferente. Si se observa bien, la redacción indica que la acción de tortura tanto física como moral está dirigida a una persona determinada, pero la finalidad de obtener información a través de la tortura puede ser cumplida tanto por la propia víctima, como por un tercero, es decir, se trataría de un caso de la denominada tortura oblicua[29]. En cambio, el inc. 3° CP concibe la aplicación de la tortura directamente sobre el tercero, pues habla de compelir, es decir, de obligar mediante alguna de las conductas del inc. 1°, ya sea al “ofendido o a un tercero” a efectuar una confesión, declaración o entregar información.

C. En cuanto al sujeto activo. La Convención solo considera como sujeto activo al funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas. Si bien la tortura está concebida como un delito especial, pues es precisamente la calidad del sujeto activo lo que permite diferenciarla de otras conductas típicas[30], el CP chileno, como también otros cuerpos penales extranjeros[31], distingue entre tortura cometida por un funcionario público (art. 150 A) y tortura cometido por un sujeto que no reviste esa calidad (art. 150 B), con el objeto de establecer una penalización diferenciada. Resulta, por tanto, evidente que el CP es más amplio que la Convención en la consideración del sujeto activo.

D. En cuanto a la parte subjetiva del tipo. La tortura solo se satisface con dolo directo. La exigencia de elementos subjetivos del tipo es disímil en ambos cuerpos normativos. Así, el art. 150 A no exige en su figura básica la existencia de un elemento subjetivo del tipo, es decir, la parte subjetiva se satisface con el conocer y querer humillar a la víctima privándola de su facultad de autodeterminarse. Sin embargo, el inc. 3° contempla una figura agravada, aplicando una pena mayor en caso que el victimario ejerza la tortura con la intención de que se efectúe una confesión, se preste una declaración o se entregue cualquier tipo de información.

Por su parte, la Convención exigiría en principio para la configuración del tipo penal

de tortura la presencia de elementos subjetivos. A diferencia del CP chileno, la Convención establece tres tipos de intenciones. Así, la tortura debe estar dirigida a la obtención de información o de una confesión, el castigo por un acto cometido o que se sospeche que ha sido cometido, o bien practicada simplemente por cualquier motivo discriminatorio. La Convención también indica como finalidad la de “intimidar o coaccionar”. Sin embargo, esto no parece un elemento subjetivo del tipo, sino más bien, la acción constitutiva del tipo penal de tortura, en el sentido de “aplicar tormentos” indicado en el art. 150 A CP. Así, precisamente la acción de aplicar tormento busca producir angustia, causar miedo (intimidar); o bien, provocar dolor físico (coaccionar) a tal punto que la víctima pierde la facultad de autodeterminación. De este modo se puede concluir que la Convención contempla un tipo penal de tortura que se satisface con el simple dolo directo, sin que sea necesario la concurrencia de los elementos subjetivos mencionados en el mismo instrumento internacional[32].

En razón de lo anterior, se concluye que el art. 150 es menos específico en el tratamiento del tipo penal de tortura. Ello no quiere decir que Chile esté incumpliendo con su obligación de adecuar la norma internacional al ordenamiento interno, pues los actos de tortura, sin importar la intención que persigan, deberán ser castigados de todos modos. El elemento subjetivo que establece el art. 150 A inc. 3° solo persigue aumentar el marco punitivo. Así, la tortura cometida con el objeto de lograr una confesión deberá ser castigada con una pena mayor a la tortura realizada a través de otro elemento subjetivo no contemplado en el art. 150 A, como por ejemplo, por razón de discriminación. La diferencia punitiva que se genera obedecería simplemente a razones de política criminal y, por lo tanto, no afectaría la responsabilidad internacional del Estado.

E. En cuanto a la tentativa a cometer tortura. La Convención indica en su art. 4 que los Estados partes deben comprometerse a adecuar su legislación interna contemplando todos los actos de tortura incluida la tentativa.

El Comité contra la tortura solicitó al Estado chileno aclarar si el tipo penal de tortura era punible cuando se encontraba tentado. Ante ello, Chile respondió que en la materia se aplican las normas generales, y que por lo tanto no es necesario señalar expresamente que la tortura se castiga también en la etapa de tentativa[33]. La respuesta dada es correcta, toda vez que dentro de la legislación chilena, las tres etapas del iter criminis son punibles (art. 7 CP): a la consumación le corresponde la pena asignada por la ley al hecho punible (art. 50 CP); a la frustración, la pena disminuida en un grado (art. 51 CP); y a la tentativa, la pena disminuida en dos grados (art. 52 CP)[34]. Además, la regla general es que se indique la pena solo respecto del delito consumado; solo excepcionalmente la legislación penal chilena contempla casos de punición de delito frustrado o tentado[35].

Conclusión.

A través del presente comentario se puede evidenciar que si bien existen diferencias entre el tipo penal de tortura contemplado en los arts. 150 A y 150 B CP y el art. 1 de la Convención, ellas no dejan espacio a la impunidad. Debido a que la Convención acepta que la legislación nacional regule de manera diferente el tipo penal de tortura, bajo condición de que se trate de una norma de mayor alcance, el punto clave radica en determinar en qué aspectos la norma nacional es más restrictiva. De los puntos señalados más arriba se puede concluir que, si bien la tipicidad objetiva se encuentra en general regulada de manera adecuada, las principales diferencias entre las normas comparadas se concentran en la parte subjetiva, pues no se consideran en la disposición chilena ciertos elementos subjetivos presentes en la norma internacional. Sin embargo, la falta de tales elementos subjetivos no produce una situación de impunidad, toda vez que los actos cometidos por medio de alguna de las intenciones no contempladas en la norma nacional quedarían subsumidas dentro de la figura básica de tortura. De todos modos, actualmente existe un proyecto de ley en el Parlamento cuyo objetivo es integrar los elementos subjetivos faltantes al tipo penal de

tortura, como también, eliminar el requisito de privación de libertad del sujeto pasivo[36].

* Abogado por la Universidad de Concepción (Chile). Docente en el Departamento de Derecho Penal de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción (Chile). Máster (LLM) en Derecho por la Georg-August-Universität (Alemania) y actualmente doctorando en la misma Universidad.

[1] Politoff, Sergio/Matus, Jean Pierre/Ramírez, María, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, 2. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 217.

[2] Idem, p. 217.

[3] Cfr. Córdoba Roda, Juan/García Arán, Mercedes (directores), Comentarios al Código Penal, Parte especial, t.1, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 269. Para los autores el tipo penal de tortura sería pluriofensivo.

[4] Cfr. Ambos, Kai, Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia, Barcelona, Atelier, 2009, p. 32.

[5] Cfr. Giménez García, Joaquín, 'Comentario', en Conde-Pumpido Tourón (director)/López Barja de Quiroga (coord.) Comentarios al Código Penal, t.2, Barcelona, Bosch S.A., 2007, 1238-1269, p. 1263

[6] Dreyer, Emmanuel, Droit Pénal Spécial, 2. ed., Paris, Ellipses, 2008, p. 163: "L'acte s'inscrit dans une logique de 'humiliation'."

[7] Coimbra, Mário, Tratamento do Injusto Penal da Tortura, Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

[8] De acuerdo al art. 260 CP empleado es "(...) todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular."

[9] Politoff/Matus/Ramírez (nota 1) pp. 220-221.

[10] Historia de la Ley N° 19.567, Modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dicta normas de protección a los derechos del ciudadano, Tercer trámite constitucional, Cámara de Diputados, 02.09.1997, Cuenta en Sesión 38, Legislatura 335, Boletín N° 914-07-4, p. 325.

[11] Mientras Politoff/Matus/Ramírez (nota 1) p. 111 solo dejan constancia del uso del diccionario de la RAE, Cury Urzúa, Enrique, Derecho Penal Parte General, 7. ed, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 193-194, es crítico sobre el uso de este medio, indicando que el sentido natural y obvio de las palabras corresponde al uso común de las mismas.

[12] El proyecto original consideraba el carácter grave contemplado en la definición de la Convención contra la Tortura. Como ya se mencionó, se optó por eliminar la definición de tortura a partir del texto propuesto por el ejecutivo para tipificar la conducta. Sin embargo, vale la pena mencionar que mientras se conservó la idea de establecer una definición, distintos criterios fueron propuestos, ver por ejemplo

Historia de la Ley N° 19.567 (nota 10) Segundo trámite constitucional: Senado, Primer Informe de Comisión de Constitución, Senado, 31.03.1997. Cuenta en Sesión 37, Legislatura 334, Boletín N° 914-07, p. 199: afectar "seriamente la integridad física" o causar "dolores o sufrimientos físicos o mentales graves".

