

# BOLETÍN SEMESTRAL GLIPGö

**GRUPO LATINOAMERICANO DE INVESTIGACIÓN PENAL  
GÖTTINGEN**



**DIRECTOR**

**PROF. DR. KAI AMBOS**

JUEZ DEL TRIBUNAL PROVINCIAL DE GÖTTINGEN

**COORDINADORA**

**DRA. MARIA LAURA BÖHM**

**GLIPGö**

**DRA. MARIA LAURA BÖHM (ARG)**

**GUSTAVO EMILIO COTE BARCO (COL)**

**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)**

**CONTACTO**

**Tel.: 0049-551 - 39 - 7834**

**Fax: 0049-551- 39 - 22155**

**Mail: GLIPGoe@gmx.de**

**DISEÑO**

**Luis A. Guijarro Santos**



**ISSN**

**2193-9675**

## **ÍNDICE**

### **EDITORIAL**

**2**

### **ARTÍCULOS**

#### **MARÍA CECILIA DÓMINE**

**3**

¿ESTADO DE DERECHO VERSUS TERRORISMO O TERRORISMO VERSUS ESTADO DE DERECHO?

#### **JOHN E. ZULUAGA TABORDA**

**9**

DEL ESTABLECIMIENTO DE LA VERDAD EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ EN COLOMBIA

#### **ROBERTO RAÚL PÉREZ GONZÁLEZ**

**17**

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO

#### **ENEAS ROMERO DE VASCONCELOS**

**22**

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AUTORES DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE DE DESAPARECIMENTO FORÇADO NA GUERRILHA DO ARAGUAIA: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CRIME DE SEQUESTRO NO BRASIL

#### **SZYMON ŚWIDERSKI**

**28**

RESEÑA DE LA SEGUNDA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 4.05.2011 SOBRE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

### **ESCUELA DE VERANO 2011**

**33**

ESCUELA DE VERANO EN CIENCIAS CRIMINALES Y DOGMÁTICA PENAL ALEMANA GÖTTINGEN (ALEMANIA) 5 - 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011

### **INTERCAMBIO**

**43**

CICLO DE SEMINARIOS

Estimados lectores!

el primer número de nuestro Boletín, aparecido en mayo pasado, ha tenido una amplia difusión y muy positiva aceptación. Por esta última les estamos muy agradecidos, ya que ha significado un indudable incentivo y confirmación para nuestro proyecto.

En este segundo número presentamos textos temáticamente relacionados con el número pasado, así como nuevas áreas de investigación. El texto de John Zuluaga Taborda puede ser entendido como una segunda parte del artículo presentado por él mismo en el Boletín anterior, relativo a la Ley de Justicia y Paz en Colombia. Por su parte, el trabajo de Szymon Widerski, colaborador invitado por el GLIPGö para este número, retoma la problemática de las medidas de seguridad en Alemania y su tratamiento por el Tribunal Constitucional. Tres trabajos desarrollan nuevas áreas temáticas y se extienden a nuevos países: María Cecilia Dómine analiza las posibles tensiones existentes entre las medidas anti-terroristas adoptadas hoy por numerosos Estados y los principios del Estado de Derecho; Roberto Pérez presenta sus reflexiones críticas sobre la política contra el narcotráfico llevada adelante por México en los últimos años; y Eneas Romero explica algunos aspectos de justicia transicional actualmente discutidos en Brasil, fundamentalmente a partir del caso Guerrilla de Araguaia, sobre el cual han recaído sentencias en Brasil e incluso por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo en este número tenemos la satisfacción de presentar un detallado informe preparado por John Zuluaga Taborda – y algunas imágenes alusivas! –, sobre nuestra “Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Domática Penal alemana” organizada y desarrollada en nuestro Instituto del 5 al 16 de septiembre pasados, la cual tuvo tanto para los participantes como para nosotros un resultado altamente satisfactorio.

Por último damos a conocer quiénes han visitado nuestro Departamento y han compartido y discutido sus trabajos de investigación en el Ciclo de Seminarios en los últimos seis meses.

Esperamos que disfruten la lectura por lo menos tanto como hemos disfrutado nosotros el preparar este nuevo número del Boletín para todos Uds.

Cordiales saludos desde Göttingen en nombre del GLIPGö,

Dra. María Laura Böhm  
Coordinadora



GLIPGö

(en la foto faltan: Prof. Dr. Kai Ambos, Florian Huber y Gustavo Cote Barco)

## ¿Estado de Derecho versus Terrorismo o Terrorismo versus Estado de Derecho?

María Cecilia Dómine\*



### 1. Introducción

A partir del 11 de septiembre[1] y los atentados de Londres (7 de julio de 2005) [2] y Madrid (11 de marzo de 2004)[3], la política criminal internacional ha dado un giro trascendental[4] en el tratamiento del terrorismo. Puede decirse que la sociedad internacional ha entrado en un nuevo período histórico, y que en materia de política criminal ya nada será como antes[5]. La lucha contra este fenómeno difícilmente definible[6] del terrorismo[7], no sólo puede transformar el Derecho Penal sustantivo, sino también diversos ámbitos jurídicos importantes como los que tienen relación con la inmigración y la policía[8], llegando en algunos casos a desmantelar la conquista social de ciertos derechos fundamentales clásicos[9] que caracterizan al actual Estado de Derecho[10]. Asimismo, la internacionalidad y la repercusión global de la problemática, acrecientan la crucial encrucijada que se plantea entre la política criminal del Estado de seguridad y las libertades individuales de sus ciudadanos[11]. Bajo estas circunstancias, la sociedad internacional se encuentra en una etapa incierta, difícil y riesgosa, abocada en la búsqueda de un nuevo equilibrio entre los instrumentos que brindan una mayor seguridad y las garantías individuales.

El objeto de este breve análisis es justamente analizar cuál de estas dos opciones tiene prioridad y cuál de ellas debería tenerla. ¿Puede un Estado de Derecho restringir y vulnerar los derechos fundamentales con el objetivo de garantizar la seguridad de sus ciudadanos? ¿El terrorismo puede llegar debilitar al Estado de Derecho? ¿Es posible luchar contra el terrorismo con los medios jurídicos del Derecho Penal de un Estado de Derecho?.

### 2. El Estado de Derecho como destino

El concepto de Estado de Derecho o rule of

law[12] tiene su origen en Europa a principios del siglo XIX, emerge como oposición al concepto de Estado de Policía. Sin embargo, la idea de Estado de Derecho es sin lugar a dudas, mucho más antigua, pues, tiene antecedentes ideológicos e institucionales que se remontan al desarrollo jurídico en Europa y fuera del continente[13]. La definición de Estado de Derecho esta supeditada a una constante evolución, por este motivo, su descripción esta sujeta a una situación concreta en un momento determinado, ya que la extensión y autenticidad de los derechos fundamentales hacen diferente su descripción en cada momento histórico. Estamos ante un conjunto de reglas y de valores en constante desarrollo; por ello es de imposible definición definitiva[14]. El Estado de Derecho de 1798[15] (fecha en que fue utilizado por primera vez el término) no corresponde al Estado de Derecho actual. El Estado de Derecho ha avanzado y sigue avanzando en la medida en que los poderes arbitrarios se sustituyen por poderes jurídicamente controlados, los órganos responsables por órganos jurídicamente responsables, en la medida en que el ordenamiento jurídico organiza la respuesta a la violación que proviene, no solo de los ciudadanos particulares, sino también de los funcionarios públicos.[16] Por lo expuesto; es necesario concluir que el Estado de Derecho no es un objetivo determinado sino un destino[17]; y como todo destino, posee un inicio, un desarrollo, y un camino a recorrer.

### 3. Derecho de Estado y Estado de Derecho

Hans Kelsen nos recuerda que los términos "Derecho de Estado y Estado de Derecho" están compuestos por las mismas palabras, solo que en orden inverso"[18]. Con ello estimula a reflexionar sobre los requisitos necesarios para poder invertir los términos. Intentemos ahondar sobre estos requisitos necesarios; en busca de los mismos, emergen dos conceptos:

**i)** El Estado de Derecho formal es aquél que reconoce la separación de poderes, la independencia de los tribunales, la legalidad de la administración, la tutela judicial contra

actos del poder público y la indemnización pública como elementos indefectibles del ordenamiento jurídico. No obstante, la mera vigencia del Derecho de Estado se puede reducir a un mero sistema de dominación mediante el instrumento de la ley (por ejemplo, concentrando todo el poder en una persona y limitando simplemente su forma de actuación pero no su contenido). Su vigencia real no puede crear un Estado de Derecho, ya que un Derecho de Estado visto de esta manera no cumple, ni siquiera con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho formal. Pero tampoco la existencia de los elementos del Estado de Derecho formal son suficientes para justificar la inversión de los términos "Derecho de Estado" en "Estado de Derecho", faltan aún al menos dos elementos esenciales, el elemento moral y el elemento ético. Estos se han ido desarrollando a lo largo de la historia de la humanidad y germinan en la concepción del Estado de Derecho material[19].

ii) El Estado de Derecho material incluye todos los aspectos del Estado de Derecho formal, pero adiciona un elemento esencialmente importante: la subordinación de la legislación a un ordenamiento de valores de rango superior (la Constitución), que incluye lo que llamamos los derechos fundamentales. Por ello, para muchos es más sencillo hablar de un Estado constitucional de Derecho, ya que su constatación se refleja en las reformas constitucionales. Si están dadas todas estas condiciones en el Derecho de Estado, y se logra su vigencia en la realidad, entonces encontramos la justificación actual para la inversión de los términos "Derechos de Estado" a "Estado de Derecho". En otras palabras, el Estado está sometido al Derecho, no pudiendo ejercer el poder al margen del mismo. Esto significa que el desarrollo del "Estado de Derecho" está estrechamente ligado al desarrollo de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho se va desarrollando en cualquier caso, al compás del desarrollo de los derechos fundamentales y según va variando la interpretación de los mismos[20].

#### **4. El Estado de Derecho en la era del Terrorismo**

En las últimas décadas se vive una dramatización de la violencia y la amenaza del terrorismo. A esto no es ajena la política criminal[21] internacional, pues se pueden llegar a observar un gran número de cambios, entre los más trascendentes: a) un adelantamiento del castigo penal; b) un aumento desproporcionado de las penas; c) la legislación trabaja sobre el autor antes que sobre su conducta; d) se utiliza un gran número de tipos penales de peligro; e) no hay una clara diferencia entre la pena y la medida de seguridad; f) las sanciones no se vinculan con la culpabilidad sino con la peligrosidad; g) se produce una dura respuesta penitenciaria; y h) las garantías procesales se hacen más flexibles y relativas, permitiendo detenciones preventivas sobre la privacy, utilizando el agente provocador [22] etc[23]. Estamos ante un subsistema interno, por medio del cual se realiza una renuncia a los principios garantistas, transformando al Derecho Penal, en un derecho sólo formalmente garantista. El Derecho Penal comienza a ensuciarse las manos[24] en busca de una mayor seguridad ciudadana, llegando en algunos casos a ser contraproducente y anacrónico[25]; transformándose poco a poco en un Derecho Penal Máximo. De esta manera ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de Derecho que a primera vista se creían (erróneamente a mi modo de ver) un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas. Este Derecho Penal Máximo se caracteriza por ser: a) incondicionado e ilimitado; b) excesivo en su severidad; c) imprevisible en sus condenas y penas; d) configurado como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación[26] ; e) se desarrolla fuera de cualquier diseño racional; y f) pone en crisis todos los principios clásicos de legitimación: el principio de legalidad, el principio de taxatividad y con ese la certeza del Derecho Penal y el nexo entre pena y delito, el principio de ofensividad y aquel de proporcionalidad[27] de las penas, etc[28]. Por todas estas razones, en muchos casos se presentan grandes problemas de delimitación y relatividad, junto con un grave peligro de

abuso y manipulación. Hoy por hoy, con esta crisis, del principio de legalidad penal están viniendo a menos todas las funciones políticas sobre las cuales se asientan los cimientos del Estado de Derecho[29]. Estas funciones son esencialmente tres: a)asegurar sobre todo la certeza del derecho, que es garantía de igualdad frente a la ley, de libertad del ciudadano contra la punición arbitraria y también de la conocibilidad y credibilidad del sistema penal.; b)asegurar el sometimiento del juez a la ley, que es garantía de inmunidad del ciudadano contra el arbitrio de los jueces, fundamento de la independencia del poder judicial y asimismo de la división de poderes; y c) finalmente asegurar la supremacía de la legislación, y por lo tanto de la política y de la soberanía popular, en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y en la exacta configuración de los delitos[30].

Se trata principalmente de una defensa frente a peligros, esto es de un Derecho preventivo tanto policial como del orden. Debe quedar claro que no estamos ante un Derecho Penal represivo en su forma extrema, no se trata ni siquiera de derecho, sino de pura fuerza militar o policial[31]. Es menester comprender que no se trata de compensar la injusticia, sino de prevenir el daño, no se trata de castigar, sino de controlar, no se trata de retribuir, sino de asegurar, no se trata del pasado, sino del futuro.[32] Los límites normativos del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal en un Estado de Derecho se debilitan ante el extendido sentimiento de amenaza y la extendida esperanza de que se pueda con ayuda del Derecho Penal afrontar con eficacia la problemática.

### **5. El rol del control judicial**

Un punto paradójico desde la perspectiva del Estado de Derecho[33], es la importancia del rol que juega el control judicial frente a la expansión del poder del Estado y a la dicotomía entre el principio de seguridad y la libertad o derechos fundamentales del individuo. La existencia de una Constitución como orden jurídico superior del Estado reclama un sólido acatamiento a las garantías fundamentales, siendo hasta ahora el control judicial el que, en términos generales, ha

demostrado mayor idoneidad para hacerlo[34]. En este ámbito, la justicia constitucional se convierte en la coyuntura existente entre la democracia y el Estado, dado que le corresponde revisar los abusos y excesos[35] que en nombre de "mayor seguridad" se cometen sobre las normas, derechos fundamentales u otros principios constitucionales. La existencia de este control judicial, sobre todo las sentencias de los Altos Tribunales de EE.UU. y Reino Unido[36] generan ciertas esperanzas que nos permiten considerar que la lucha antiterrorista encuentra finalmente su límite en el respeto de los derechos fundamentales[37].

### **6. Reflexión final**

Luego de toda esta exposición, estamos en condiciones de retomar la crucial encrucijada planteada al inicio del presente artículo. Enfrentar el terrorismo no significa ir contra la democracia, no debemos hablar de Terrorismo versus democracia[38] o de Terrorismo versus Estado de Derecho. Es posible luchar contra el terrorismo sin debilitar el Estado de Derecho, no es congruente restringir libertades individuales, pues se pueden menoscabar nuestros valores más intrínsecos. Se puede combatir eficazmente tal entrelazado criminal de intereses, a través de un Derecho Penal fundado en un número restringido de figuras que se han de redactar recurriendo a la más refinada tipificación. No debe sin embargo faltar el sólido elenco de principios dogmáticos hermenéuticos que solamente una Parte General liberal democrática puede garantizar también en el terreno procesal[39]. Claramente un Derecho Penal Mínimo, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza[40]. La certeza perseguida por el Derecho Penal Máximo esta en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. En cambio la certeza perseguida por el Derecho Penal Mínimo, esta en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar

impune[41]. Solo un Derecho Penal Mínimo[42], finalizado a la prevención de los delitos más graves, esta en grado de asegurar al mismo tiempo eficacia y garantías, o sea los dos valores sobre los cuales se basa la legitimidad y la credibilidad del derecho como de la jurisdicción penal[43]. El orden jurídico no puede conformar una lógica instrumental en la cual el fin justifique los medios, legitimando violaciones y excepciones a los principios fundamentales del Estado de Derecho. En un sistema teleológicamente orientado, la pena como cualquier otro medio tiende a una cierta "racionalidad de fin", tiende a optimizar los resultados[44], pero esta pena es un arma de doble filo; pues tutela derechos a través de una lesión de derechos[45] que no puede ser explotada, ad limitum, es un instrumento a emplear limitado: su potencialidad es frenada por las garantías. La elección de criminalizar no puede ser dotada de efectividad "a todo costo", ni empujada sin límites en la vía de optimizar los beneficios.[46] Probablemente; garantías individuales y eficiencia del control parecen hoy constituir términos contrastantes de una posición dialéctica; pero un asunto así, en relación con el contexto de nuestro ordenamiento, de democracia fundada sobre los principios del Estado de Derecho, es sin duda falso. Es sensato pensar, que garantía y eficacia, de hecho, en el Estado de Derecho, lejos de parecer antitéticas, representan conjuntamente, elementos esenciales de referencia que deben informar la consecución de los objetivos legítimos de control social. Por lo expuesto se debe discutir, no sólo desde la perspectiva político criminal, sino también desde el punto de vista dogmático penal, hasta que punto podemos asumir los costos que tal transformación implica. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc) son presupuestos irrenunciables e imprescindibles[47] de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir

también el desmantelamiento del Estado de Derecho[48].

-----  
 \*Abogada-Profesora Adscripta de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Becaria del DAAD para estudios de LLM y de Doctorado en la Universidad de Göttingen. Contribución basada en las investigaciones realizadas en la Università degli studi di Milano, y en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht; como ex-becaria del Gobierno Italiano (Ministero degli Affari Esteri). Agradezco la lectura y comentarios al Prof. Dr. Carlo Enrico Paliero.

[1]El ejemplo más destacado de los últimos lustros en cuanto al uso simbólico de la violencia, es el atentado a las Torres Gemelas y el Pentágono, pues eran directamente los lugares que mayormente representaban la vida socio-institucional de la potencia norteamericana. Este uso simbólico de la violencia demuestra el grado de vulnerabilidad del sistema estadounidense, en otras palabras la vulnerabilidad del sistema político institucional occidental. En detalle véase Nemer Caldeira Brant, Leonardo, Terrorismo e Direito, Os Impactos do Terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil, Forense, Rio de Janeiro, 2003. p. 1 y ss.

[2]En detalle sobre el atentado de Londres véase Wolfgang Eggert, London - Die Lizenz zum Töten, Chronos Medien, München, 2005, passim.

[3]Es importante mencionar que mientras que los atentados de Madrid y Londres fueron tomados como atentados terroristas convencionales, los atentados del 11 de septiembre fueron calificados de "ataques terroristas", que según la Resolución 1368 del Consejo de Seguridad de 2001, representan una amenaza a la paz mundial y a la seguridad internacional y como tales fundamentan el derecho a la autodefensa, aunque no la guerra de acuerdo al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas: "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales". Disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm>

[4]Uno de los ejemplos más destacados es (la denominada en inglés "USA Patriot Act". Este un acrónimo proveniente de la siguiente frase: Uniendo y Fortaleciendo América mediante la Provisión de Apropriadas Herramientas Requeridas para Interceptar y Obstruir el Terrorismo (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism). Es un acta del Congreso de los Estados Unidos que Bush promulgó como ley el 26 de octubre de 2001. Este Acta resultó de una inmediata aprobación, sin ningún tipo de debate parlamentario, lo que la indica como una típica expresión de legislación penal de emergencia. Fue aprobado por el Congreso (357

votos a favor, 66 en contra) el 24 de octubre, por el Senado (98-1) el 25 y rubricada por el presidente Bush el 26 de octubre. Su objetivo es restringir una serie de derechos constitucionales, a fin de ampliar sustancialmente el poder represivo del Estado para garantizar la seguridad nacional y combatir el terrorismo. El texto de la "USA Patriot Act" es publicado en diversos sitios de Internet, entre ellos disponible en: [http://www.fincen.gov/statutes\\_regs/patriot/index.html](http://www.fincen.gov/statutes_regs/patriot/index.html).

[5] Cfr. Ambos, Kai, *El Derecho Penal frente a amenazas extremas*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 15.

[6] Para ampliar el concepto de criminalidad terrorista, véase Dómine, María Cecilia, *Criminalidad económica y terrorismo*, Revista Arbitrada de Derecho 2006- 01 de la Universidad Católica de Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 83-132.

[7] Para una definición reciente de terrorismo, véase Clive Walker, *Terrorism and the law*, Oxford University Press, New York 2011, p. 3 y ss.

[8] Vide Jörg Albrecht, Hans, *Respuestas legislativas al 11 de septiembre*, Un análisis comparado de la legislación antiterrorista, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal*, estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 2006 p. 1139 y ss.

[9] Cfr. Catalina Benavente, M. Angeles, *La restricción de los derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo*, Ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2006, pp. 5-62.

[10] Para profundizar véase, Dómine, María Cecilia, *Terrorismo y Estado de Derecho*, en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LXXV, No. 1, Editorial Porrúa, México, D.F. Enero-Abril, 2009, pp. 47-100.

[11] Cfr. Masferrer, Aniceto, *Legislación anti-terrorista*, Estado de Derecho y Derechos fundamentales, Una aproximación a los límites del Estado en el constitucionalismo moderno, en *Estado de Derecho y Derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. Editorial Aranzadi, S.A Navarra, 2011, p. 191 y ss.

[12] Véase Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf, *Lexikon der Politikwissenschaft*, Verlag C.H.Beck München, tercera edición 2005, p. 833. Se utiliza la versión del 2005 y no la última versión del 2010, dado que en la versión del 2005 se expresa que el concepto de Rechtsstaat es la habitual traducción de rule of law.

[13] Vide Lösing, Norbert, *La jurisdicción Constitucional*, Democracia y Estado de Derecho, Publicaciones UCAB, Caracas 2005, p. 58. Para observar la idea de Estado y su evolución, desde una visión política e histórica véase, Bobbio Norberto, Matteucci Nicola, Pasquino Gianfranco, *Il Dizionario di Politica*, UTET libreria-Torino, 2004 pp. 930-962.

[14] Vide Lösing, Norbert, (supra nota 13) pp. 53- 104.

[15] J. W. Placidus emplea por primera vez el término Estado de Derecho en 1798. Erróneamente se cita a Robert von Mohl como el primer autor del término Estado de Derecho pero en realidad el término fue utilizado por von Mohl por primera vez en 1832, 34 años después de Placidus. Vide Lösing, Norbert, (supra nota 13) p. 57.

[16] Vide Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1994, p. 119.

[17] Vide Lösing, Norbert, (supra nota 13) p. 57.

[18] Véase Kelsen, Hans, *Rechtsstaat und Staatsrecht* (1913), en Klecatsky H, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, vol. 2, Europa Verlag, Wien 1968, p. 1525 y ss.

[19] Vide Lösing, Norbert, (supra nota 13) p. 59 y ss.

[20] Véase Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Norma. Interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva, AD-HOC s.r.l. Buenos Aires Argentina, primera edición, mayo 1995. p. 66.

[21] *Idem*, p. 61

[22] Para profundizar la problemática del agente provocador en la doctrina italiana consultar De Maglie, Cristina, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, p. 214 y ss.

[23] Para ampliar véase Dómine, María Cecilia, *El terrorismo Internacional*, Un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal, *Revista Brasileira de Ciências Criminales* N. 75, Editora Revista dos Tribunais, 2009 Brasil, p.236 y ss.

[24] Según Paliero el derecho penal de manos limpias es aquel que respeta los principios dogmáticos, las garantías constitucionales y las libertades individuales, mientras que un derecho penal de las manos sucias, es donde todo se decide, sobre el terreno de la estrategia procesal, de la táctica policial. Vide Paliero, Carlo Enrico, *La Fabbrica del Golem*, Progettualità e metodologia per la parte generale di un codice penale dell'Unione europea, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Nuova serie a.43n.2 (Aprile-Giugno 2000), Milano, p.466-511.

[25] Cfr. Hassemer, Winfried- Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p. 16.

[26] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta. Tercera edición 1995. Madrid, p. 105.

[27] Para profundizar el concepto de proporcionalidad, véase Aguado, Teresa; *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 573 ss. En la misma índole ver en Mir Puig, Santiago, *Principio de Proporcionalidad y Fines del Derecho Penal*, en Echano Basaldúa, Juan I., *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 349 – 366.

[28] Ferrajoli, Luigi, *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*. Attili dell' incontro di studio organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Firenze (3 marzo 2000), CEDAM, Padova, 2001, p. 28.

[29] Para el ex Secretario General de las Naciones Unidas, Koffi Annan: "Por su propia naturaleza, el terrorismo constituye un ataque contra los principios fundamentales del derecho, el orden, los derechos humanos y la solución pacífica de controversias, que son los cimientos en que se asientan las Naciones Unidas", véase *Foro Sobre el Delito y la Sociedad*. Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Vol. 4, números 1 y 2, diciembre 2004, United Nations publication, Austria, 2006, texto extraído del prefacio de esta publicación, p.V.

[30] Ferrajoli, Luigi, *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002. p. 16

[31] Cfr. Ambos, Kai, (supra nota 5) pp. 120-130.

[32] Vide Hassemer Winfried, (supra nota 25) p. 46.

- [33]Para ampliar esta visión, véase Masferrer, Aniceto, (supra nota 11) p. 226 y ss.
- [34]Véase para profundizar sobre el control judicial de la constitucionalidad de las leyes: Jesús María Casal H; Algunos Cometidos de la jurisdicción Constitucional en la Democracia”, en La jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho, Publicaciones UCAB, Caracas 2005, pp. 105-140.
- [35]Son ejemplos de esa idoneidad, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de los EE.UU.: Rumsfeld vs. Padilla, Hamdi vs. Rumsfeld, y Rasul vs. Bush (28/6/2004). La primera de ellas por ejemplo, resuelve sobre una petición de habeas corpus de un ciudadano estadounidense de religión musulmana acusado de pertenecer a Al Qaeda, al que Bush declara «combatiente enemigo» de los EE.UU. Para profundizar visitar <http://firgoa.usc.es/drupal/node/27483>.
- [36] Para profundizar las sentencias de los Altos Tribunales de EE.UU. y Reino Unido, véase Ambos, Kai, (supra nota 5) p. 58-63.
- [37] Véase Ambos, Kai, (supra nota 5) p. 63.
- [38]Cfr. Donini Massimo, Insolera, Gaetano, Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo Della scienza penale- consideración introduttive, Monduzzi editore, Bologna 2005 passim. Asimismo véase Paul Wilkinson, Terrorism Versus Democracy, The liberal State Response, Routledge, tercera edición, London- New York, 2011, p. 194 y ss.
- [39]Vide Paliero, Carlo Enrico, La fábrica del golem (supra nota 24) p. 48.
- [40]Vide Ferrajoli, Luigi, (supra nota 26) p.104.
- [41]Vide Ferrajoli, Luigi, (supra nota 26) p.106.
- [42]Para profundizar el concepto de derecho penal mínimo véase Diritto Penale Minimo, a cura di Umberto Curi e Giovanni Palombarini, Donzelli Editore, Roma 2002.
- [43]Ferrajoli, Luigi, (supra nota 28) p. 34.
- [44]Vide Paliero, Carlo Enrico, il principio di effettività del diritto penale, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Nuova Serie-Anno XXXIII, Giuffrè Editore , Milano, 1990, p. 475.
- [45]Von Liszt, Franz, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), trad. it. La teoria dello scopo nel diritto penale, Milano, 1962, pág. 46.
- [46]Vide Paliero, Carlo Enrico, (supra nota 44), p. 475.
- [47]Cfr. Ambos, Kai, (supra nota 5) p. 63.
- [48]Véase Muñoz Conde, Francisco, El nuevo Derecho Penal autoritario, consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo en La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica, Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2003 p. 121.