[13] El sistema de aplicación de penas en Chile merece la siguiente aclaración. Las penas privativas de libertad se clasifican en presidio, reclusión y prisión. Tanto la pena de presidio como la de reclusión se dividen en mayores y menores. A su vez, cada una se subdivide en tres grados: mínimo, medio y máximo. De este modo, el presidio o reclusión menor en su grado mínimo va de 61 días a 540 días, el presidio o reclusión menor en su grado medio de 541 días a 3 años y el presidio o reclusión menor en su grado máximo de 3 años y un día a 5 años. Por su parte, el presidio o reclusión mayor en su grado mínimo va de 5 años y un día a 10 años, el presidio o reclusión mayor en su grado medio de 10 años y un día a 15 años y el presidio o reclusión mayor en su grado máximo de 15 años y un día a 20 años. La diferencia entre presidio y reclusión radica fundamentalmente en dos aspectos: a) mientras la reclusión es únicamente temporal, el presidio puede también ser perpetuo, tanto calificado como simple y; b) el presidio impone la obligación de trabajar mientras se cumple la condena. Finalmente, la pena de prisión admite tres grados: prisión en su grado mínimo que va de 1 a 20 días; prisión en su grado medio, de 21 a 40 días y; prisión en su grado máximo, de 41 a 60 días.

[14] Politoff/Matus/Ramírez (nota 1) p. 220.

[15] Idem, p. 219.

[16] Cfr. Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal: parte especial, 15. ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 197, en relación a la figura establecida en el art. 175 del CP español.

[17] Idem, p. 194; Giménez García (nota 7) p. 1264.

[18] Tal aumento en el marco punitivo por la presencia de un elemento subjetivo no es considerado en el CP colombiano, al indicar el inc. 2° del art. 178 que a las mismas penas establecidas en el inc. 1° se sujetan las conductas de tortura cuya finalidad sea distinta de las mencionadas.

[19] Muñoz Conde (nota 16) pp. 194-195.

[20] Politoff/Matus/Ramírez (nota 1) p. 219.

[21] Giménez García (nota 7) p. 1268, en relación con el art. 176 del CP español, quien señala que tal superioridad jerárquica está "insita en el tipo".

[22] También en este sentido Politoff/Matus/Ramírez (nota 1) p. 220.

[23] Cfr. art. 176 CP: Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos."

[24] Guzmán Dalbora, José Luis, 'Informes Nacionales: Chile', en Ambos/Malarino (eds.) Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América latina y España, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003, 163-200, p. 168.

[25] Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Comité contra la tortura de Naciones Unidas, 32° período de sesiones, 3 a 21 de mayo de 2004,

CAT/C/CR/32/5, 14 de junio de 2004, 6 c), 7 a). Disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3368.pdf> (visto por última vez 19.02.2011).

[26] Art. 1 (2) Convención contra la tortura: "El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".

[27] Respuesta por escrito del gobierno de Chile a la lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el quinto informe periódico de Chile, Comité contra la tortura de Naciones Unidas, CAT/C/CHL/Q/5/Add.1, 30 de marzo

de 2009, artículo 1, punto 3. Disponible en

http://afepchile.cl/documentos/Respuesta_Gobierno_de_Chile_a_temas_que_interesan_al_CAT30032009.pdf (visto por última vez 19.02.2011).

[28] Historia de la Ley N° 19.567 (nota 10) Segundo Informe de Comisión de Constitución, Senado, 01.07.1997, Cuenta en Sesión 11, Legislatura 335, Boletín N° 914-07, p. 257.

[29] Para Córdoba Roda/García Arán (nota 3) p. 271, la Convención contemplaría tanto la tortura directamente sobre la persona determinada como sobre el tercero. Indican además que el CP español, si bien no contempla expresamente la tortura sobre el tercero, esta sí sería posible si la violencia física se ejerce sobre un tercero, lo que provoca un sufrimiento moral sobre el sujeto pasivo que lo hace confesar o entregar una información determinada. En el mismo sentido Tamarit Sumalla, Josep María, 'Título VII De las Torturas y Otros Delitos contra la Integridad Moral', en Quintero Olivares (director) Comentarios al Nuevo Código Penal, 4. ed., Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, 925-944, p. 938.

[30] Cfr. Tamarit Sumalla (nota 29) p. 936. Ver también Historia de la Ley N° 19.567 (nota 10) Discusión en Sala, Senado, 08.07.1997, Legislatura 335, p. 287, el Senador Otero se manifestó en favor que la tortura solo puede ser cometida por empleado público o por quien ejerza una función pública.

[31] Ver por ejemplo el CP español arts. 173-177; CP francés arts. 222-1 y 222-3 (7°); CP colombiano arts. 178 y 181 (1).

[32] Para Muñoz Conde (nota 16) p. 194, el Derecho internacional exige para la configuración autónoma de la tortura la presencia de un elemento subjetivo.

[33] Respuesta por escrito del gobierno de Chile (nota 27) art. 1 punto 5.

[34] Sobre la graduación de las penas en el sistema chileno ver arriba nota 13.

[35] Para ver ejemplos cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, parte general, t. II, 3. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 176-177.

[36] Proyecto de ley "Modifica el Código Penal en lo relativo al delito de tortura, adecuándolo a la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes", boletín N° 6691-07, 08.09.2009, pp. 63-65.

Un esbozo a la judicialización del ex presidente Fujimori: un referente judicial para la región

Diego F. Tarapués Sandino*



Introducción

En el mes de abril acaban de cumplirse dos años del fallo de primera instancia que condenó al ex presidente peruano Alberto Fujimori a una pena privativa de la libertad de 25 años al ser encontrado culpable como autor mediato en la comisión de una serie de delitos tales como homicidios calificados, lesiones graves y secuestro agravado[1]. La decisión fijada en esta sentencia fue reiterada en segunda instancia el 30 de diciembre de 2009[2], dando inicio a una serie de análisis académicos sobre el caso, convirtiéndolo en un hito judicial de mucha relevancia en el derecho penal comparado respecto al uso de la autoría mediata en virtud del dominio del hecho por dominio de la voluntad en un aparato de poder organizado en casos de macro criminalidad estatal[3].

La trascendencia de este juicio contra Fujimori se refleja no solo en el plano dogmático, en donde la destreza investigativa y judicial brindan elementos acerca de la aplicación práctica de esta modalidad de autoría mediata y sobre la capacidad de sustentar probatoriamente aquel grado de responsabilidad mediante un uso ejemplar de la prueba indiciaria, sino también en la repercusión que alcanza desde una visión deontológica en la judicialización de todos los responsables de este tipo de crímenes sin importar el rol o la jerarquía que desempeñan las personas en estas complejas estructuras criminales[4], más aún cuando se cobijan dentro del ámbito estatal, se pretenden esconder en la legalidad y cuentan con respaldos populares que dificultan la tarea de hacer justicia por parte de algunas instituciones judiciales[5].

En esta perspectiva, el presente artículo quiere hacer un breve bosquejo de la modalidad de autoría que se le imputó, se le comprobó y, por ende, por la cual se condenó al ex presidente peruano, con una finalidad ilustrativa en donde se deja por sentado que un presidente puede ser procesado e incluso juzgado si se comprueba que tuvo responsabilidad directa o mediata en la realización de cualquier delito. El caso contra Fujimori es una muestra de ello y sirve de ejemplo para otros casos similares en el mundo e inclusive en la región[6]; pues si bien al ex presidente peruano nunca se le ha comprobado que haya apuntado un arma en contra de una persona, ni tampoco que haya interceptado personalmente un teléfono o que haya firmado un documento donde oficialmente solicitara a un subalterno la ejecución de una persona o la interceptación ilegal de opositores políticos, como ya se mencionó, actualmente se encuentra condenado por la comisión de estos delitos y no propiamente como partícipe, sino como autor[7].