## Del establecimiento de la verdad en el proceso de justicia y paz en Colombia[1]

John E. Zuluaga Taborda LL.M.[2]



### 1. Consideración preliminar

La Ley de Justicia y Paz (en adelante "LJP"), su normatividad reglamentaria y los múltiples condicionamientos jurisprudenciales en torno a ella[3], han dado una dimensión especial al desenvolvimiento del sistema judicial en la búsqueda de la verdad procesal. El mecanismo judicial diseñado para ello ha asumido un rol funcional dirigido a la determinación de una verdad integral y sistemática, desplazando la idea de la función judicial como actividad tendencialmente cognoscitiva en materia de hecho y derecho, expresada en aserciones de cuya verdad (como correspondencia aproximativa) depende la legitimidad o validez de sus actos. En el ámbito del proceso de la LJP, la "verdad" cruza la teleología del procedimiento y condiciona el desarrollo de sus participantes[4]. Por un lado, la misma es principio rector del proceso (Art. 4 LJP), derecho de las víctimas (Art. 7 LJP) y una carga investigativa para los servidores públicos vinculados a este trámite (Art. 15 LJP). Por otro lado, mediante confesión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a los grupos armados organizados al margen de la Ley (en adelante "GAOML"), la misma se convierte en un requisito exigido a los desmovilizados-postulados a los fines de acceder al beneficio de alternatividad (Art. 17 LJP).

Su significado y dimensión en el trámite de la LJP ha sido explicado por la Corte Constitucional en sentencia C 454 de 2006, advirtiendo que el mismo abarca el derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar y el derecho a saber[5]. Asimismo, dicho Tribunal ha determinado la "verdad integral" como el fin normativo más importante de la Ley 975 y en sentencia C 370 de 2006 ha condicionado la concesión del beneficio de alternatividad al logro de una confesión completa y veraz por parte de los postulados[6]. De igual manera, la

Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre varios puntos acerca de dicho asunto, como son su contenido y alcance[7], sobre la forma cómo se llegará a establecer ésta en el proceso de la LJP[8], acerca de los mecanismos que la garantizan[9] y las obligaciones que implican para los postulados y el aparato judicial vinculado al procedimiento de la LJP[10]. El establecimiento de una verdad integral y sistemática está estrechamente ligado al procedimiento de la LJP, exactamente a la fase judicial en la que mediante actuaciones previas, confesiones, investigaciones y la definición de cargos a juzgar, se moldean los contenidos y contextos de la verdad de los hechos cometidos tanto por los postulados como por los GAOML[11]. En este sentido, el procedimiento de la LJP ha sido configurado como el escenario más relevante para el esclarecimiento de la verdad en el proceso de transición colombiano.

### 2. Del establecimiento judicial de la verdad

La Ley 975 de 2005 ha dispuesto de un mecanismo judicial (procedimiento) para el logro de sus propósitos centrales. Dicho procedimiento presenta dos momentos básicos, uno administrativo[12] y otro judicial[13]. De la fase judicial es característico el desarrollo una etapa "preprocesal", de la cual es responsable la Fiscalía General de la Nación (en adelante "UNJP-FGN"), y otra "procesal", de la que se encargan las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (en adelante "SJP-TSD")[14]. La preprocesal está conformada por dos escenarios: uno preliminar y otro de investigación. Estos van desde el arribo de la lista de postulados a la Fiscalía, pasando por la recepción de la versión libre, la formulación de la imputación, hasta la formulación de cargos ante el Magistrado de Control de Garantías (en adelante "MCG"). Al final del procedimiento se realiza la etapa de juzgamiento, la cual se desarrolla desde que queda firme el control de legalidad de la formulación de cargos ante la SJP-TSD, hasta el fallo (Art. 19 LJP). En la sentencia, no solo se incorpora la decisión sobre la reparación, se fija la pena principal y la accesoria, incluyéndose la pena alternativa[15], sino también, se insertan los compromisos de

comportamiento, las obligaciones de reparación moral y económica de las víctimas y la extinción del dominio de los bienes muebles e inmuebles con los que se hará efectiva la reparación. Para el establecimiento de la verdad, pueden mencionarse como escenarios nucleares del procedimiento la versión libre y las actividades de investigación por parte de la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la FGN. De igual manera, por ser actos en los que se definen los presupuestos para la determinación judicial de la verdad, justicia y reparación, la formulación de cargos (en adelante "AFC"), la aceptación de los mismos (en adelante "AAC") y el control de legalidad juegan un rol fundamental en dicha determinación[16].

### 2.1. Investigación y versión libre

La "fase judicial" se inicia una vez se radican los nombres de los miembros del grupo irregular en la UNJP[17]. Con ello se da comienzo por parte de la FGN a través del Fiscal Delegado competente a las actividades investigativas previas a la versión libre. En este periodo se incluye también la posibilidad de realizar audiencias preliminares, ya sea para practicar pruebas anticipadas o para decretar medidas de protección a las víctimas o medidas cautelares por parte del MCG, ello con fundamento en el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004[18]. Finalizadas las actuaciones previas, la actividad investigativa se orienta a determinar con el mayor grado de certeza los propósitos indicados en los artículos 15 y 16 de la LJP y 4 del Decreto 4760 de 2005, es decir, un esclarecimiento integral de los hechos objeto de investigación. En este momento los postulados rinden versión libre[19]. Estos deben hacer una confesión completa y veraz de todos los actos punibles en los que participaron o de aquellos que tengan conocimiento cierto, durante y con ocasión de su pertenencia al grupo irregular, e informarán de todos los hechos de que tengan constancia (Art. 9 Decreto 3391 de 2006). En caso de ocultar información, no se podrá ser beneficiario de la pena alternativa, pues, entre otras razones, no se satisface de manera plena el derecho de las víctimas a la verdad. En dicha audiencia debe garantizarse la plena participación de las víctimas[20], ya que la

versión libre en la Ley 975 es reservada para la comunidad en general mas no para las víctimas.

Una vez finalizada la versión libre y antes de solicitar audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía General de la Nación (y bajo su mando y coordinación, la policía judicial) elaborará y desarrollará el llamado programa metodológico, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 207 del código de procedimiento penal de la Ley 906 de 2004[21]. Es de resaltar que la puesta a disposición del desmovilizado ante el MCG para la Formulación de Imputación está condicionada a la elaboración y desarrollo del programa metodológico, el cual debe ejecutarse en un plazo razonable[22]. Cuando se constate a través de las diligencias de investigación que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su tipificación como delito, se dispondrá de inmediato el archivo de la actuación, ya sea por atipicidad objetiva o inexistencia del hecho mismo (Art. 27 LJP)[23].

### 2.2. Formulación de imputación, formulación de cargos y verificación de aceptación

Si del material probatorio recaudado puede inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o participe de uno o varios delitos investigados, procede la formulación de imputación (Art. 18 LJP). En el proceso de la Ley 975 la audiencia se realiza ante el MCG, efectuándose una imputación fáctica y jurídica de las conductas investigadas (Art. 18), e implica la interrupción de la prescripción de la acción penal,[24] la suspensión de los procesos abiertos en la justicia ordinaria por hechos relacionados con la imputación en Justicia y Paz[25], y la posibilidad de imponer medidas de aseguramiento (detención preventiva)[26] o medidas cautelares sobre los bienes del postulado para la reparación de las víctimas[27]. El MCG imparte control formal y material al acto de imputación[28].

Dentro de los 60 días siguientes a la Audiencia de Formulación de Imputación (Art. 18 LJP), prorrogables hasta un máximo de 120 días (Art. 6 Decreto 4760 de 2005), la UNJP y la Policía judicial, desarrollarán las actividades de investigación y verificación de los hechos

admitidos por el imputado[29]. Finalizadas dichas actividades o el término referido, el fiscal solicita al MCG la programación de la AFC, que se hará dentro de los 10 días siguientes a la solicitud[30]. En la AFC se establecen los hechos en los que se infiere participación del postulado, abarcando una precisa y minuciosa valoración fáctica y jurídica. Frente a ella el desmovilizado, de forma espontánea, libre y voluntaria, además de estar asistido por su defensor, decide cuáles cargos acepta (Art. 19 LJP)[31]. El control legal y material de la aceptación de cargos formaliza el acto de acusación y delimita los asuntos a debatirse al momento de la imposición de la pena. Esta verificación se hace en la AAC, la que se realiza ante los Magistrados de conocimiento de los Tribunales de Justicia y Paz, y supone no solo la ratificación del preacuerdo, sino la iniciación del juicio de revelación de verdad prescrito en la Ley 975[32]. En dicho acto se efectúa un control formal y material de la aceptación de cargos, debiéndose verificar el conocimiento, voluntariedad y libertad en la aceptación, confirmar que tales cargos corresponden a hechos ocurridos con ocasión y durante la militancia del grupo, constatar la representación legal de las víctimas e indagar por la eventual necesidad de medidas cautelares[33].

### 3. Limitaciones del mecanismo judicial

A pesar de la consagración normativa, del reconocimiento jurisprudencial y del protagonismo del mecanismo judicial diseñado, paradójicamente, el funcionamiento del proceso penal de la LJP y del sistema judicial vinculado al mismo no ha colmado las expectativas frente al espectro de propósitos formulados, especialmente el logro de una verdad integral y sistemática. Las explicaciones a ello se presentan, por un lado, en las deficiencias de orientación y planeación normativa y, por otro lado, en razón al desarrollo y/o funcionamiento del proceso de la LJP.

3.1. De la determinación de los sujetos procesales

En razón del tratamiento paralelo que tuvieron un importante número de paramilitares con la Ley 782 de 2002, se habla de la conducción residual de desmovilizados al trámite de la LJP, pues solo un mínimo número de estos fueron postulados al procedimiento de la LJP. No todos los desmovilizados de los grupos paramilitares han sido efectivamente procesados por los delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo[34]. El círculo de sujetos procesales o de postulados en el trámite de la Ley 975 queda resignadamente reducido, además, por lo dispuesto en la Ley 1424 de 2010 por medio de la cual cerca de 25.000 desmovilizados podrán aclarar su situación jurídica, sin postularse a la LJP. Bajo la aludida Ley, las órdenes de captura o la ejecución de la condena se podrán suspender si las personas que han dejado las armas están cumpliendo con el programa para la reintegración (arts. 6 y 7 Ley 1424 de 2010). Esto es particularmente discutible si se tienen presentes las múltiples críticas al proceso de reintegración del que se hace depender los beneficios aludidos[35].

3.2. Sobre la versión libre y la fase de investigación

Por un lado, se advierte que la confesión como fuente de información se orienta fundamentalmente por la discrecionalidad del investigado, por lo tanto, se trata de un modelo de investigación que desprende sus rendimientos a partir de la versión del desmovilizado-postulado y no sobre la base de un descubrimiento de hechos que dé cuenta de una estructura sistemática de actuación por parte de la Fiscalía y la policía judicial[36]. Por otro lado, se advierten problemas logísticos y operativos que han repercutido en el desarrollo de esta audiencia, como por ejemplo, listas defectuosas de solicitantes[37], insuficiencia de personal[38], inseguridad de las víctimas y victimarios[39] y el reducido número de postulados en comparación al total de desmovilizados, de los cuales muchos ya se han venido retirando[40].

Se ha destacado como problemática la manera como se sistematiza la información recaudada vía confesiones y la forma de divulgar los contenidos de la misma. Por una parte, hay

dificultades para sistematizar la información compilada[41]. Por otro lado, parece haber cierta comprensión restrictiva de la garantía procesal de la publicidad[42] y a partir de esto se ha limitado el desarrollo de controles (consecuencia del ejercicio público de la persecución penal) al desenlace de esta parte del procedimiento.

### 3.3. De la integridad en la verdad

La realización del derecho a la verdad, máximo propósito del procedimiento de la LJP, ha encontrado algunas limitaciones, de las cuales son especialmente problemáticas las siguientes: en primer lugar, los relativos rendimientos en la intervención de los postulados en la versión libre y, junto a ello, la ausencia de una estrategia global de investigación a mediano y largo plazo (infra 3.3.1.). En segundo lugar, la inexistencia de una Comisión de Verdad y Reparación (CVR) en sentido estricto pues la Comisión de Memoria Histórica (CMH) de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) ha sido programada, como su nombre lo indica, solo a fines de memoria histórica (infra 3.3.2.). Asimismo, la extradición de importantes comandantes paramilitares ha limitado la realización del mandato aludido, pues ello ha redefinido los ritmos de participación y colaboración desde los EE.UU (infra 3.3.3.).

#### 3.3.1. Programa de investigación asistemático

A pesar del alto número de víctimas, hechos punibles denunciados y los múltiples casos que se están llevando a cabo dentro del procedimiento de Justicia y Paz, es aún inexistente un programa de investigación que como estrategia global aborde sistemáticamente la información a recolectar. Característico de los asuntos tratados hasta el momento es el manejo desentendido de otros escenarios de investigación o información (carácter fraccionado y aislado). Es además preocupante el modo de trabajo entre fiscales e investigadores, debido a la falta de una mejor coordinación y cruce de informaciones y resultados de sus labores de investigación. Asimismo, es evidente la indebida interacción

entre fiscalía y otras instituciones que participan en el trámite de la LJP[43].

#### 3.3.2. Del mecanismo no judicial de contribución a la verdad

En primer lugar debe mencionarse la CMH, en cuyos propósitos[44] puede verse que la focalización de sus fines se distancia de los criterios más relevantes para el establecimiento de una CVR efectiva[45], especialmente por la ausencia de facultades de investigación que faciliten, por ejemplo, la comparecencia de sospechosos. El mandato de la CMH se proyecta solo para “coadyuvar con la verdad judicial y la reconciliación nacional desentrañando la naturaleza de los actores, de los procesos y de los escenarios socio-políticos en los cuales se ha desarrollado el conflicto armado interno, para poder comprenderlo en perspectiva histórica y contribuir a su superación”[46]. El mandato de la CMH es limitado – informar las razones para el seguimiento y la evolución de los GAOML – ya que no cuenta con poderes judiciales y ejecuta sus funciones de acuerdo a las exigencias legales de la CNRR. Además, las cosas no cambian mucho con el ahora llamado centro de memoria histórica[47], ya que sus facultades también son limitadas, especialmente si se observan estipulaciones como las introducidas por el Decreto 2444 de 2011, según el cual, por ejemplo, “no podrá atribuir, determinar, publicar, ni mencionar responsabilidades penales individuales” (art. 2).

#### 3.3.3. Extradición de comandantes paramilitares

Esto ha afectado ampliamente todo el proceso de justicia y paz[48]. Fundamentalmente ha entorpecido de manera crítica la cooperación de los extraditados en materia de investigación a violaciones de derechos humanos y corrupción en Colombia y ha restringido severamente el acceso de las víctimas a los postulados extraditados. Ello se debe fundamentalmente a las dificultades legales y logísticas en cuanto a la continuación de las audiencias de Justicia y Paz y a la imposibilidad de disponer de dichos

extraditados como testigos en procesos contra personas vinculadas con el paramilitarismo[49]. Entre las consecuencias normativas más delicadas de la extradición de paramilitares se ha dicho que esta desconoce el interés prevalente del Estado y la sociedad colombiana de que se investigue, enjuicie y sancione penalmente a los responsables de delitos graves conforme al derecho internacional, que afecta el funcionamiento de la justicia y restringe la efectividad del procedimiento judicial previsto en la LJP y que vulnera los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de crímenes graves[50]. Entre la población afectada por los extraditados se llegan a percibir entre las repercusiones más importantes los problemas para continuar con la ubicación de cuerpos de personas desaparecidas, la revelación de la verdad en casos individuales y la entrega de bienes[51].

Como reacción a dicha problemática, recientemente se concretaron procedimientos para un desarrollo más expedito de interrogatorios a los extraditados. El Departamento de Justicia de Estados Unidos concretó dos planes diferentes para aumentar el acceso de fiscales e investigadores a los ex jefes de las AUC extraditados[52]. Sin embargo, a pesar de los ajustes que buscan una intervención más activa de los extraditados en el procedimiento de justicia y paz, estos manifiestan nuevas dificultades para seguir cumpliendo desde los EEUU sus compromisos en el trámite judicial. Fundamentalmente, los comandantes paramilitares extraditados han expresado sus temores por la cadena de violencia que se ha emprendido en contra de los desmovilizados buscando su silenciamiento[53]. En síntesis, la extradición ha desactivado la participación de los comandantes de las AUC en el procedimiento especial de la LJP, impidiendo, por un lado, la investigación y juzgamiento de crímenes graves y, por otro lado, restringiendo la participación de las víctimas, con lo que se limita aún más la posibilidad de realización de derechos a la verdad y reparación por medio del procedimiento especial de la LJP.

#### 4. Conclusión

El procedimiento especial de la LJP se instala como la ruta jurídica fundamental para la

realización del derecho a la verdad. Sin embargo, la funcionalidad del mismo ha dejado ver ciertas limitaciones en el desarrollo de los propósitos de la Ley 975, las que están relacionadas fundamentalmente con el diseño e implementación del procedimiento especial. Ante ello, el desarrollo de los propósitos de la LJP ha quedado casi estrechamente ligado a la colaboración de los postulados. Ello, también, debido a la limitada capacidad del sistema judicial para verificar los hechos descritos por el desmovilizado, en razón de dificultades operativas, logísticas y de planeación del aparato institucional vinculado al procedimiento especial. La consecuencia más importante de las restricciones en materia de investigación fue la práctica inadecuada de las imputaciones parciales. Entre las dificultades para garantizar debidas investigaciones y la construcción de una verdad integral y sistemática, se cuentan también la restrictiva participación de las víctimas y las limitaciones que enfrenta el trabajo del CMH de la CNRR. Asimismo, las extradiciones de varios comandantes paramilitares ha afectado el ritmo de su participación en las audiencias judiciales de Justicia y Paz. En ese sentido, junto con la independencia, imparcialidad y competencias del sistema judicial en el régimen de justicia y paz, pareciera también naufragar el objetivo de consecución de una verdad procesal empíricamente dominable, controlada y respetuosa de los derechos de las víctimas e intervinientes del procedimiento.

[1] Este artículo se basa en el estudio de la Ley 975 de 2005 que el autor ha realizado durante su intervención como colaborador en: Ambos, Kai (con colaboración de Huber/González Fuente-Rubilar/Zuluaga), Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH (en adelante "GIZ-Proyecto Profis") - Embajada de la RFA en Colombia - Georg-August-Universität-Göttingen, 2010, pp. 9-147 (párr.17-327). Una versión resumida en inglés de dicho estudio puede verse en: Ambos, Kai, The Colombian peace process and the principle of complementarity of the International Criminal Court: an inductive, situation-based approach, Berlin, Springer, 2010.

[2] Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg August Universität Göttingen (Alemania); Becario del DAAD e integrante del Grupo Latinoamericano

de Investigación Penal de Göttingen (GLIPGö).

[3] Una compilación de las fuentes normativas y jurisprudenciales puede verse en Ambos (supra nota 1) Anexos 1 y 2; GIZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación (FGN), Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005, Bogotá, GIZ-Profis/Embajada RFA en Colombia/FGN, 2009, K3-K8; una compilación de la jurisprudencia de la C. S. de J. puede verse en Centro Internacional para la Justicia Transicional (CIJ), El proceso penal de Justicia y Paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (T. I y II), Bogotá, CIJ/Asdi, 2009.

[4] Sobre el derecho a la verdad en el ámbito de la LJP véase 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 t. I, Bogotá, El Autor, 2008, pp. 52 ss.; Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), Anotaciones sobre la Ley de justicia y paz: Una mirada desde los derechos de las víctimas, Bogotá, CCJ, 2007, pp. 49 ss.

[5] Corte Constitucional, Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, párrs. 31-34.

[6] Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, M.Ps. Cepeda Espinosa/Córdoba Triviño/Escobar Gil/Monroy Cabra/Tafur Galvis/Vargas Hernández, párr. 6.2.2.1.5. y ss.

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 30120, auto del 23 de julio de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero, Consideraciones.

[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32022, auto del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, consideraciones.

[9] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 28643, auto del 2 de abril de 2008, M.P. Julio E. Socha Salamanca, Consideraciones.

[10] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 29560, auto del 28 de mayo de 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Consideraciones.

[11] Un panorama de la estructura procedimental puede verse en Ambos (supra nota 1) párr. 36-40; sobre el procedimiento de la LJP in extenso véase GTZ-Proyecto Profis, Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009, pp. 221-398; GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, (supra nota 3) C3 ss., E3 ss., F3 ss., G3 ss., H3 ss.

[12] 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; sobre las limitaciones de la fase administrativa véase Zuluaga Taborda, John E, "Sobre las (dis)funcionalidad de la llamada 'fase administrativa' del proceso de justicia y paz en Colombia", en Boletín Semestral GLIPGö Nr. 1, Göttingen, Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad Georg-August de Göttingen, Mayo 2011, pp. 3-9.

[13] Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 27873, auto del 27 de Agosto de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, secc. 2.1 ("Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto

por la Ley 975 de 2005); Rad. 28040, auto del 23 de agosto de 2007.M.P. María del Rosario González de Lemus, secc. 2, Consideraciones de la Corte, Cuestión previa; Rad. 28040, auto del 25 de septiembre de 2007. M.P. María del Rosario González de Lemus, Consideraciones de la Corte, "Estructura del proceso de justicia y paz"; auto del 31 de julio de 2009, Rad. 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Consideraciones; auto del 01 de julio del 2009, Rad. 31788, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, Consideraciones.

[14] Corte Suprema de Justicia, rad. 27873 (supra nota 13), sección 2.1. "Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005".

[15] Acerca de los criterios característicos de la pena alternativa véase Corte Constitucional, sentencia C 370 de 2006 (supra nota 6), párr. 6.2.1.4.2.

[16] Según la Corte Suprema de Justicia, la formulación de cargos constituye el acto de mayor connotación en la LJP, pues a través de ella tanto la historia como la verdad de los hechos constitutivos del proceso adquieren un carácter judicial (Rad. 29560 (supra nota 10) 1. Cuestión previa).

[17] Véase Corte Suprema de Justicia, Rad. 27873 (supra nota 13), sección 2.1. "Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005"; Corte Suprema de Justicia, Rad. 28040 (supra nota 13), Consideraciones de la Corte, cuestión previa, sección 2; Corte Suprema de Justicia, Rad. 28040 (supra nota 13), Consideraciones de la Corte, Estructura del proceso de justicia y paz.

[18] Asimismo Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 30442, auto del 3 de Octubre de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Posición divergente véase en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 30360, Auto del 8 de septiembre de 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

[19] Acerca del desarrollo de dicha diligencia cfr. art. 17 LJP, Art. 5 Decreto 4760 de 2005 y Art. 9 Decreto 3391 de 2006, Resoluciones 3998 de 2006, 387 de 2007, 2296 de 2007 y 4773 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación. Sobre las directrices de la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación para el desarrollo previo, concomitante y posterior a las versiones libres véase también Memorandos 034 de 2006, 02 de 2007, 026 de 2007, 031 de 2007, 035 de 2007, 053 de 2007, 72 de 2007, 079 de 2007, 086 de 2007, 31 de 2008, 41 de 2008, 64 de 2008, 67 de 2008.

[20] Asimismo Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, 26 de julio de 2007, Radicación 2500023240002007-00290-01; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 27484, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta Subsección A, Radicación 25000-23-15-000-2007-00876-01.

[21] En términos generales dicho programa debe operar como una herramienta que facilita la organización de las actividades investigativas dirigidas a determinar y asegurar los elementos de conocimiento. Véase Fiscalía General de la Nación, programa

metodológico. Versión preliminar para trabajo, Bogotá, El Autor, 2007, p. 9. En términos de la Corte Suprema de Justicia, “el plan metodológico no se considera agotado antes de la formulación de imputación, dejando inane la etapa probatoria comprendida entre la imputación y la formulación de cargos, etapa para la construcción de la atribución de daños colectivos y el ejercicio de la vocación probatoria de las víctimas con miras a la formulación de cargos adicionales. Los supuestos mínimos del plan metodológico son i) que el postulado es un confeso transgresor del delito de concierto para delinquir agravado y ii) que su militancia se desarrolló en un tiempo y en unos lugares específicos. El estudio correlativo, radicarán en los daños causados, individual y colectivamente por el desmovilizado; ese ejercicio metodológico, aproximará al acusador a una verdad que deberá declararse judicialmente y luego difundirse y sancionarse y sobre ella se hará catarsis con la finalidad de garantizar la no repetición de este tipo de criminalidad.” (Rad. 29560 (supra nota 10) Consideraciones.)

[22] C 370 de 2006 (supra nota 6).

[23] Véase Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2006, M.P. Tafur Galvis, párr. 5.3.9.

[24] La formulación de la imputación, como acto que interrumpe el término de la prescripción de la acción penal, se encuentra también en el CPP, computándose el plazo del siguiente modo: 1) Desde la consumación de la conducta (en los delitos de ejecución instantánea), o desde la perpetración del último acto (en los de ejecución permanente o tentados), corre el tiempo máximo previsto en la ley (artículo 83 del Código Penal). 2) El lapso se interrumpe con la formulación de la imputación, producida la cual comienza a correr de nuevo por un término igual a la mitad del previsto en la norma penal, pero nunca inferior a 3 años (artículos 292 de la Ley 906 del 2004 y 6° de la Ley 890 del 2004). 3) La sentencia de segunda instancia suspende el último periodo hasta por cinco (5) años, vencidos los cuales continúa el cumplimiento de los lapsos (artículo 189 de la Ley 906 del 2004). Entre otras véase en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 31 de marzo de 2008, Rad. 28890, M.P. Ibáñez Guzmán, Consideraciones.

[25] Véase el art. 11 del Decreto 3391 de 2006; véase también Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 25 de septiembre de 2007, Rad. 28250, M.P. González de Lemus, Consideraciones.

[26] Véase Corte Suprema de Justicia, Rad. 31539 (supra nota 13) Consideraciones, 2.2.6.

[27] La formulación de imputación se realiza en una audiencia (art. 13 LJP). Sin embargo, la gama de delitos por investigar no ha permitido el desarrollo de las imputaciones de manera concentrada, como parece requerirlo el CPP vigente (Art. 287 Ley 906 de 2004), dando lugar a la realización de imputaciones parciales, lo que ha generado una controversia sobre la viabilidad legal de esta figura. La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre las imputaciones concluyendo inicialmente que las imputaciones parciales no contradicen normas legales vigentes, ni lesionan garantías fundamentales o los derechos de las víctimas, ni vulneran el principio de la unidad procesal, pero sí deben ser utilizadas de manera excepcional (véase Corte Suprema de Justicia., Sala de Casación Penal, autos de segunda instancia del 28

de mayo de 2008, Rad. 29560, M.P. Ibáñez Guzmán, 1. Cuestión previa; auto del 23 de julio de 2008, Rad. 30120, M.P. Gómez Quintero, Consideraciones de la Sala; auto de segunda instancia del 9 de febrero de 2009; auto del 18 de febrero de 2009, Rad. 30775, M.P. Quintero Milanés, Consideraciones de la Corte; auto del 16 de abril de 2009, Rad. 31115, M.P. Bustos Martínez, Consideraciones; auto del 11 de mayo de 2009, Rad. 31290, M.P. Ibáñez Guzmán, Consideraciones). Con esta jurisprudencia la Corte, de hecho, permitió el uso de imputaciones parciales por parte de la Fiscalía, pero insistió más tarde en el carácter excepcional de esta figura para evitar que se convierta en una práctica común, anulando las actuaciones posteriores a la audiencia de imputación en el caso de alias “el Loro” (Corte Suprema de Justicia., Rad. 31539 (supra nota 13) Consideraciones, 1.3.)

[28] Corte Suprema de Justicia, Rad. 27848 (supra nota 26); Asimismo Corte Suprema de Justicia, Rad. 29560 (supra nota 10) Consideraciones.

[29] En el caso de una imputación parcial, la Fiscalía tendría que realizar las otras imputaciones en este plazo para presentar posteriormente todos los cargos unificados ante el MCG, véase Corte Suprema de Justicia, Rad. 31539 (supra nota 13), Consideraciones, 1.4.; con relación a un cambio reciente en la jurisprudencia que permite imputaciones parciales si incluyen el concierto para delinquir agravado véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 14 de diciembre de 2009, Rad. 32575, M.P. María del Rosario González Lemos, Consideraciones de la Sala.