Responsabilidad atribuida a Fujimori

Fujimori ha recibido cuatro sentencias condenatorias en su contra por hechos ilícitos cometidos durante su largo gobierno de 10 años. Las primeras tres condenas hacen referencia a cargos relacionados con corrupción, soborno de congresistas e interceptaciones telefónicas ilegales[8]. En estos casos, Alberto Fujimori se sometió a los cargos por lo cual no existió un desarrollo judicial que permitiera analizar el rol ejercido por él en la comisión de aquellos delitos. Sin embargo, frente a los delitos más graves, el ex presidente peruano se declaró inocente, dando origen a la investigación penal y a la posterior condena por los otros dos cargos formulados (Caso Barrios Altos/La Cantuta y Caso Sótanos SIE) en donde el proceso versó sobre graves violaciones de derechos humanos.

Aquella responsabilidad de Fujimori fue fundamentada y comprobada a partir de una figura que no solo desde la perspectiva del

derecho penal nacional, sino también internacional, adquiere cada día más relevancia en casos tan difíciles para la judicialización de todos los responsables, más aún cuando los procesados se esconden en la legalidad, incluso utilizando el aparato estatal para realizar fuertes y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, es decir, para cometer delitos de distinta índole, los cuales incluso pueden quedar impunes si una sociedad y sus instituciones no logran realizar una verdadera investigación que aclare tantas dudas y determine a los verdaderos responsables en todos los niveles. Aquella figura se enmarca dentro de las modalidades de la autoría mediata[9], la cual se puede resumir de manera sencilla como la responsabilidad penal que tiene un individuo por utilizar a otra persona como un "instrumento" o mejor aún como un simple "ejecutor" en la realización de un delito determinado[10]. Esto no lo convierte en un instigador, en un autor intelectual o en un coautor (propio o impropio), sino que su clasificación dogmática es de autor mediato o indirecto del delito, lo cual pese a que en algunos países equivale a una misma pena (en términos de tasación punitiva)[11] con relación a las otras modalidades de autoría y participación descritas, pues dogmáticamente juega un papel relevante en la determinación exacta del rol desempeñado por un individuo en la comisión de un delito[12].

Autoría mediata por dominio de la organización

Específicamente el tipo de autoría que se le imputó a Fujimori se denomina "autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados"[13], la cual sienta sus bases teóricas en las contribuciones dogmáticas elaboradas por Claus Roxin desde la década del sesenta (propiamente a partir de 1963)[14]. Por supuesto, dicha figura no es un invento teórico que se haya experimentado por primera vez en el caso de Fujimori; por el contrario ha jugado un papel relevante en casos donde la macro criminalidad es producto de las acciones tanto de organizaciones ilegales como de los mismos

miembros de sectores estatales. Acorde a lo señalado por Kai Ambos[15] esta figura ha tenido un desarrollo, con distintos niveles de aplicación, en los casos de Adolf Eichmann (ex teniente coronel nazi)[16], los generales de la junta militar de Argentina[17], los casos sobre los disparos en el muro de la Alemania oriental (DDR)[18] e incluso ha sido adoptada recientemente por la Sala de Asuntos Preliminares de la Corte Penal Internacional en el caso de Katanga/Ngudjolo Chui[19].

La tesis central de este tipo de responsabilidad penal se enfoca en un dominio real y comprobable que ejerce un hombre de atrás en la voluntad del autor directo del delito como consecuencia de la posición jerárquica (perteneciente al vértice de la organización) de aquel autor mediato (hombre de atrás) por medio de un aparato de poder organizado (que incluso puede ser el mismo Estado o una parte de este) y en donde el ejecutor directo del delito se destaca por ser una pieza fungible dentro de dicha organización. En resumen los elementos que se deben examinar e investigar para ver si un presidente o cualquier alto funcionario, como en el caso de Fujimori, tiene responsabilidad penal en la comisión de delitos realizados por agentes estatales y subordinados, acorde a esta modalidad de autoría mediata, son los siguientes[20]: 1. La existencia de una organización jerárquica como requisito general (en este caso una parte del Estado); 2. El poder de mando del autor mediato (en este caso el Presidente, quien no solo tiene un alto grado de poder político real, sino que además ejerce formalmente el cargo de máxima autoridad de las fuerzas militares, de policía e incluso de las agencias de inteligencia); 3. La desvinculación de la organización del Derecho (la violación de derechos y la comisión de delitos que pretenden esconderse desde la esfera de la legalidad); 4. La fungibilidad del autor directo (el soldado, policía o detective empleado para la ejecución del delito, siendo una pieza intercambiable de los aparatos organizados de poder); y 5. La predisposición del autor directo a la realización del hecho[21].

Estos cinco presupuestos establecidos en las

dos sentencias, a partir de los desarrollos teórico-penales en la materia, se adecuaron al caso de Fujimori; por medio de una cadena muy bien estructurada de indicios se logró comprobar que los sucesos, en los que se basaban los cargos imputados, encajaban en cada uno de los presupuestos que se contemplan para el dominio por organización[22]. Lo anterior se fundamentó con base en que: 1. Los delitos se cometieron por el servicio secreto peruano contra presuntos terroristas u opositores políticos durante los gobiernos de Fujimori; 2. Las acciones fueron planeadas por el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) dirigido por el asesor presidencial Montesinos; 3. Montesinos dependía directamente de Fujimori y le informaba periódicamente sobre las actividades de inteligencia; 4. El grupo que cometió los delitos (el escuadrón de asalto Colina) surgió por disposición del SIN y estuvo integrado a organismos de inteligencia oficiales como la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE) y al Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE); 5. Las acciones de este grupo requirieron de muchos recursos humanos, logísticos y financieros; 6. Los intentos periodísticos o judiciales para el esclarecimiento de estos hechos, fueron controvertidos por el gobierno encubriendo cosas, negando hechos, desacreditando testigos y con la persecución de denunciantes; 7. Fujimori no solamente nombró personas cercanas y confiables en altos cargos de los aparatos de seguridad, sino que defendió oficialmente sus méritos en la lucha contra el terrorismo; 8. Finalmente, aquel ex presidente fue quien promovió la realización de leyes tendientes a evitar investigaciones judiciales ordinarias, tales como las leyes de amnistía[23].

A manera de cierre: la relevancia de esta sentencia en nuestra región

Las condenas contra Fujimori fueron producto de procesos de investigación serios y objetivos, en donde no se abrieron procesos en contra de un ex presidente por simple formalismo mediante una institución de naturaleza política con funciones judiciales excepcionales, delegadas o extraordinarias,

sino que verdaderamente el Estado peruano cumplió con su función judicial por intermedio de instituciones jurisdiccionales para determinar la inocencia o culpabilidad del ex mandatario peruano en los casos que se le atribuían[24]. Pues bien, su proceso fue dirigido por jueces verdaderos y no por ex subordinados políticos pertenecientes a los partidos de coalición que le ayudaron a gobernar. En este sentido, las instituciones judiciales que surtieron el proceso fueron: en primera instancia la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia y en segunda instancia la Primera Sala Transitoria de aquel máximo tribunal judicial peruano.

Otro aspecto relevante de esta sentencia es que se tuvieron en cuenta los valiosos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[25] y de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú[26] que permitieron esclarecer muchos sucesos de un país en donde existió un gobierno enfocado en combatir al terrorismo que, pese a sus logros militares en contra de las guerrillas, terminó ejecutando extrajudicialmente a diversas personas, asediado por escándalos de desviaciones de dineros y por sobornos a congresistas e incluso usando a las oficinas estatales de inteligencia para espiar y perseguir a sus contradictores políticos[27].

Por otra parte, la prueba indiciaria y la correspondiente inferencia lógica a partir de aquellos indicios fueron determinantes para comprobar el vínculo y el grado de responsabilidad de Fujimori con los delitos que se le imputaban. Pues bien, en un sinnúmero de ocasiones la impunidad es muy alta porque a una gran cantidad de sospechosos no se les logra comprobar judicialmente lo que en la realidad muchos atestiguan o evidencian, más aún cuando el investigado es un ex presidente de la república que ostenta mucho poder y a quien es muy difícil comprobarle vínculos directos con los delitos cometidos por funcionarios de instituciones que le eran responsables sin intermediarios. No obstante, en el caso de Fujimori se superó aquella barrera de la impunidad logrando comprobar a partir de la prueba indiciaria su papel como autor

mediato, como un verdadero hombre de atrás.