[30] El término de 60 días es de rango constitucional, “en cuanto se inserta en un propósito de búsqueda de la paz, y no comporta una afectación desproporcionada del derecho a la justicia que subyace en el deber de investigación seria y exhaustiva por parte de las autoridades” (Corte Constitucional, C 370 de 2006 (supra nota 6) párr. 6.2.3.1.7.7.).

[31] Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 31 de marzo de 2009, Rad. 31491, M.P. Alfredo Gómez Quintero, Consideraciones; Rad. 31527, auto del 13 de abril de 2009, rad. 31527, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, Consideraciones.

[32] Véase Corte Suprema de Justicia, Rad. 29560 (supra nota 10) Consideraciones. Asimismo Corte Constitucional C-370 de 2006.

[33] Véase Corte Suprema de Justicia, Rad. 29560 (supra nota 10) 1. Cuestiones previas; es de anotarse también que según el art. 11 inc. 3 del Decreto 3391 de 2006 la verificación de la aceptación de cargos es la oportunidad procesal para la acumulación de procesos que cursan ante la justicia ordinaria por hechos aceptados en el marco del procedimiento de Justicia y Paz.

[34] Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) et al, Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente, Bogotá, MOVICE, 2009, p. 35; sobre la incertidumbre de la cifra de desmovilizados de las AUC véase CCJ (supra nota 36) p. 26 s.

[35] Sobre los aspectos críticos de los programas de reintegración véase Cárdenas Sarrias, José Armando, Los parias de la guerra:

- análisis del proceso de desmovilización individual, Bogotá, Ediciones Aurora, 2005, p. 255; 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. 109 s.
- [36] Asimismo CCJ (supra nota 4) p. 18; Ambos (supra nota 1) párr.173; sobre los hechos confesados en la versión libre, incluso, el postulado tiene la oportunidad de definirlos posteriormente en el momento de la aceptación de cargos (Art. 19 LJP)
- [37] Human Rights Wacht, Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia, New York, El Autor, 2008, p. 34, disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2008/10/16/rompiendo-el-control> (visto por última vez el 11 de octubre de 2011).
- [38] *Ibidem* p. 36; CCJ, Colombia: El espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005, Bogotá, CCJ, 2008, p. 131; Ambos (supra nota 1) párr.178.
- [39] Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, Segundo Informe, Madrid, CITpax, 2009, p. 114 s.; Fundación social, Los retos de la justicia transicional en Colombia. Percepciones, opiniones y experiencias 2008, Bogotá, Fundación Social, 2009, p. 183; MAPP-OEA, XIV informe trimestral, 26 de abril de 2010, p. 14; MOVICE et al. (supra nota 34) pp. 104 ss.
- [40] CCJ (supra nota 4) p. 24; CCJ (supra nota 38) p. 141; Human Rights Wacht (supra nota 37) p. 37; MOVICE et al. (supra nota 34) pp. 33 ss.
- [41] Ambos/Studenroth, Informe y recomendaciones a las consultas y observaciones realizadas en Bogotá y en la región piloto de Barranquilla (Costa), Bogotá, GTZ-Profis, 2008 (informe inédito): "Parece que hasta hoy, se ha dispuesto documentar la versión libre en términos meramente cronológicos y minuto a minuto; dadas las circunstancias, podría tener más sentido exponer las declaraciones frente a un determinado conjunto delictivo, con relaciones entre sí, y con las respectivas informaciones que se hayan aportado en diferentes jornadas de declaraciones y de manera fragmentada."
- [42] CCJ (supra nota 38) p. 131; La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (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", Washington, 2 de octubre de 2007, pp. 13 ss. disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/III%20Informe%20proceso%20desmovilizacion%20Colombia%20final.pdf> (visto por última vez el 11 de octubre de 2011) párr. 69 ha advertido: "La presente etapa del proceso de desmovilización de las AUC requiere transparencia, y ella sólo puede ser garantizada facilitando y permitiendo el acceso de las víctimas a ambas sesiones de la versión libre, asegurando que en la segunda sesión de la versión libre tengan la posibilidad real de interrogar a los postulantes en búsqueda de la verdad."
- [43] Ambos (supra nota 1) párr. 413.
- [44] Véase CNRR, "Plan área de memoria histórica. Aprobado por el pleno de la CNRR del 20 de febrero de 2007". Disponible en [http://memoriahistorica-](http://memoriahistorica-cnrr.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=12&Itemid=28)
- [cnrr.org.co/index.php?option=com\\_content&task=view&id=12&Itemid=28](http://www.boell.de/downloads/weltweit/Vortrag_Skript_Ivan_Orozco_en_d.pdf) (visto por última vez el 11 de octubre de 2011), pp. 7 ss.
- [45] Asimismo Ambos (supra nota 1) p. 66-70.
- [46] CNRR (supra nota 44) p. 6.
- [47] Creado por el art. 146 de la Ley 1448 de 2011.
- [48] Orozco Abad, Iván, Das "Theater" der Übergangsjustiz in Kolumbien, Conferencia presentada en el marco del festival de teatro "Freiheit und Unordnung – Junge Kunst aus Kolumbien" que se llevó a cabo del 22.04 al 01.05.10 en el teatro Hebbel am Ufer de la ciudad de Berlín, p. 12, disponible en [http://www.boell.de/downloads/weltweit/Vortrag\\_Skript\\_Ivan\\_Orozco\\_en\\_d.pdf](http://www.boell.de/downloads/weltweit/Vortrag_Skript_Ivan_Orozco_en_d.pdf) (visto por última vez el 11 de octubre de 2011).
- [49] International Human Rights Law Clinic (IHRLC), Truth Behind Bars. Colombian paramilitary leaders in U.S. custody, Berkeley, IHRLC, University of California, School of law, Febrero de 2010, p. 1, 6 ss; Orozco Abad, Justicia transicional en tiempos del deber de memoria, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2009, p. 182 s.
- [50] Véase in extenso Observatorio CITpax 2009 (supra nota 39) pp. 140-155; En términos de la CIDH, "La Comisión observa que esta extradición afecta la obligación del Estado colombiano de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares. La extradición impide la investigación y el juzgamiento de graves crímenes por las vías establecidas por la Ley de Justicia y Paz en Colombia y por los procedimientos criminales ordinarios de la justicia colombiana. También cierra las posibilidades de participación directa de las víctimas en la búsqueda de la verdad sobre los crímenes cometidos durante el conflicto y limita el acceso a la reparación del daño causado. Asimismo, este acto interfiere con los esfuerzos por determinar los vínculos entre agentes del Estado y estos líderes paramilitares." (Comunicado de Prensa N° 21/08, 14 de mayo de 2008, Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa preocupación por extradición de paramilitares colombianos. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2008/21.08sp.htm> (visto por última vez el 11 de octubre de 2011).
- [51] Fundación Social (supra nota 39) p. 104.
- [52] El primer plan se aplicará a quienes ya fueron condenados y sentenciados por jueces norteamericanos. El segundo, a un número de acusados que están esperando sentencia. Véase <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-220265-ahora-tendremos-mayor-acceso-los-extraditados>; ver también <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/extraditados/2603-justicia-de-eeuu-dara-acceso-a-paras-extraditados> (visto por última vez el 11 de octubre de 2011)
- [53] Véase <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/extraditados/1587-mancuso-pide-intervencion-de-corte-suprema-de-justicia-de-colombia-en-justicia-y-paz>. (visitado por última vez el 11 de octubre de 2011). Sobre el silenciamiento de paramilitares desmovilizados véase MOVICE et al. (supra nota 34) pp. 104-106.

## Algunas reflexiones sobre la militarización de la seguridad pública en México

Roberto Raúl Pérez González[1]



En Latinoamérica la actuación de las fuerzas armadas (cuerpos no policiales) para el “refuerzo” de la seguridad pública ha dejado en muchas ocasiones un saldo negativo para los derechos humanos, pues como demuestran diversos informes, aquello ha dado lugar a la perpetración de abusos y violaciones de derechos[2].

Pese a ello, la militarización de la seguridad pública no ha cesado en la región, básicamente, en lo concerniente a la lucha contra la denominada criminalidad organizada[3]. En México, la criminalidad organizada tiene como principales ámbitos delictivos a las organizaciones dedicadas al robo de vehículos, el secuestro y recientemente el tráfico ilícito de drogas[4],[5]. Pero, hasta ahora, parece un asunto sin visos de solución, pues ni el endurecimiento de las penas[6] ni el del trato procesal y penitenciario, muestran haber contribuido positivamente en la lucha contra ella.

En resumen, la tendencia del sistema penal mexicano ha sido, primero, la anuencia y, ahora (con la consolidación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación[7]) la expresa autorización de la utilización de fuerzas militares para el control y lucha contra la delincuencia organizada.

Por cierto, la utilización de las fuerzas armadas en tareas no propiamente militares, no es un fenómeno desconocido en México pues aquellas han jugado, no pocas veces, un rol importante en la gobernabilidad del Estado mexicano[8].

El papel de las fuerzas armadas en la “gobernabilidad” del Estado mexicano sufrió una variación con el transcurrir del tiempo, durante el cual el poder de los militares fue

desplazado hacia personas que carecían de formación castrense y solo fue recuperado a partir de la década de los noventa del siglo pasado, cuando los militares comenzaron a retomar cargos de importancia en áreas estratégicas de la seguridad pública. En 1994, empezaron a ser incorporados en los cuerpos de policías estatales y federales, así como en las fiscalías especiales contra las drogas[9].

En el sexenio del ex presidente Carlos Salinas de Gortari (1988-1994), elegido en unas elecciones seriamente cuestionadas por la opinión pública, los militares comenzaron a tener funciones relativas a la aprehensión de importantes narcotraficantes o líderes sindicales[10].

Para Benítez Manu existe una vinculación entre la decadencia del sistema político en México (presidencialismo) y la utilización de las fuerzas armadas en materia de seguridad. En tal sentido señala que esto se da: “Cuando ese hijo bien logrado de la revolución PRI, comenzó a envejecer, las tendencias a la inestabilidad aparecen en distintos segmentos y regiones del país, y se recurre a las fuerzas armadas como factor de control (...), de disuasión y de apoyo a estos cuerpos de seguridad”[11].

Pero en mi opinión, creo que existen diversos factores que influyen la toma de decisiones y que no corresponden únicamente a un determinado sistema político. Para Benítez: “La correlación es clara: cuando las instituciones del país logran por sí mismas, sin recurrir a la violencia, canalizar y resolver la conflictividad política son momentos de reposo y profesionalización de las fuerzas armadas[12]”. Sin embargo, de esta forma el citado autor olvida que también influyen diferentes tipos de presiones como: i) las presiones directas que provienen del mismo país (aglutinadas como expresión de una Realpolitik) o, ii) las presiones indirectas, realizadas por la doctrina dominante o por los consejeros políticos del gobierno. Pero también: iii) las presiones directas externas ejercidas por países poderosos que influyen en la política de un país (v.gr. Estados Unidos

de América) y las iv) políticas indirectas externas, constituidas por los cambios de política realizados por otros países a los cuales el mismo México se encuentra vinculado.

Y una de las presiones directas externas sobre México fue la del gobierno estadounidense instalado durante el mandato de Carlos Salinas de Gortari, que buscaba (el gobierno de Salinas) la firma del Tratado de Libre Comercio o del propio NAFTA. En concreto tales presiones significaron la obligación, por parte de México, de fortalecer las campañas antinarcóticos. Como consecuencia de esto último, el tráfico de drogas dejó de ser un problema de salud, educación y pobreza para convertirse en un problema de seguridad nacional[13]. Luego, fue la presión directa externa ejercida por el gobierno de Estados Unidos de América, la que tuvo como consecuencia que el crimen organizado y el tráfico ilícito de drogas pasaran a ser objeto de una nueva política criminal de seguridad nacional.

Como señala Böhm críticamente, las políticas criminales de seguridad tienen como fin la anulación de todo tipo de amenazas a la seguridad general a través del uso del sistema penal, lo que implica que el sistema penal sea utilizado como *prima ratio* y no como *ultima ratio*[14] [15]. Y con una nueva política criminal de trato a los delincuentes como enemigos se expande automáticamente el ámbito de aplicación del Derecho Penal.

Por supuesto, esto tiene serias consecuencias para la vigencia de las garantías ciudadanas. Para Zaffaroni, el debilitamiento de las garantías deja a la población a merced de la arbitrariedad policial lo que supone una amenaza estatal para todos los bienes jurídicos, incluyendo la propia vida. Por supuesto, menores garantías representan un mayor arbitrio sobre éstas y, con ello, menores espacios de libertad social[16] [17].

Las intromisiones del Derecho Penal mexicano en la esfera jurídica del individuo han llevado a múltiples violaciones a los derechos humanos de sus ciudadanos y de la

Constitución. Pero incluso la mera utilización de las fuerzas armadas para labores de seguridad pública contraviene el artículo 129 de la Constitución mexicana que señala lo siguiente:

“En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias Militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas”.

Sin embargo, desde 1996 la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre la utilización de las fuerzas militares en la lucha contra el crimen organizado sin considerar esto una violación a la Constitución. Incluso ahora, ha llegado a sentar una línea jurisprudencial consolidada que establece que: “El artículo 129 constitucional, autoriza considerar que las fuerzas armadas pueden actuar en auxilio de las autoridades civiles, cuando estas soliciten el apoyo de la fuerza con la que disponen”[18].

De esta forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación legitimó la utilización del ejército mexicano en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. Y, con ello, se fue preparando el terreno para que el ejército mexicano ejecutara tareas policiales, lo que, en el fondo, implicaba una carta abierta para la perpetración de infinidad de violaciones a los derechos humanos de la población mexicana durante operativos y retenes militares.

Pero también el Poder Legislativo contribuyó a la configuración de esta situación a través de la expedición de leyes que incluían la utilización del ejército mexicano en dichas tareas, como, por ejemplo, la “Ley de Seguridad Nacional, del 31.01.2005”. En mi opinión, la intención del Poder Legislativo era evitar violentar el principio de legalidad a través de lo que la doctrina denomina

técnicas de elusión del principio de legalidad[19], para facilitar al Estado la adquisición de un poder por encima de sus límites y no hacer explícita la infracción del precitado artículo 129 de la Constitución mexicana.

Pero, la perpetración de abusos no es exclusiva de este gobierno. Existen ya numerosos casos en los que se ha denunciado y judicializado estos hechos.

Así, por ejemplo, el 2 de mayo de 1999 en el municipio de Ajuchitlán del Progreso Guerrero, en circunstancias en que alrededor de 40 militares provenientes del 40° Batallón de infantería del ejército mexicano realizaban un operativo de lucha contra el narcotráfico en busca de un grupo armado, el arma de un militar se accionó impactando en el cuerpo del señor Salomé Sánchez quien murió en el acto[20]. Por estos actos, el Estado de México fue declarado culpable de violar el derecho a la libertad personal[21], a la integridad personal[22], la obligación de investigar actos de tortura[23] establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sentenció al Estado mexicano por el delito de violación sexual y tortura en perjuicio de la señora Fernández Ortega a quien efectivos militares violaron sexualmente[24].

Otro ejemplo es el caso de Rosendo Cantú, interrogada por militares y, luego, golpeada y violada sexualmente[25]. Por estos hechos la Corte Interamericana de los Derechos Humanos declaró culpable al Estado mexicano[26].

Pese a ello, a pocos días de acceder al poder, el presidente Felipe Calderón Hinojosa anunció una Cruzada Nacional contra la delincuencia organizada[27], utilizando a 45 mil efectivos militares para realizar dicha tarea[28], justificada ex post en el artículo 89, fracción VI de la Constitución mexicana. Esta disposición señala lo siguiente: "Preservar la seguridad nacional, en términos de la ley

respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la federación".

De esa manera, securitizó la lucha contra el crimen organizado abriendo la puerta a diversas violaciones de derechos humanos contra los ciudadanos. Y pese al ostentoso nombre de la estrategia contra el crimen organizado, ésta no ha traído ni por asomo los resultados ofrecidos, pues la actividad de los carteles de la droga no solo no ha disminuido, sino que se ha intensificado, y la violencia aparejada a ello ha recrudecido. Como ejemplo, puede citarse lo acaecido en los municipios de Nocupétaro, Carácuaro, y Huetamo en el Estado de Michoacán, el 02.03 y 03.05 de 2007, cuyos habitantes sufrieron la intromisión de las fuerzas armadas en sus hogares y daños y robos de sus pertenencias, sin autorización ni orden judicial alguna. En dicha intervención se detuvo a 23 personas[29] quienes fueron transportadas a la base militar de la 21ª de Morelia Michoacán dejándolas incomunicadas por un espacio de más de 36 horas[30] y torturándolas [31]. Además cuatro mujeres menores de edad fueron abusadas sexualmente y torturadas por los militares[32].

Y, por supuesto, estos no son hechos aislados. En México es ya frecuente que los efectivos militares realicen registros domiciliarios a particulares, ejecuten órdenes de detención, trasladen a "detenidos" a instalaciones militares donde usualmente son interrogados y torturados, en lugar de ser llevados a los lugares previstos por la ley y reservados especialmente para estos fines[33]. Por otra parte aquellos tienen una fuerte intromisión en la dirección de la investigación del delito[34], lo que violenta el monopolio de la investigación penal del Ministerio Público establecido en el artículo 21 de la Constitución[35]. Y es que durante el gobierno de Calderón incluso se han incrementado la realización de retenes militares (control y revisiones) en diferentes puntos geográficos del país para combatir el

crimen organizado, lo que ha traído como consecuencia un mayor índice de violaciones de derechos humanos e incluso ejecuciones arbitrarias[36].

En tal sentido, desde el primero de enero de 2007 a julio de 2009 fueron reportados más de 200 casos en el que se imputa a efectivos militares hechos relacionados con presuntas violaciones a los derechos humanos, cometidos en 24 de los 32 Estados de la Unión mexicana[37].

Esta situación ha cobrado relevancia para la comunidad jurídica internacional a tal punto que la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U) le ha solicitado al gobierno de México que considere en un corto plazo: "retirar a dichas fuerzas de las operaciones de seguridad pública". Ello, con base en la gran cantidad de denuncias que recibió en contra de las Fuerzas Armadas[38].

Pero además de la O.N.U, organizaciones civiles como la Red por los Derechos de la Infancia en México han manifestado este año su preocupación por la escalada de violencia que ha generado la lucha contra el crimen organizado emprendida por el gobierno mexicano, que en cuatro años de combate directo habría dejado como consecuencia 1.300 homicidios solo de niños[39].

Recientemente un grupo de intelectuales, periodistas y abogados presentaron primero ante los medios de comunicación y posteriormente ante la Corte Penal Internacional (CPI) una denuncia por la "sistemática violación de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad[40], que se lleva a cabo en México. Entre los hechos imputados al gobierno de México se encuentra la muerte de 50 mil personas durante el período presidencial de Calderón, además de 10 mil desaparecidos, y un número importante de desplazados (aproximadamente 230 mil), lo que sería consecuencia de la política del gobierno mexicano.

[1] Abogado por la Universidad Cristobal Colón de Veracruz (México). Estudiante de maestría (LLM) por la Georg-August-Universität. Miembro del Grupo Latinoamericano de Derecho Penal

Göttingen (GLIPGö).

[2] Sobre la experiencia argentina vide: Bazán Victor "Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina". En: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Víctor Bazán/Claudio Nash (eds.) Montevideo, 2010, pp. 22-23; sobre la experiencia chilena vide: Bustos Ramírez, Juan. "La imposición del Estado chileno frente a las violaciones de los derechos humanos durante la dictadura". En: ¿Justicia o Impunidad? Violación de los derechos humanos durante la dictadura. Plural Editores, La Paz, 2004, pp. 65-71; Ravenna, Horacio "Justicia o Impunidad: violación de los derechos Humanos en épocas de la dictadura" ¿Justicia o Impunidad? En: ¿Justicia o Impunidad? Violación de los derechos humanos durante la dictadura, pp. 73-84; para el caso peruano, con detalles véase: Willakuy Hatun Versión abreviada del informe final de la comisión de la verdad y reconciliación. Primera edición, Lima, 2004, passim.

[3] Sobre la noción de criminalidad organizada véase: Brucet Anaya, Luis Alonso. Crimen Organizado. 2 edición Porrúa, Ciudad de México, 2007, passim.

[4] A diferencia, por ejemplo, de otros países de la región en los que la criminalidad organizada está representada por otros delitos. Así en Perú por ejemplo se consideran la trata de blancas, terrorismo, contrabando, secuestro de personas, tráfico ilícito de drogas, tráfico de moneda extranjera, evasión de impuestos etc. En Venezuela el crimen organizado se relaciona centralmente con el tráfico ilícito de metales, piedras preciosas o materiales estratégicos, legitimación de capitales, tráfico de armas, manipulación genética ilícita etc. Para Costa Rica, para concluir con los ejemplos, se trata de secuestro extorsivo o toma de rehenes, corrupción agravada, explotación sexual en todas sus manifestaciones, fabricación o producción de pornografía, genocidio etc.

[5] Brucet Anaya, Luis Alonso, Crimen Organizado, 2ª edición, Porrúa, Ciudad de México, 2007, p. 317 y passim.

[6] Por ejemplo, con la denominada "Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestros –Reglamentaria de la fracción 21 del art.73 de la Constitución Política de 30.11.2003".

[7] Tesis P./J. 38/2000. Novena Época. Suprema Corte de Justicia de la Nación. N° de registro: 192,080.

[8] Por supuesto, con los riesgos implícitos que ello apareja. Krauze, Enrique, Biografía del poder. Caudillos de la Revolución Mexicana (1910-1940), Tusquets, Ciudad de México, 2009, p. 433. Así, por ejemplo, el 03.03. 1929, el Gral. Escobar inició una rebelión en contra del gobierno del Gral. Calles. Sin embargo, el Estado logró poner término de manera inmediata a la rebelión ordenando fusilar a 47 generales y expulsando a 51 diputados y 4 gobernadores. Esta forma de obtener el poder cambió durante el gobierno del Gral. Lázaro Cárdenas (1934-1940) quien impuso diferentes medidas para centralizar el poder y, de esta forma, consumir el presidencialismo en México

[9] Zavaleta Betancourt, José Alfredo, La militarización de la seguridad pública en México 1994-1998, Universidad Autónoma de

Puebla, Ciudad de México, 2006, p. 28

[10] Pero además de ello, durante el referido sexenio las fuerzas armadas habrían sido utilizadas incluso para llevar a cabo fraudes electorales. Cfr. Sandoval Palacios, Juan Manuel, Militarización, seguridad nacional y seguridad pública en México. Disponible en: <http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/ppperiod/espinal/espirlpdf/Espiral18/183-122.pdf>, p. 15 (fecha de revisión 27 de octubre 2011).

[11] Benítez Manaut Raúl, Dilemas del ejército mexicano a fin de siglo <http://www.fasoc.cl/files/articulo/ART41125fbbe07f0.pdf>, p. 11 (fecha de revisión 25 octubre 2011).

[12] Ídem, p. 11.

[13] Ídem, p. 15.

[14] Böhm, María Laura, "Políticas de seguridad y neoliberalismo". En: Cuadernillo de Material. Escuela de Verano en Ciencias criminales y Dogmática Penal alemana. 2011. (dir. Kai Ambos) Universität Georg-August-Göttingen, 2011, p. 157.

[15] De igual forma para esta autora "el derecho se ha ido transformando mediante las políticas (criminales) de seguridad en un instrumento de lucha contra todo aquello que pudiera representar impunidad", ibidem, p. 158, sobre el término securitización, vide p. 169.

[16] Zaffaroni, Eugenio Raúl, En torno de la cuestión penal, B de F., Buenos Aires, 2005, p. 155.

[17] Al respecto véase: Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón; Teoría del garantismo penal, Edit. Trotta, Madrid, 7ª edición 2005, p. 830: "un estado de derecho (...) no conoce enemigos y amigos, sino solo culpables o inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas -si se toman en serio como reglas y no como simples técnicas- no pueden ser doblegadas cada vez que convienen. Y en la jurisdicción nunca justifica los medios, es decir las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen el valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el fin no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo sino la verdad procesal obtenida solo por su medio y prejuzgada por su abandono".

[18] Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Publicada en marzo de 1996, XXIX/96.

[19] La identificación de tales técnicas no es reciente. Vide Armijo, Gilbert, "Del control político al control constitucional: el principio de legalidad penal". En: Justicia Penal y estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2007, p. 42 (especialmente nota al pie 26).

[20] Cfr.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf), p. 27 (fecha de revisión 23 de septiembre de 2011).

[21] Ibidem, p. 98.

[22] Ibidem, p. 98.

[23] Ibidem, p. 98.

[24] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fernández Ortega vs. México <http://www.equidad.scjn.gob.mx/INESvsMEXICO.pdf>, p. 29 (fecha de

revisión 26 de septiembre de 2011).

[25] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y otros vs. México [http://www.tc.gob.pe/corte\\_interamericana/seriec\\_216\\_esp.pdf](http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_216_esp.pdf), p. 25 (fecha de revisión 30 de septiembre de 2011).

[26] Ibidem, p. 95 (fecha de revisión 30 de septiembre de 2011).

[27] Gabriel, Regino, ob cit., p. 303.

[28] Cfr. <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/185247.html> (fecha de revisión 27 de octubre de 2011).

[29] Cfr. <http://www.cndh.org.mx/node/32>, p. 5 (fecha de revisión 28 de septiembre de 2011).

[30] Ibidem, p. 5.

[31] Ibidem, p. 6.

[32] Ibidem, p. 8.

[33] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores vs México <http://www.cidh.org/demandas/12.449%20Teodoro%20Cabrera%20Garcia%20y%20Rodolfo%20Montiel%20Flores%20Mexico%2024jun09%20ESP.pdf>, p. 13 (fecha de revisión 30 septiembre 2011).

[34] Cfr. Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín pro Juárez [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/PRODH\\_Mexico\\_98\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/PRODH_Mexico_98_sp.pdf), p. 5 (fecha de revisión 25 de septiembre de 2011).

[35] "La investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función".

[36] Cfr. Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín pro Juárez [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/PRODH\\_Mexico\\_98\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/PRODH_Mexico_98_sp.pdf), p. 6 (fecha de revisión 30 de septiembre de 2011).

[37] Ibidem, p. 6.

[38] Cfr. el informe respectivo: <http://mexico.cnn.com/nacional/2011/03/31/la-onu-pide-a-mexico-retirar-a-las-fuerzas-armadas-de-tareas-de-seguridad> (fecha de revisión 23 de septiembre 2011) Cuando lees la noticia aclara que el informe sera publicado hasta marzo del 2012 "La recomendación forma parte de un informe preliminar cuya versión final será dada a conocer en marzo de 2012, anunciaron los representantes de la ONU".

[39] Cfr. [www.derechosinfancia.org.mx/Especiales/boletin\\_altac.htm](http://www.derechosinfancia.org.mx/Especiales/boletin_altac.htm), (fecha de revisión 3 de octubre de 2011).

[40] Cfr. [www.reforma.com/nacional/articulo/628/1255838/](http://www.reforma.com/nacional/articulo/628/1255838/) (fecha de revisión 14 de octubre de 2011). Hasta el momento esta demanda ha sido avalada por veinte mil mexicanos que la han consignado a favor a través de la Internet.