En suma, los juicios sobre presidentes y altos funcionarios estatales presentan regularmente un escenario complejo en donde el desarrollo de los procesos judiciales se caracteriza por la confluencia de intereses y de posiciones que dificultan la labor jurisdiccional. No obstante, el Estado a partir de sus instituciones debe atender a su obligación de investigar si efectivamente algunas actuaciones de un presidente o ex presidente sobrepasaron el marco de la legalidad[28] y a partir de ahí determinar grados de responsabilidad o de inocencia a través de un examen de las figuras brindadas por los desarrollos del derecho no solo nacional, sino también internacional y comparado[29]. Así sucedió en el caso de Fujimori y en el análisis de esta modalidad de autoría mediata, la justicia demostró su culpabilidad.

* Abogado y politólogo. Becario del DAAD para estudios de LLM y de Doctorado en la Universidad de Göttingen, docente de la Universidad Santiago de Cali (Colombia) e integrante de los grupos de investigación GLIPGó y GICPODERI.

[1] Cfr. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial (CSJ-SPE), Exp. No. AV 19-2001, 7 de abril de 2009, disponible en: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/sentencia.pdf> (consultado el 21 de marzo de 2011).

[2] Cfr. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. No. 19-2001-09-AV, 30 de diciembre de 2009; disponible en: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/R.N.fujisuprema.pdf> (consultado el 21 de marzo de 2011).

[3] Especialmente vale la pena resaltar la contribución de una serie de juristas alemanes y peruanos (además de la contribución de un catedrático holandés) que dedicaron un número completo de la publicación alemana ZIS: "Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik" (11/2009, disponible en: www.zis-online.com) al caso Fujimori, el cual también se encuentra disponible en una versión traducida al español: Ambos, Kai y Meini, Iván (editores), La autoría mediata: el caso Fujimori, Lima, ARA Editores, 2010. De igual forma, otro artículo reciente: Olásolo, Hector y Muñoz, Francisco, La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo, en Revista Penal No. 27, Universidad de Salamanca et. al., 2011, pp. 175-190.

[4] En palabras de Roxin: "Se trata de una sentencia de significado histórico. Pues sólo raras veces un jefe de Estado destituido es enjuiciado penalmente por los delitos que cometió durante su período de gobierno", Roxin, Claus, Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú, en Ambos/Meini (supra nota 3), p. 93.

[5] Véase: Faraldo, Patricia, Responsabilidad del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, quien profundiza en la idea de Estado criminal (pp. 199-230) y en la guerra sucia que se lleva a cabo por parte de organizaciones estatales (pp. 230-238). Propiamente señala que "es admisible la autoría mediata por dominio de la organización en los casos en que ciertas organizaciones estatales, siguiendo instrucciones provenientes de las más altas Instituciones del Estado, empiezan a utilizar medios delictivos para el logro de objetivos políticos perseguidos por el Estado en su conjunto o por el grupo (político, militar) que en ese momento lo domina, como la eliminación de movimientos guerrilleros y terroristas o de la disidencia política" (p. 230).

[6] Pues bien, ni ser ex presidente, ni tampoco ser popularmente aclamado son causales de exoneración de responsabilidad penal. La anterior es una afirmación que pese a ser tan evidente y a su vez tan vacía para los expertos en derecho penal, y en general para los juristas, es algo que parece no ser tan comprensible para una gran cantidad de personas e incluso instituciones en diferentes países. Me refiero particularmente a que en algunos países, especialmente de nuestra región (Sudamérica), ciertos sectores se oponen fuertemente a la iniciación de investigaciones serias, profundas e imparciales frente a la comisión de delitos muy graves que se han presentado en los gobiernos de diversos líderes carismáticos, de tal forma que pareciera fundarse una inmunidad sin límites al Presidente de la República y a altos líderes o funcionarios políticos y militares sin ningún fundamento constitucional o legal.

[7] Para profundizar en la distinción, evolución y relevancia en la distinción entre de autores y partícipes véase: Roxin, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, trad. Cuello, Joaquín/Serrano, José Luis, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 23-52; Bolea, Carolina, Autoría mediata en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanc, 2000, pp. 37-74; Velásquez, Fernando, Derecho penal parte general, Medellín, Comlibros, 2009, pp. 870-942, entre otros.

[8] Las tres condenas fueron por: el caso Allanamiento del 12 de diciembre de 2007, a seis años de privación de libertad, CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. No. AV 13-2003, disponible en: http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/Sentencia_allanamiento_fujimori.pdf (consultado el 21 de marzo de 2011); el caso 15 Millones del 20 de julio de 2009, a siete años y medio de privación de libertad CSJ-SPE, Exp. No. AV 23-2001, 20 de julio de 2009, disponible en: <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/sentenciacts.pdf> (consultado el 21 de marzo de 2011); y por los casos Congresistas tráfugas, Medios de comunicación e Interceptación telefónica del 30 de septiembre de 2009, a seis años de privación de libertad, CSJ-SPE, Exp. No. AV 33-2003, 30 de septiembre de 2009, disponible en:

<http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/documentos/Partel300909.pdf> (consultado el 11 de marzo de 2011). Véase: Ambos, Kai, Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex-presidente peruano Alberto Fujimori, en Ambos/Meini (supra nota 3), pp. 61 y 62.

[9] Con referencia a la autoría mediata a partir de la capacidad de dominar el hecho, Kai Ambos explica el origen y la distinción argumentada por Roxin a partir del dominio del hecho por acción, del dominio del hecho por voluntad y del dominio del hecho funcional, y en este sentido, a partir del segundo, alude al dominio de voluntad por coacción, por error o en virtud de aparatos organizados de poder. Cfr. Ambos, Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, trad. Cancio, Manuel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 14. En la obra de Roxin (supra nota 7) estas categorías de análisis se desarrollan a partir del Capítulo sexto: el dominio de la voluntad, pp. 165 y ss. En la sentencia también se parte de la misma clasificación para deducir la responsabilidad imputada a Fujimori. Así pues, la Sala indicó: "En la actualidad se admiten tres formas de autoría mediata. En todas ellas el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material (...) la primera (...) del dominio por error, (...) la segunda (...) dominio por coacción, (...) la tercera modalidad es conocida como autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados", Sentencia CSJ-SPE (supra nota 1), pp. 627 y ss.

[10] Por autoría mediata se entiende la modalidad de intervención en un delito a nivel de autoría en donde un "agente realiza el tipo penal – así no lo complete en su totalidad – valiéndose de otra persona que actúa como instrumento, para la ejecución de la conducta consagrada en la ley. Por eso, en esta forma de autoría el dominio del hecho final-social requiere que todo el proceso se desenvuelva como obra de la voluntad rectora del 'hombre de atrás', quien – gracias a su influjo – debe tener en sus manos al intermediario; se explica, entonces, a partir del dominio de la voluntad" Velásquez (supra nota 7), pp. 889-890.

[11] Como en el caso colombiano acorde al art. 29 del Código Penal colombiano.

[12] Al respecto, resulta interesante el caso colombiano en donde siempre ha existido una tensión y un debate doctrinario en torno a la figura de la coautoría impropia, lo que ha dificultado tradicionalmente la concepción del autor mediato en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, diversas sentencias recientes en las que se han condenado a políticos por vínculos con organizaciones paramilitares y un fallo sobre la retoma del palacio de justicia en contra de un ex coronel del ejército, han brindado un nuevo desarrollo y una discusión cada vez más amplia sobre esta modalidad de autoría. Véanse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de única instancia del 3 de diciembre de 2009, Radicado 32672 (pp. 105-112); del 23 de febrero de 2010, Radicado 32805 (especialmente en esta sentencia hay un mayor desarrollo en la aplicación de la autoría mediata, pp. 76-79); del 18 de marzo del 2010, Radicado 27032 (pp. 153-154); y la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del circuito especializado de Bogotá el día 9 de junio de 2010. En cuanto a la discusión doctrinaria y la posibilidad de aplicar la figura de la autoría mediata por dominio de la voluntad en

aparatos de poder organizados, véanse: Velásquez, Fernando, Los líderes paramilitares: ¿Autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?, pp. 231-258; Velásquez, Jorge, La autoría mediata por medio de estructuras organizadas de poder: el caso colombiano, pp. 259-284, especialmente 279-283; Ramírez, Yesid, Concurrencia de personas en el delito: autoría mediata en aparatos organizados de poder, pp. 285-308, todos los artículos anteriores en "Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI, Tomo III: Derecho Penal", Bogotá, Temis y Pontificia Universidad Javeriana, 2010. De igual forma, véase: López, Claudia, El caso colombiano, en "Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado" Ambos (coord.), Bogotá, Temis, 2009, pp. 181-187.

[13] Cfr. Capítulo II, de la Sentencia CSJ-SPE (supra nota 1), pp. 625 y ss.

[14] Roxin, Claus, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, pp. 193-207; especialmente a partir de su trabajo de habilitación: Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin, de Gruyter, 2006, pp. 242 y ss.; versión traducida al español: Autoría y dominio del hecho en derecho penal, trad. Cuello, Joaquín/Serrano, José Luis, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 269 y ss.

[15] Cfr. Ambos, Kai, La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática, trad. Ezequiel Malarino, Montevideo, Konrad-Adenauer Stiftung y Temis, pp. 195 y ss.; del mismo autor (supra nota 8), pp. 73-74.

[16] Jerusalem District Court (12 de Diciembre de 1961) 36 ILR 236-237, para. 197.

[17] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital (9 de diciembre de 1985) 309-I/II Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1601-1602.

[18] BGHSt 48, 218, 236; BGHSt 45, 270, 296; BGHSt 48, 331; BGHSt 49, 147.

[19] Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, del 30 de septiembre de 2008 (ICC-01/04-01/07), para. 495 y ss. (498, 500 y ss.); Cfr. Roxin (supra nota 4), pp. 95 y 96. Véase también: Ambos, Kai, Acerca de la "organización" en el dominio de la organización, Revista InDret (en prensa), Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2011.

[20] Cfr. Roxin (supra nota 7), pp. 269 y ss.; Ambos (supra nota 8), pp. 76-87; Meini, Iván, El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia del 7 de abril de 2009, en Ambos/Meini (supra nota 3), pp. 213-230, especialmente pp. 219-228; García, Percy, La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori, en Ambos/Meini (supra nota 3), pp. 189-209.

[21] Este requisito específico se cita con relación a la Sentencia CSJ-SPE (supra nota 1), especialmente acorde a la nota marginal 727°, p. 634. Sin embargo, existen posiciones encontradas sobre la necesidad de este requisito, posiciones que van desde las formulaciones de Schroeder hasta la doble posición que ha tenido Roxin al respecto. Cfr. Roxin (supra nota 4), pp. 99-101 y Schroeder (supra nota 4), pp. 117 y ss.; igualmente sobre las diversas posiciones de Roxin sobre este presupuesto, véase: Ambos (supra

nota 15).

[22] Especialmente véase el §6 “Análisis indiciario y determinación de la culpabilidad” del Capítulo XV: La intervención de Alberto Fujimori Fujimori, pp. 568 y ss, de la Sentencia CSJ-SPE (supra nota 1).

[23] Cfr. Ambos (supra nota 8), pp. 69-72. Aunque en términos generales la Sentencia CSJ-SPE (supra nota 1) comprende diez indicios desarrollados en la nota al margen 660°, pp. 570-573.

[24] Siguiendo una tendencia constitucional amparada en la división de poderes y en el sistema de frenos y contrapesos, gran cantidad de constituciones de nuestra región contemplan que el Congreso es el facultado para investigar y juzgar al Presidente de la República por hechos delictivos cometidos en su periodo de gobierno (por regla general: una comisión de acusaciones de la cámara baja y una comisión de juzgamiento de la cámara alta; por ejemplo la Constitución argentina arts. 53 y 59 o la Constitución colombiana arts. 174, 175 y 178 num. 3). En el caso peruano, esta cláusula se establece en los arts. 99 y 100 de la Constitución a partir de la facultad que tiene la Comisión Permanente de acusar ante el Congreso al Presidente de la República, pero “en caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente”. Véase igualmente la Sentencia CSJ-SPE (supra nota 1), pp. 3-15.

[25] Véase: CIDH, Caso Barrios Altos v. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75 y CIDH, Caso La Cantuta v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006.

[26] Cfr. Ambos (supra nota 8), pp. 51-57.

[27] Actualmente en Colombia se adelantan una serie de investigaciones judiciales en contra de diferentes ex directores del servicio de inteligencia nacional (Departamento Administrativo de Seguridad, DAS) del último gobierno, por una serie de irregularidades en la interceptación ilegal y seguimiento a opositores políticos, jueces de las altas cortes, líderes de ONG's y periodistas tanto nacionales como internacionales. Incluso actualmente existe un proceso en curso ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes del Congreso de la República (investigación liderada por tres congresistas de los tres principales partidos políticos oficialistas que acompañaron su gobierno) investigando la responsabilidad del ex presidente de la república por estos hechos. Asimismo, existen tanto investigaciones disciplinarias como también penales en contra de ex ministros y ex embajadores del mismo gobierno por denuncias de corrupción con ayudas, subsidios y por repartición de notarías. Por último, existen igualmente investigaciones ante altos oficiales militares por el homicidio agravado y calificado de centenares de personas en lo que se ha denominado periodísticamente como “falsos positivos” al aludir a personas que fueron presentadas como dadas de baja en el conflicto colombiano contra los grupos insurgentes, pero que se comprobó que en muchos casos fueron civiles asesinados para dar resultados positivos y obtener los beneficios que desde el Ministerio de Defensa nacional se promovían en la lucha contra el terrorismo en Colombia. Sobre algunos de estos aspectos, véase un artículo

periodístico interesante: Pastrana, Eduardo, Uribe y Fujimori: ¿destinos comunes?, Bogotá Revista Semana, 2010, disponible en: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/sentencia.pdf> (consultado el 21 de marzo de 2011).

[28] Más aún si se trata de crímenes de lesa humanidad. En este sentido, vale la pena resaltar que la inmunidad presidencial además de que por tendencia se circunscribe a delitos vinculados al ejercicio como presidente (traición a la patria, impedir elecciones, etc.), también opera temporalmente en el periodo en el que se ejerce la presidencia. Al respecto, en el caso de Fujimori la Sala señaló: “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” (...) “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 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.’” CSJ-SPE (supra nota 1), nota al margen 695°, y especialmente las notas al pie de página 992 y 993.

[29] En una revisión general acerca de la responsabilidad penal y el vínculo o relación material que tienen aquellos dirigentes de organizaciones o aparatos de poder, se pueden distinguir a partir del derecho penal internacional y comparado al menos cinco contribuciones teóricas y jurisprudenciales sólidas: la determinación, la coautoría impropia, la empresa criminal conjunta (Joint Criminal Enterprise), el autor tras el autor y la autoría mediata en virtud del dominio del hecho por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Al respecto, véase: Rosenbaum, Jacques, La responsabilidad penal del dirigente en los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder, en “Revista de Derecho Público No. 25”, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, pp. 4-24; Faralado (supra nota 5), pp. 128-193.

Reseña de la medida de seguridad ulterior (§ 66 b StGB)

Dra. María Laura Böhm*



Introducción

La medida de seguridad ulterior (“nachträgliche Sicherungsverwahrung”), que estaba prevista en el § 66b StGB (“Strafgesetzbuch”, CP alemán), era una medida que podía imponerse al condenado poco tiempo antes de darse por cumplida su pena de prisión, es decir, justo antes de que el mismo estuviese por recuperar su libertad. Se trataba del internamiento preventivo – inmediatamente acoplado a la pena de prisión cumplida – de quienes habían sido condenados a prisión por delitos sexuales o altamente violentos (por ej. lesiones graves, homicidios con exceso de violencia etc.). Su decisión e imposición con posterioridad al dictado y obtención de firmeza de la sentencia condenatoria implicaba una agudización (que llegaba a dar un salto cualitativo) de las viejas conocidas medidas de seguridad. En esta breve “biografía” se bosquejarán los antecedentes de las medidas de seguridad en general en Alemania y la emergencia y desarrollo de esta medida ulterior en particular, con especial énfasis en la diversidad de instancias y en los discutibles argumentos que llevaron a su sanción estadual en 1998, federal en 2004, y a la gratificante intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que implicó su cuasi-abolición en 2010.