## **A responsabilização penal dos autores de crimes contra a humanidade e o desaparecimento forçado na guerrilha do Araguaia: possibilidade de aplicação do crime de seqüestro no Brasil**

Eneas Romero de Vasconcelos[1]



### **1. Introdução**

No Brasil, durante a ditadura militar (entre 1º de abril de 1964 e 15 de março de 1985)[2] foram praticados crimes contra os direitos humanos em desfavor dos opositores do regime militar.[3]

Embora tenham sido estabelecidas algumas medidas em favor das vítimas e do reestabelecimento da verdade, nenhum agente foi responsabilizado criminalmente pelo cometimento de violações contra os direitos humanos em face da vigência da Lei de Anistia, Lei 6.683/79, que foi julgada válida e constitucional pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil (doravante STF) em abril de 2010 em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), por outro lado, em novembro de 2010, condenou o Brasil, dentre outros itens, a “conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso (Guerrilha do Araguaia), a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha” e “determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a

179 desta Sentença.” [4] A sentença da Corte IDH opõe-se frontalmente à anistia referendada pela mais alta corte do Brasil. Dessa tensão, entre o direito interno e internacional, surgem várias perguntas e o presente artigo ocupa-se da seguinte: é admissível, no direito interno, a abertura de investigações por seqüestro em relação aos crimes praticados na ditadura?

### **2. A lei de anistia no Brasil: a decisão do STF na ADPF 153[5]**

Depois de 15 anos de vigência deste Estado de Exceção, em que os Militares passaram a controlar os demais Poderes do Estado e os opositores já haviam sido em sua maioria perseguidos (presos, torturados, exilados, demitidos, cassados, censurados etc) e intimidados, foi promulgada, em 28.08.1979, com apoio relevante da sociedade civil e papel proeminente da Ordem dos Advogados do Brasil (doravante OAB), da Associação Brasileira de Imprensa e da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, a Lei 6.683, que conferia ampla, geral e irrestrita anistia para os todos os autores de crimes políticos e conexos, bem como com motivação política.

Embora tenha sido discutido o significado e a extensão da Lei de Anistia Brasileira[6], a interpretação que prevaleceu no direito brasileiro foi a de que todos os autores e partícipes de crimes políticos, conexos aos políticos, inclusive os praticados com motivação política, seriam beneficiados pela anistia por todos os fatos ocorridos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.[7] Em 21 de outubro de 2008, a OAB, com posterior intervenção de diversos amicus curiae, propôs, perante o STF, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante ADPF)[8] objetivando a declaração de não recebimento pela Constituição de 1988[9] do disposto no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/79 e solicitou ao STF que conferisse à lei de anistia uma interpretação conforme à Constituição de modo a declarar que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos durante o regime militar. O STF decidiu, por maioria de votos (7x2),

declarar a constitucionalidade da lei de anistia para todos os crimes cometidos durante o regime militar, inclusive os conexos cometidos por militares.[10] Apesar da existência de dois votos dissidentes na ADPF 153,[11] o acórdão prolatado em sede de controle de constitucionalidade concentrado pelo STF tem efeito vinculante e eficácia erga omnes (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99) e tornou definitiva (art. 12 da Lei 9.882/99) no âmbito interno a validade da lei de anistia para todos os envolvidos, inclusive os militares autores de crimes contra a humanidade.

### 3. Os direitos humanos: a ADPF 153 e a Corte IDH

Em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) submeteu à Corte IDH, o caso da Guerrilha do Araguaia[12] em face da omissão do Estado brasileiro em estabelecer todas as medidas necessárias para localizar os desaparecidos políticos, punir os autores de crimes contra os direitos humanos, estabelecer medidas plenas de compensação para as famílias das vítimas e reestabelecer a verdade.

Após o devido processo legal, a Corte, no exercício do controle de convencionalidade das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil perante a Convenção, reiterou sua jurisprudência anterior (“Barrio Altos vs. Perú”, 2001,[13] “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 2006, “la Masacre de la Cantuta vs. Perú”, 2006, e “la Masacre de la Rochela vs. Colômbia”, 2007) e condenou o Estado brasileiro.

Dentre as medidas determinadas, encontra-se a responsabilização criminal dos autores de crimes contra os direitos humanos de acordo com o padrão de violações de direitos humanos existentes na época, especialmente do desaparecimento forçado. A Corte ressaltou ainda que: “o Estado (brasileiro) não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa

obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença”. [14]

A condenação do Brasil no caso da “Guerrilha do Araguaia” confere maior destaque à justiça de transição no Brasil[15] e torna necessária a análise da possibilidade de imediata responsabilização dos autores do crime de desaparecimento forçado (ou do tipo equivalente) na ordem jurídica brasileira, especialmente tendo em vista a anistia, a prescrição e a irretroatividade.

#### 3.1 O desaparecimento forçado e o seqüestro: equivalência típica

Na sentença da Corte IDH, foi determinado que o Brasil conduzisse “eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso (Guerrilha do Araguaia), a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha.” [16]

O desaparecimento forçado não se encontra tipificado no direito interno brasileiro[17] e sua eventual aplicação desafiaria os princípios da irretroatividade da lei penal e da legalidade (art. 5º, XXXIX e XL da Constituição Federal, doravante CF).[18] Na ordem internacional, o crime de desaparecimento forçado encontra-se previsto pela Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado (doravante CIDFP)[19] e pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI).[20]

No ETPI, o desaparecimento forçado é previsto como um crime de lesa humanidade realizado no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil.[21] Na CIDFP, segundo a Corte IDH, o tipo exige “la privación de la libertad y la negación a dar información, que deben entenderse como cumulativas y no como alternativas.” [22]

Na ordem interna, embora seja controverso se o crime de desaparecimento forçado seria equivalente ao crime de seqüestro para fins de dupla tipicidade para extradição, alguns fatos descritos pela Corte IDH estão tipificados, autonomamente, como seqüestro no direito brasileiro.

O art. 148 do Código Penal, vigente desde

antes da ditadura,[23] prevê como seqüestro ou cárcere privado a conduta de “Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado” (caput do art. 148), que pode ser qualificado: “se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias” (art. 148, § 1º, III) ou “se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral” (148, § 2º).

O seqüestro é um crime contra a liberdade individual (bem jurídico protegido) e o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa. O tipo exige, então, que o agente prive outrem de sua liberdade dolosamente.[24]

O desaparecimento forçado, por sua vez, possui um bem jurídico múltiplo[25] e exige especial qualidade do agente e é sacionado com maior gravidade. O delito de seqüestro torna passível de tipificação no direito interno, ainda que com menor gravidade, as condutas, teoricamente, previstas como desaparecimento forçado.

### 3.2 O seqüestro como crime permanente

A doutrina brasileira[26] e a jurisprudência do STF[27] vem reconhecendo, reiteradamente, a natureza permanente do crime de seqüestro, que se consuma com a subtração ilícita dolosa da liberdade individual da pessoa e se protraí no tempo enquanto não for libertada a vítima, período em que a situação de flagrância continua existindo.

Ao julgar a extradição de um militar Uruguaio que praticara o crime de desaparecimento forçado no contexto da operação Condor, o STF analisou a correspondência entre os tipos de seqüestro e desaparecimento forçado e a natureza permanente de ambos os delitos.

Inicialmente, a maioria do Tribunal acompanhou o voto do relator Min. Marco Aurélio Melo para denegar a extradição fundada na falta de dupla tipicidade e na ocorrência da prescrição em face da morte presumida das vítimas.[28] Posteriormente, após manifestação do Min. Peluso, que, acompanhando a divergência inaugurada pelo Min. Lewandowsky, o STF (com a mudança na posição dos Ministros Eros Grau e Carmém Lúcia) resolveu deferir a extradição em face da ocorrência da dupla tipicidade e da impossibilidade de se poder determinar o

termo a quo da consumação do crime sem o que não se poderia contar o prazo prescricional do crime.

O voto do Min. Peluso, em oposição ao do relator, sustenta que a ausência civil ou a declaração de morte ou desaparecimento por si só são insuficientes para que se possa precisar a data final da consumação do crime que se protraí no tempo no caso do seqüestro e do seqüestro de menor e que precisa ser definida com exatidão também no caso de homicídio (que exigiria também exame de corpo delito direto ou indireto).

Enquanto não se puder precisar a data, deve ser instaurado Inquérito Policial para a investigação dos fatos, já que se tratam de crimes de ação penal pública incondicionada (nos termos do art. do 100 CP e arts. 24 e 5º do CPP).

O Inquérito Policial poderia resultar, eventualmente, em sentença judicial (art. 62 do CPP e art. 5º, XXXV da CF) de extinção da punibilidade pela morte do agente (art. 107, I do CP) ou pela prescrição (art. 107, IV do CP, como se explicará adiante), caso a morte da vítima seja efetivamente comprovada, inclusive com a apresentação da respectiva certidão de óbito em que se indique data, local e a provável causa mortis.[29]

### 3.3 O A prescrição e o seqüestro

A prescrição da pretensão punitiva (art. 107, IV do CP) somente pode ser julgada por sentença judicial (art. 581 do CPP e art. 5º, XXXV da CF) e o seu prazo só começa a correr, nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência (art. 111, III do CP), o que é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência do STF.[30] No Judiciário, o não reconhecimento da prescrição em favor do réu possibilita a interposição de recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP), não prescindindo, portanto, da instauração de um inquérito policial ou procedimento equivalente submetido à apreciação judicial.[31]

Embora conste, como obter dicta na ADPF 153, a prescrição de todos os crimes praticados por militares na ditadura,[32] a jurisprudência do próprio STF, reiterada na operação Condor, reconhece o seqüestro como crime permanente, cuja prescrição

exige prévia verificação da data da consumação do delito. [33]

### 3.4 A Anistia e o seqüestro

A anistia, do grego 'amnestia', esquecimento ou oblvio,[34] juntamente com a graça e o indulto, é prevista como causa de extinção da punibilidade (art. 107, II do CP).[35] O reconhecimento da sua validade para todos os crimes praticados entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 pelo STF, com efeito vinculante e eficácia erga omnes, não impede a investigação de fatos que se configurem como seqüestro, cuja consumação, enquanto crime permanente, em tese, pode-se verificar em data posterior ao termo ad quem da Lei 6.683/79.

A aplicação da Lei de Anistia em cumprimento da ADPF 153, in casu, exigiria em tese, pelo menos, no casos, cuja consumação do crime ainda não foi esclarecida, prévia investigação criminal e instauração de Procedimento para se verificar se o fato se consumou no período de vigência da Lei de Anistia.

## 4. Considerações Finais

Para cumprir a decisão da Corte IDH (no que tange a responsabilização penal dos autores do crime equivalente ao desaparecimento forçado no Brasil, sem violar a sua soberania e contrariar a decisão do STF, em conformidade com a ordem interna), o Brasil poderia instaurar, imediatamente, as respectivas Investigações Criminais in locus delicti para todos os casos em que ainda não tenha sido estabelecido o termo de início da prescrição, em conformidade com a jurisprudência anterior do STF, sem violação da irretroatividade da lei penal e da prescristibilidade dos crimes e da anistia.

[1] Doutorando pela George-August Universität Göttingen, mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília e membro do GLIPGó (Grupo Latino-americano de Pesquisa Penal de Göttingen). Promotor de Justiça (MP-Ce) no Brasil. Agradeço a revisão e as sugestões para o artigo de Maria Laura Böhm, Rodrigo Gonzales-Fuente Rubilar, Maria Cecilia Domine, Diego Tarapues Sandino (membros GLIPGó), Saulo de Matos, Lauro Joppert Swensson Junior, José Raimundo Leite Filho e Maria Noêmia Pereira Landim.

[2] Desde o golpe militar de 1º de abril de 1964 até a posse de um

Presidente civil eleito indiretamente (ainda no período de transição) em 15 de março de 1985, o Brasil foi governado exclusivamente por militares escolhidos indiretamente sem participação popular. Para uma compreensão política do período militar ver: Gaspari, Elio, O sacerdote e o Feiticeiro: a ditadura derrotada, São Paulo, Companhia das Letras, 2003. Gaspari, Elio, A ditadura envergonhada, São Paulo, Companhia das Letras, 2003. Gaspari, Elio, A ditadura escancarada, São Paulo, Companhia das Letras, 2003.

[3] O Estado brasileiro reconheceu oficialmente a existência de diversos desses crimes praticados durante a ditadura, como 354 mortes ou desaparecimentos e cerca de 20.000 casos de tortura, ver: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à Memória e à Verdade. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 2007. Amnesty International, Report on allegations of torture in Brazil, London, 1976, p. 71-102. Arquidiocese de São Paulo, Brasil: Nunca mais. Um relato para a história, 36 ed. Petrópolis, Vozes, 1996. Na sentença do caso "Gomes Lund vs. Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a existência de crimes contra a humanidade durante o combate à Guerrilha do Araguaia no Regime Militar, notadamente do crime permanente de desaparecimento forçado.

[4] Corte IDH, Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, Exceções Preliminares, Fundo, reparação e custas, Sentença série C, nº 219, de 24 de novembro de 2010, Parágrafo 256, caput e 256, b.

[5] A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma ação proposta perante o STF com a finalidade, entre outras, de se fazer o controle concentrado e abstrato da constitucionalidade de uma norma anterior à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I da Lei 9.882).

[6] Cfr. Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

[7] Em razão da Lei de Anistia, nenhum militar foi responsabilizado criminalmente pelos crimes cometidos contra os opositores do regime militar de 1964. Em sentido contrário, negando a natureza política dos crimes comuns, notadamente dos crimes hediondos e assemelhados, os votos dissidentes na ADPF 153 dos Mins. Carlos Britto e Lewandowsky.

[8] Sobre a ADPF ver nota 5, supra.

[9] Sobre o cabimento da ADPF no caso, ver: STF, ADPF 130/DF, rel. Min. Ayres Britto, ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes.