Antecedentes generales

Si bien la idea y las discusiones respecto a la inclusión de una medida de seguridad en el CP alemán se habían iniciado a fines del siglo XIX con Franz von Liszt[1], tal inclusión no se concretó hasta noviembre de 1933[2], y desde entonces las medidas no han abandonado su lugar en el StGB.[3] En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial los gobiernos de ocupación evaluaron seriamente quitarla del ordenamiento por entenderla contraria al derecho liberal y

expresión propia y resabio del régimen nacionalsocialista, lo que nunca llegó a concretarse debido a las atenciones y dificultades políticas de mayor urgencia que requería la guerra fría[4]. Sí se incrementaron en aquella época los requisitos y condiciones para su imposición, lo que llevó a disminuir las posibilidades de su aplicación. En los últimos años, sin embargo, estos requisitos fueron alivianándose paulatinamente y la medida volvió a ganar popularidad.

Antecedentes de la sanción legislativa de 2004

Leyes policiales estatales de 2001 y 2002

Largas discusiones parlamentarias acerca de si una imposición ulterior del internamiento preventivo era constitucionalmente viable o no, acerca de si la competencia era federal o de los Estados, acerca de la compatibilidad de la medida con los principios del derecho penal, etc. habían frustrado una y otra vez una sanción federal. Ante esta situación hubo Estados que decidieron sancionar la posibilidad de la medida mediante leyes de carácter preventivo-policial, es decir, no penales, y por tanto dentro de su competencia legislativa[5]. En Baviera y Sajonia-Anhalt estaban cumpliendo pena en 2001 y 2002 algunos condenados que según “completos y detallados”[6] dictámenes psiquiátricos eran altamente peligrosos y no debían ser dejados en libertad cuando cumpliesen su condena. A fin de evitar las respectivas solturas, se sancionaron excepcionalmente y en estado de emergencia sendas leyes por las cuales los condenados quedaron automáticamente en custodia preventiva después de haber cumplido su condena. Estas leyes fueron consideradas medidas de defensa y de prevención de peligros (“Gefahrenabwehr”) y dan cuenta de la aceptación que este tipo de medidas iba ganando en ámbitos políticos y jurídicos[7].

El control constitucional en 2004

El Tribunal Constitucional, al momento de decidir la competencia legislativa de estos Estados el 10 de febrero de 2004[8], declaró nulas tales leyes por entender que la medida

de seguridad en cuestión pertenecía al ámbito del derecho penal y por tanto la competencia legislativa sería la federal. No obstante, el Tribunal Constitucional habilitó la continuidad de la vigencia de las leyes en cuestión y fijó un plazo de más de siete meses (hasta el 30 de septiembre de 2004) al cabo del cual, en caso de no haber para ese momento legislación federal que habilitara la continuación del encierro de los sujetos en custodia, estos deberían ser dejados en libertad. Según el Tribunal Constitucional, la peligrosidad de estos individuos era concreta, ya que no eran supuestos abstractos sino que se contaba con dictámenes precisos que pronosticaban nuevos delitos de gravedad en caso de concesión de la libertad; asimismo, el Tribunal anunció que en principio no había reparos constitucionales para la sanción de una ley que posibilitara la imposición ulterior del encierro preventivo[9].

Días antes de la sentencia mencionada, el 5 de febrero de 2004[10], el Tribunal Constitucional ya había resuelto y decidido la conformidad constitucional de una reforma legislativa (respecto del internamiento preventivo "tradicional" previsto en el §66a StGB) y su aplicación retroactiva al apelante, a quien se le había impuesto la medida con anterioridad a tal reforma, y quien se vio perjudicado por ésta: la reforma quitaba un límite máximo de diez años para la primera imposición de la medida, por lo que llegado a ese plazo el condenado en cuestión por aplicación retroactiva de la reforma no pudo recuperar su libertad[11]. El fundamento del Tribunal Constitucional fue básicamente que las medidas de seguridad no están cubiertas por el principio de irretroactividad de la ley penal, ya que se trata precisamente de medidas preventivas que no pertenecen al campo de la "penalidad", sí protegido por este principio[12].

La sanción del § 66 b StGB en 2004

Los legisladores del Bundestag (el Parlamento Federal alemán) entendieron las sentencias del Tribunal Constitucional como visto favorable e incluso como mandato: la ley es necesaria para evitar que sujetos altamente peligrosos puedan ser dejados en libertad,

aún cuando hayan cumplido su condena y no haya sido impuesta una medida de seguridad ni se haya previsto la posibilidad de una medida de seguridad al momento de imposición de la condena. La ley fue sancionada el 23 de julio de 2004[13] con votación incluso de quienes seguían teniendo reservas acerca de la constitucionalidad de la medida, pero – tal como fue reiteradamente alegado – "cumpliendo" con la tarea asignada por el Tribunal Constitucional[14].

La medida

El internamiento preventivo ulterior se previó para los casos en que poco tiempo antes de que se dé por cumplida la condena y cuando el sujeto condenado está pronto a recuperar su libertad, se considera que el mismo aún es peligroso o que su peligrosidad fue puesta de manifiesto durante la ejecución de la pena, y por tanto no puede ser "soltado en la sociedad" por existir la probabilidad de que cometerá nuevos hechos delictivos de gravedad que impliquen grave daño físico y/o psíquico a la víctima. Esta imposición tardía de la medida debía basarse tanto en el hecho de la causa que originara la condena como en el desenvolvimiento personal durante el encierro; se requería por tanto una "apreciación general" de la situación.

Distintos factores de riesgo podían ser detectados y llevar a la imposición de la medida: el comportamiento en prisión, la relación que tuviera con los agentes del servicio penitenciario, el haber rechazado un tratamiento terapéutico, etc. Se trataba por lo tanto de una medida de seguridad que podía imponerse sin que existiese una vinculación directa entre los diagnósticos y dictámenes de personalidad realizados poco tiempo antes de cumplirse la sentencia, y el hecho que (probablemente cometido varios años atrás) había ocasionado la sentencia condenatoria. Faltaba por lo tanto el vínculo entre un hecho delictivo y la decisión del internamiento.

La condena a Alemania del TEDH en 2009

Precisamente debido a la falta de previsibilidad de la imposición de la medida y a la falta de conexión entre hecho y sanción, y

expresamente estableciendo que ni una medida de seguridad ni la agravación de sus condiciones pueden aplicarse retroactivamente, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ("TEDH") condenó en diciembre del 2009 a Alemania por violación del derecho a la libertad y de la prohibición de irretroactividad de la ley penal establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos ("CEDH") [15]. El TEDH estableció que prolongar el encierro de personas condenadas teniendo por única base una reforma que quita un plazo máximo para la duración de la medida resulta violatorio del art. 5 (Derecho a la libertad) y del art. 7 (No hay condena sin ley previa) de la CEDH [16]. Según el Tribunal, esta imposición carecería de la relación causal entre una sentencia previa y la medida [17], violándose el requisito de que la medida sea impuesta por un tribunal competente juzgador del hecho (art. 5 (1) (a) CEDH) [18]. Además, el TEDH consideró que en la práctica una medida de seguridad no se diferencia de una pena [19], por lo que debe ser asimilada a aquella y por tanto debe aplicarse a su respecto el principio de irretroactividad de la ley (art. 7 CEDH) [20]. Si bien las sentencias del TEDH no tienen efecto casatorio y el Tribunal tampoco está facultado a imponer medidas a los Estados [21], estas sentencias tienen un efecto vinculante inmediato para el caso concreto elevado a revisión y mediato para los casos paralelos. En un primer momento, sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó el pedido del apelante de ser dejado en libertad con base en la sentencia del TEDH, aduciendo que la seguridad de la sociedad era prevaleciente frente al derecho a la libertad del apelante [22]. Pero estaba claro que había que atender a la sentencia del TEDH y adecuar la normativa alemana a la misma.

Abolición parcial del § 68 b StGB en 2010

El 22 de diciembre de 2010 se sancionó una ley que abolió parcialmente la medida de seguridad ulterior [23]. Según la nueva normativa la medida sólo puede ser aplicada en combinación o a continuación de concluirse la medida de seguridad de internamiento en una clínica psiquiátrica, lo

cual hasta la reforma estaba previsto sólo como tercera variante. [24] Es decir que el internamiento preventivo ulterior ya no es aplicable a continuación de una pena de prisión. Inmediatamente después del cierre de la versión original de este texto, el día 4 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional determinó la incompatibilidad de la normativa de la medida de seguridad ulterior con el art. 2 (2), 2da. oración – Derecho a la libertad – (y en relación con los arts. 104 y 20) de la Constitución alemana; Tanto la normativa anterior como la medida que perduró por la ley del 22 de diciembre de 2010 fueron declaradas inconstitucionales [25]. Esta última decisión del Tribunal Constitucional y la nueva interpretación legal dada en la misma son resultado directo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la supremacía dada a su jurisprudencia, la cual es una "ayuda interpretativa" para el derecho constitucional [26].

Comentario final

Esta breve reseña bosqueja los vaivenes de una medida nacida como medida de excepción policial, devenida por la intervención del Tribunal Constitucional en medida de seguridad regular dentro del sistema penal y abolida únicamente gracias a la intervención supranacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es sin duda un llamado de atención a los penalistas, los legisladores, los jueces y los magistrados del Tribunal Constitucional el que un avance del sistema punitivo de esta envergadura no haya podido ser refrenado por las instancias propias del Estado de Derecho ni por la aplicación y respeto de los derechos y garantías propios del derecho penal ilustrado.

* Abogada (UBA 1999), criminóloga (UNLZ 2003, Hamburg Universität 2006), doctora en ciencias sociales (Hamburg Universität 2010); miembro co-fundadora del CEPOC (Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos, Buenos Aires), miembro co-fundadora y coordinadora del GLIPGó (Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen), miembro del Grupo de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (KAS/Universität Göttingen). Actualmente becaria post-doctoral de la Fundación Alexander von Humboldt.

[1] Franz von Liszt: Der Zweckgedanke im Strafrecht, en: H. Ostendorf

(comp.): Von der Rache zur Zweckstrafe – 100 Jahre “Marburger Programm” von Franz von Liszt (1882), Frankfurt a.M.: Metzner (1982), p. 23-32

[2] Deutsches Reichsgesetzblatt Teil I 1867-1945, p. 995-999.

[3] Distinto fue en la ex-República Democrática Alemana, donde se consideró que tal medida era de “contenido fascista” y se la abolió por Sentencia del Tribunal Supremo el 23 de diciembre de 1952.

[4] Matthias Etzel: Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), Tübingen: Mohr (1992).

[5] Se trató de la Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG) vom 24. Dezember 2001 (BayGVBl. p. 978 s.) y de la Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG – UBG) vom 6. März 2002 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt, p. 80). Sobre estos proyectos Soledad Bender: Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, Frankfurt a.M.: Peter Lang (2007), p. 26 ss.

[6] BVerfGE 109, 190, pág. 236 ss. (Fallo del 10.02.2004) (Nota: BVerfGE es la denominación para la cita de la colección de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán, el “Bundesverfassungsgericht”).

[7] Stefan Braum: Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate?, en: Zeitschrift für Rechtspolitik (2004), p. 105-107; Jörg Kinzig: Die Sicherungsverwahrung – von einer vergessenen zu einer boomenden Maßregel, en: S. Barton (comp.): „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden: Nomos (2006), p. 143-173.

[8] BVerfGE 109, 190 (Fallo del 10.02.2004).

[9] Idem, p. 238/239.

[10] BVerfGE 109, 133 (Fallo del 05.02.2004).

[11] Ley para combatir los delitos sexuales y otros tipos penales peligrosos (Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten) del 26.01.1998.

[12] BVerfGE 109, 133 (Fallo del 05.02.2004), p. 168 ss.

[13] Ley para la introducción de la medida de seguridad ulterior (Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung) del 23.07.2004 (BGBl. I, p. 1838) (Nota: BGBl. es la denominación del boletín oficial para la publicación de leyes emanadas del Parlamento alemán, es decir, el “Bundesgesetzblatt” del “Bundestag”). Por esta ley se introdujo así el § 66 b StGB, cuya formulación básica (apartado 1) rezaba: “Si luego de una condena por un delito contra la vida, conta la integridad física, la libertad personal, o la libertad sexual o por un delito según los §§ 250, 251, también en relación con los §§ 252, 255, o por una de las contravenciones mencionadas en el § 66 (3) 1ª oración, antes de la finalización de la ejecución de la pena de libertad se advirtiesen hechos que indicasen una elevada peligrosidad del condenado para la sociedad, el tribunal puede ordenar la imposición del internamiento preventivo con ulterioridad, si de la valoración general del condenado, de los delitos por él cometidos y además de su desarrollo durante la ejecución de la pena se desprende que existe una alta probabilidad de que cometerá delitos de gravedad por los cuales las víctimas pueden ser

gravemente dañadas psíquica o físicamente, y cuando al momento de la decisión sobre la imposición ulterior del internamiento preventivo los otros requisitos del § 66 estén cumplidos. Si la imposición del internamiento preventivo en el momento de la condena no fue posible por razones legales, el Tribunal considerará como hecho en el sentido de la primera oración también aquellos que al momento de la condena ya eran reconocibles.” [trad. MLB] (original: “(1) Werden nach einer Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder eines Verbrechens nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit den §§ 252, 255, oder wegen eines der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Vergehen vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, und wenn im Zeitpunkt der Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung die übrigen Voraussetzungen des § 66 erfüllt sind. War die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich, so berücksichtigt das Gericht als Tatsachen im Sinne des Satzes 1 auch solche, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits erkennbar waren.”). En detalle sobre esta medida véanse las investigaciones críticas de Bender, op. cit., passim; Jan-David Jansing: Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung, Münster: Lit (2004), passim; Jörg Kinzig: Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter – Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung, Berlin: Duncker & Humblot (2008), passim; María Laura Böhm: Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen (2011), espec. p. 93 ss. (cap. 3).

[14] Cfr. las discusiones parlamentarias de las sesiones del Bundestag del 25.03.2004, p. 8992, 8994 s., p. 9000 ss.; y del 18.06.04, p. 10553, 10558 s.

[15] TEDH, M. vs. Germany, Fallo del 17.12.2009 (Apelación individual Nro. 19359/04, M. / Deutschland). El 10 de mayo de 2010 esta sentencia adquirió firmeza cuando el TEDH denegó el recurso interpuesto por Alemania frente a la condena, rechazando de esta manera el reenvío del caso a la Gran Cámara. Sobre la sentencia del TEDH véanse por todos Jörg Kinzig: Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, en: Neue Zeitschrift für Strafrecht (2010), p. 233-239; Henning E. Müller: Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention, en: Strafverteidiger (2010), p. 207-212, ambos con más referencias.

[16] Ya en el 2004 Renczkowski (entre otros) había advertido sobre la violación del art. 5 CEDH, cfr. Joachim Renczkowski: Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische

Menschenrechtskonvention, en: Juristische Rundschau (2004)7, 275.

[17] TEDH, M. vs. Germany, nro. 97 ss., espec. p. 100. Cfr. también Müller, ob. cit., p. 207.

[18] TEDH, M. vs. Germany, nros. 88, 105.

[19] TEDH, M. vs. Germany, nros. 124, 127 ss., 132.

[20] TEDH, M. vs. Germany, nros. 120, 132 ss.

[21] Cfr. Helmut Satzger: Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht – Grundlagen und wichtige Einzelprobleme, en: JURA 2009, p. 760; Christoph Grabenwarter: Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, en: Juristen Zeitung (2010)18, p. 859.

[22] Beschluss vom 22. Dezember 2009 (2 BvR 2365/09) („das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit gegenüber dem Freiheitsgrundrecht des Beschwerdeführers [überwiegt]*“). Véase Grisca Merkel: Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights, en: German Law Journal (2010)11, p. 1053.

[23] Ley para la nueva regulación del derecho de la detención preventiva y las regulaciones respectivas (Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen) del 22.12.2010 (BGBl. I S. 2300), entrada en vigencia el 1 de enero de 2011. Sobre las distintas alternativas que se evaluaron antes de la sanción de la ley véase Merkel, op. cit., p. 1054 ss.

[24] BGBl. I, p. 2301, Art. 1, Párr. 4: “El § 66b se modifica de la siguiente manera: a) Los apartados 1 y 2 se dejan sin efecto. (...)” [trad. MLB] (original: “§ 66b wird wie folgt geändert: a) Die Absätze 1 und 2 werden aufgehoben. (...)”).

[25] BverfGE (Fallo del 4.04.2011), párrs. 85 ss. Fallo disponible online:

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html

[26] BverfGE (Fallo del 4.04.2011), párrs. 89 ss.



NOVEDADES GLIPGö:

El GLIPGö realiza diversas actividades nacionales e internacionales, algunas de ellas abiertas a nuestros lectores. Se está organizando la primera **Escuela de Verano**, la cual es una oportunidad única y sin precedentes para el público latinoamericano, donde participarán profesores de gran trayectoria. Asimismo se ha puesto en marcha un **ciclo de Seminarios** sobre temas actuales e internacionales en el ámbito del derecho penal latinoamericano, ibérico e internacional. De la misma forma, hemos participado en **entrevistas periodísticas** sobre temas actuales. Contamos con una **Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal extranjero e internacional con mas de 10.500 ejemplares**. Para mayor información y consultar el catálogo de libros: <http://www.department-ambos.unigoettingen.de/index.php/es/Bibliothek/bibliothek.html>. Todas estas actividades tienen por fin expandir, informar, difundir e intensificar el desarrollo y conexión entre Latinoamérica y Alemania.

A modo informativo y particular sobre cada una de ellas:

- El Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen con la directa participación del GLIPGö ofrecerá en el mes de septiembre la **Escuela de Verano en Ciencias Criminales**, un curso compacto de dos semanas sobre Derecho Penal alemán, europeo e internacional, así como sobre materias afines. La particularidad de la propuesta reside en que será dictado en lengua castellana y portuguesa por profesores y docentes de distintas universidades alemanas a participantes fundamentalmente latinoamericanos. La presencia de profesores destacados como los Profs. Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd Schünemann o Cornelius Prittwitz entre otros, así como la calidad de los participantes seleccionados, entre quienes se cuentan Magistrados de Cortes Supremas, catedráticos, pero también investigadores comprometidos y estudiantes destacados de trece países latinoamericanos distintos auguran un evento marcado por el intercambio y la excelencia. Para mayor información (vacantes agotadas): <http://www.department-ambos.unigoettingen.de/index.php/Lehre/escuela-de-verano-2011.html>
- Nuestro interés en el área latinoamericana se ve ampliado con el **Ciclo de Seminarios**, el cual tiene por fin difundir en la academia alemana el trabajo de investigadores de habla castellana y portuguesa, así como promover el intercambio y mutuo enriquecimiento y actualización de las distintas culturas jurídicas y de sus formas de investigación. Las presentaciones están fundamentalmente a cargo de los huéspedes del Instituto, quienes exponen y abren a la discusión sus actuales proyectos. Para mayor información: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/es/Gaeste/Vortraege/>
- Asimismo hemos recibido la visita de un grupo de estudiantes de la **Universidade do Vale do Rio dos Sinos**. En la última semana de septiembre del pasado año un grupo de 40 estudiantes de derecho de la (Unisinos - Brasil) visitaron la Georg August Universität de Göttingen. Dicha visita fue orientada por el GlipGö y se llevo a cabo en medio de diversas actividades académicas y culturales.
- También hemos realizado dos **entrevistas en la Deutsche Welle**:
 - "Cuatro preguntas y respuestas sobre pena de muerte en A.L." Para ver la entrevista: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5281290,00.html> - Bicentenario
 - "El reto de Colombia es la consolidación del Estado Social de Derecho". Para ver la entrevista: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5818615,00.html>



Dos tardes con el Grupo Latinoamericano de Investigación del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen

Tuve el gusto de visitar el Instituto en dos oportunidades durante los años 2009 y 2010. Además de la referencia inevitable a su maravillosa biblioteca, obra del infatigable Prof. Kai Ambos, allí conocí a un grupo de jóvenes investigadores que nos honra como latinoamericanos. Inquietos, esforzados para superar las dificultades que implica estudiar en un país extranjero con una cultura e idiosincrasia totalmente diferentes a las nuestras, luchando contra un idioma siempre difícil, todos ellos son conscientes de la importancia de su trabajo y lo que pueden devolver a sus países ya sea a su regreso o a la distancia. Desde la remota Tierra del Fuego les envío a María Laura, Cecilia, John, Rodrigo, Diego, Luis, José Fernando, Eneas y Florian todo mi cariño y el deseo de éxito para todos los proyectos que emprendan. Seguramente que alcanzarán sus objetivos. Y cuando lo hagan, habrán colocado un granito de arena para construir sociedades más humanas y justas.



Prof. Dr. Kai Ambos y Prof. Dr. Eugenio Sarrabayrouse

Dr. Eugenio C. Sarrabayrouse
Tierra del Fuego, Argentina, marzo de 2011.

GLIPGö, Ciência e Hospitalidade

Num tempo em que cada vez mais as certezas são colocadas em causa, em que um certo relativismo parece dominar o pensamento penal, qual o valor de um intercâmbio acadêmico entre Instituições de Direito do Brasil e de Instituições do porte da Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen, por intermédio do GLIPGÖ?

Por experiência própria, como Coordenador Executivo do Curso de Direito da Unisinos (Universidade do Vale do Rio dos Sinos) e Professor de Direito Penal, posso afirmar que isso é fundamental. Tive a oportunidade de vivenciar a importância, a relevância e o caráter extraordinário dessa experiência.

No mês de setembro de 2010, 40 estudantes da Unisinos assistiram aulas, conheceram a Universidade e, acima de tudo, vivenciaram as experiências dos estudantes e professores do GLIPGÖ. Não ficaram restritos aos espaços da sala de aula e da fantástica biblioteca, mas, pelas mãos dos membros do GLIPGÖ, vivenciaram a alma hospitaleira de Göttingen e de seus estudantes. Uma experiência não apenas com valor científico, mas, também, com um valor humano inestimável.

É assim que queremos formar juristas, com estudo, com ciência, e, acima de tudo, com um traço humano inafastável.



Miguel Tedesco Wedy
Professor de Direito Penal na Unisinos – Rio Grande do Sul - Brasil

Incentivando o futuro, com competência e hospitalidade

Conhecer a Georg-August-Universität Göttingen foi um divisor de águas na minha escolha profissional, curso o 2º semestre do Curso de Direito na Unisinos e adoro muito a minha escolha, mas Göttingen me mostrou que sempre podemos dar um passo adiante, que somos capazes e que as oportunidades estão para quem está disposto a correr atrás e às vezes passar um pouco de dificuldade.

A Biblioteca da Universidade me encantou, pois conheci um outro lado do estudo que no Brasil não é muito frequente, os alunos realmente estudam não tem a biblioteca de enfeite, aqui na minha Universidade temos uma biblioteca muito semelhante e não damos o mesmo valor e nem tanto a usamos como deveríamos e como a biblioteca merece, não dedicamos esse tempo, a biblioteca de Göttingen é incrível, tem livros, periódicos e muito material interessante.

O campus é um ambiente totalmente diferente do que vemos aqui no Brasil, os alunos realmente vivem o ambiente acadêmico, aproveitam tudo que a Universidade tem para oferecer, os alunos estudam de verdade, não fazem da Universidade um lugar de futilidades. Göttingen me fez enxergar a Universidade de um outro ângulo, me provocou tanta mudança que comecei a estudar a língua alemã, costumes e cultura para poder aprender mais do que vivenciei em Göttingen. Depois das aulas na Universidade comecei a pesquisar e estudar mais sobre Direito Penal Internacional, um assunto que fui conhecer de verdade na Georg-August-Universität, o Professor Kai Ambos e seus alunos foram de extrema importância para que pudéssemos aproveitar o máximo a oportunidade que tivemos de estar aí, pois essa oportunidade de conhecer a Universidade foi com certeza o incentivo que faltava para as decisões a tomar sobre a minha futura carreira.

Espero poder voltar na George-August-Universität em breve, pois além de um fã do trabalho que desenvolvem fiz alguns amigos que sempre me mostram o lado maravilhoso e as oportunidades que Göttingen oferece. Para mim foi um enorme prazer e satisfação poder estar esses dias na Universidade aprendendo, compartilhando a excelência de ensino e lições passadas pelo Prof. Dr. Kai Ambos e sua equipe.

Com admiração, satisfação e respeito
Josiane Reis Susin



Diego Tarapués, John Zuluaga, Josiane Reis Susin, Luis Guijarro, Maria Laura Böhm, Rodrigo González-Fuente Rubilar