[10] De acordo com a ementa e o voto do relator, Min. Eros Roberto Grau: a) a lei de anistia é válida e abrange todos os crimes políticos e

comuns conexos com os políticos, inclusive os cometidos pelos militares; b) a lei de anistia é uma lei medida (lei de efeitos concretos) e não pode ser julgada inconstitucional perante a nova ordem; 3) a lei de anistia é anterior à convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e à lei brasileira de tortura (Lei 9.455/97) e ao art. 5º XLIII; 4) somente o legislativo teria legitimidade para reformar a lei de anistia; 5) a lei de anistia foi ratificada pela EC 26/85, emenda convocatória da Constituição e que, portanto, integra a nova ordem constitucional. STF, ADPF 153, Plenário, relator Eros Grau, publicado no DJ de 06.08.2010. Em sentido contrário, a jurisprudência da Argentina, do Uruguai, do Chile e do Peru. Para um resumo da situação ver: Almqvist, Jessica; Espósito, Carlos (coord.), *Justicia transnacional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

[11] O Ministro Ayres Britto, em seu voto dissidente, conferiu interpretação conforme à Constituição para excluir os crimes hediondos e assemelhados, especialmente a tortura, da aplicação da lei da anistia por não se tratarem de crimes políticos. O Ministro Lewandowsky sustentou que a anistia não poderia abranger os crimes comuns e que a aplicação da lei da anistia em cada processo penal teria que ser feita case by case. (STF, ADPF, 153, ver nota 11, supra).

[12] Dentre os ilícitos cometidos, destaca-se a guerrilha do Araguaia, episódio ocorrido no início da década de 1970 em que um grupo de jovens (em 1972 eram 70) vinculados ao Partido Comunista do Brasil estabeleceu-se na Região do Araguaia (região agrícola e rural no norte do Brasil) para organizar uma guerrilha. O Governo Militar enviou expedições com grande quantidade de militares e policiais para combater referido grupo, tendo praticado, para tanto, diversos crimes como homicídios, torturas e o seqüestro dos opositores do regime e de pessoas da região (especialmente camponeses, eventualmente envolvidas com referido grupo). O governo militar, apesar de diretamente responsável pelo desaparecimento forçado dessas pessoas, negou a prática dos crimes e os responsáveis até hoje não foram investigados. O destino de muitos dos perseguidos jamais foi revelado, apesar do reconhecimento da morte civil pela Lei 9.140/95.

[13] Cfr. Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú, Fondo, Sentença de 14 de março de 2001, Série C, Nº 75, parágrafo 41.

[14] Cf. Corte IDH, Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, Exceções Preliminares, Fondo, reparação e custas, Sentença série C, nº 219, de 24 de novembro de 2010, Parágrafo 256, b.

[15] Sobre a Justiça de Transição no Brasil, ver: Soares, Inês Virgínia P. e Zilli, Marcos, *Anistia, Justiça e Impunidade. Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010. Dimoulis, Dimitri, Martins; Antonio, Swensson Junior, Lauro Joppert e Neumann, Ulfrid, *Justiça de transição no Brasil*, São Paulo, Editora Saraiva, 2010. Soares, Inês Virgínia Prado e Kishi, Sandra Akemi Shimada (coord.), *Memória e verdade. A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009.

[16] Corte IDH, Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, Exceções Preliminares, Fondo, reparação e custas, Sentença

série C, nº 219, de 24 de novembro de 2010, Parágrafo 256, caput, sublinhei.

[17] O Brasil subscreveu, mas não ratificou a CIDFP (<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/I.Desaparecimento.Rati.htm>, acesso em 11/10/2011 às 15h 55) e foi condenado a criminalizar o desaparecimento forçado pela Corte IDH. Foi apresentado, em seguida, o Projeto de Lei 245/2011 no Senado para tipificar esse delito atualmente na Comissão de Constituição e Justiça.

[18] XXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

[19] Artigo II: Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

[20] Art. 7º, II, "i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo."

[21] Ver: Ambos, Kai e Böhm, Maria Laura, *La Desaparición Forzada de Personas como Tipo Penal Autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*, In: *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Editorial Temis S. A., pp. 206-208 e 218-230.

[22] Ambos, Kai e Böhm, Maria Laura, *La Desaparición Forzada de Personas como Tipo Penal Autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*, p. 231.

[23] "Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos. § 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos: I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital; III - se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias. IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) V - se o crime é praticado com fins libidinosos. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) § 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral: Pena - reclusão, de dois a oito anos." A aplicação desse tipo, em face de sua vigência desde a ditadura até hoje, concilia-se com o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XXXIX da CF).

[24] Nucci, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 7. Ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pp. 634-637. Prado, Luís Regis,

Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial Arts. 121 a 249. Volume 2. 8. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 237-247. Noronha, Magalhães, Direito Penal. Volume 2. Dos Crimes contra a Pessoa. Dos Crimes contra o Patrimônio, 33. Ed., São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 168-175. No mesmo sentido, autores clássicos do Direito Penal brasileiro: Bruno, Anibal, Direito Penal. Tomo 4o. Parte Especial, Crimes contra a pessoa, Rio de Janeiro, Forense, 1966, pp. 369-378, Hungria, Nelson, Comentários ao Código Penal. Volume VI. Arts. 137 a 154, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, pp. 189-198. Segundo Hungria, "São essentia do crime em questão em sua dupla forma: a) detenção ou retenção de alguém em determinado lugar; b) dissentimento, explícito ou implícito, do sujeito passivo; c) ilegitimidade objetiva da retenção ou detenção; d) dolo." Hungria, Nelson, Comentários ao Código Penal. Volume VI. Arts. 137 a 154, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 193.

[25] Sobre a definição do bem jurídico do desaparecimento forçado ver: Ambos, Kai e Böhm, Maria Laura, La Desaparición Forzada de Personas como Tipo Penal Autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa, pp. 205-206.

[26] Ver: Bruno, Anibal, Direito Penal. Tomo 4o. Parte Especial, Crimes contra a pessoa, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 376. Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 7. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 635. Prado, Luís Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial Arts. 121 a 249, Volume 2, 8. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 243. Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume VI. Arts. 137 a 154, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 192. Noronha, Magalhães. Direito Penal, Volume 2, Dos Crimes contra a Pessoa. Dos Crimes contra o Patrimônio, 33. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 171.

[27] Ver os seguintes precedentes do STF sobre Seqüestro e Extorsão Mediante Seqüestro como crimes permanentes: HC 73521-5, Ceará, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.1996, Extradicação 436-1, Pleno, rel. Min. Djaci Falcão, DJ 26.09.86, HC 62.876-1, Rio de Janeiro, 1ª Turma, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16.08.1985, HC 33.295, São Paulo, Pleno, rel. Min. Abner de Vasconcelos, DF 6.10.84

[28] Houve aditamento da ação para incluir o seqüestro de um menor, posteriormente encontrado.

[29] A certidão de óbito poderá ser emitida conforme previsto pela Lei 9.140/95, alterada pela Lei nº 10.536/2002, que declararam mortos os desaparecidos (conforme anexo) com a da certidão de óbito ou justificação judicial (art. 3º da Lei 9.140/95)

[30] Recentemente, o STF ratificou referida jurisprudência para postergar o termo a quo da prescrição em caso de continuidade delitiva, como ocorre no caso de lavagem de dinheiro: "Consignou-se que, embora as transferências ilícitas de recursos para o exterior tivessem ocorrido antes de 4 de março de 1998, enquanto os valores correspondentes não viessem a ser legalmente repatriados ou remanescessem ocultos no exterior, o crime de lavagem de capitais continuaria sendo perpetrado", STF, Inq 2471/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 29.9.2011. (Inq-2471), noticiado no informativo 642 (de 26 a 30 de setembro de 2011).

[31] A eventual e controversa aplicação da imprescritibilidade,

fundada no direito internacional e na decisão da Corte IDH, ou a existência de causas de suspensão ou interrupção, exige sentença judicial em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

[32] Ver: STF, Voto do Min. Peluso na ADPF 153, STF.

[33] Ainda que se reconheça, por sentença, a prescrição em decorrência da Lei 9.140/95 e da consequente emissão de certidão de óbito (com detalhamento da data, local e provável causa mortis), não prescindiriam de investigação mais aprofundada dos casos de desaparecimento cuja eventual (embora muito provável) morte não tenha sido esclarecida e não conste do respectivo anexo, como ressaltou a Corte IDH no caso Araguaia.

[34] Para uma visão comparada da anistia ver: Mallinder, Louise, Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties, In: Ambos, K. et. al. (eds.), Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development, Berlin and Heidelberg, Springer-Verlag, 2009, p. 132.

[35] Sobre anistia no Brasil ver: Carvalho Filho, Aloysio. Comentários ao Código Penal. Vol. IV, p. 103-206. Bruno; Anibal, Direito Penal. Parte Geral. Tomo 3º. Pena e Medida de Segurança, p. 202-204. Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique, Manual de Direito Penal. Parte Geral, 5. ed., São Paulo, RT, 2004, p. 711-712. Prado, Luís Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Arts. 1º a 120. Vol. 1, 9 ed., São Paulo, RT, 2010, p. 655-656. Queiroz, Paulo, Direito Penal. Parte Geral, p. 394-395.

## Reseña de la segunda sentencia del Tribunal Constitucional del 4.05.2011 sobre la medida de seguridad[1]

Szymon widerski



### Introducción

En el código penal alemán (StGB) rigen las dos modalidades fundamentales de sanción de un sistema penal[2]: las penas[3] (§§ 38 ss. StGB[4]) y las medidas de corrección y seguridad[5] (§§ 61 ss.). La regulación sobre la medida de seguridad (§§ 66 ss.) ha sido puesto bajo la lupa y declarada finalmente como inconstitucional[6] por el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG), a consecuencia de la decisión tomada el 4.05.2011 en el marco de un recurso de amparo[7]. En razón de esto, se desprenden importantes modificaciones dentro del sistema dual de sanciones alemán.

Las razones por las que el Tribunal Constitucional ha retomado[8] la evaluación sobre la constitucionalidad de la medida de seguridad fueron las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el tema[9]. El Tribunal Constitucional presentó estas sentencias como fundamento de su decisión e incluso transformó los requisitos del TEDH[10].

Es menester destacar que la Convención Europea de Derecho Humanos (CEDH) es considerada como una simple Ley Federal[11] – como cada Convención Internacional según el Art. 59 inc. 2 Constitución Alemana –, es decir, tiene rango infraconstitucional respecto de la Constitución Alemana. Esto genera dos consecuencias jurídicas en el ámbito interno:

- a) la primera, jurídico-material, ya que una violación de los mandatos de la CEDH no implica por sí sola la nulidad de la Ley[12];
- b) la segunda, jurídico-procesal, ya que tal violación no es suficiente para ser alegada por medio de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional[13].

La sentencia del 4 de mayo de 2011 otorga una luz decisiva sobre aspectos constitucionales y procesal-constitucionales acerca de la relación entre el derecho alemán y el derecho de la Convención, así como sobre

la relación entre el guardián de la Ley Fundamental Alemana (BVerfG) y el guardián de la Convención Europea (TEDH).

Debido al limitado espacio no es posible analizar en este artículo de manera rigurosa todos y cada uno de los puntos de la sentencia aludida y sus respectivas consecuencias. Por lo tanto, el propósito de este comentario es presentar los aspectos más importantes de la sentencia. Con ello se espera animar al lector a realizar sus propias lecturas. Específicamente se abordarán dos aspectos: la relación del derecho alemán – especialmente de la Constitución Alemana – con la CEDH y la aludida inconstitucionalidad de la medida de seguridad[14].

### I. Relación Constitución Alemana – CEDH

A pesar de su rango formal, la CEDH tiene un especial significado constitucional en Alemania: tanto el texto de la Convención como también la jurisprudencia del TEDH se consideran como criterios auxiliares de interpretación para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y principios jurídico-estatales de la Constitución Alemana[15]. Se trata de una obligación de sujeción que se deriva[16] del principio de empatía jurídico-internacional de la Constitución (Völkerrechtsfreundlichkeit)[17] y de la orientación sustancial de la Constitución sobre la base de los derechos humanos[18]. El cumplimiento de esta obligación no exige una identificación esquemática de cada uno de los términos constitucionales con los de la CEDH[19], pero los valores de ésta deben ser considerados y consultados[20] a la hora de los balances en el marco del test de proporcionalidad[21].

Sin embargo, la recepción de la CEDH debe terminar en el instante en el que por medio de ella, la protección constitucional de derechos fundamentales se limitase o se redujera[22] o los métodos reconocidos de interpretación legal o constitucional no la consintieran[23]. De otra manera, debería interpretarse e implementarse el derecho interno alemán fundamentalmente a la luz de la CEDH.

El Tribunal Constitucional se refiere, sin embargo, no solo a la pregunta por la relación

entre el derecho alemán y la CEDH, y a las preguntas metodológicas sobre la incorporación de la Convención y la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento jurídico alemán, sino que, además, abarca el derecho procesal constitucional alemán.

Dicho Tribunal ha declarado constitucional en el año 2004 los §§ 67d inc. 3 frase 1 y el Art. 1a inc. 3 EGStGB (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch – Ley de incorporación al Código Penal) – que en su contenido corresponde al § 2 inc. 6. La validez jurídica de la declaración sobre compatibilidad entre “Ley (en el derecho interno) y Constitución” al tenor de la decisión del Tribunal Constitucional constituyó básicamente un obstáculo procesal desde el punto de vista de un nuevo análisis normativo de la misma Ley[24]. Por lo tanto, surge el interrogante de si el nuevo recurso de amparo – en tanto al mismo se remiten los §§ 67d inc. 3 frase 1 en concordancia con el § 2 inc. 6 – se ve afectado por dicho obstáculo procesal (res judicata) y si es por ello inadmisibile respecto a las normas cuya constitucionalidad ya fue confirmada.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta que el obstáculo procesal no se aplica ni se considera cuando tienen lugar cambios de la situación jurídica o sustancial posteriores y jurídicamente relevantes[25]. Con esto se hace necesaria la pregunta sobre qué significado podrían tener en este contexto las decisiones tomadas por el TEDH. Las decisiones del TEDH tienen efecto declarativo y entonces no podrían producir ningún cambio inmediato de la situación jurídica[26]. Como se mencionó, las decisiones del TEDH deben considerarse en la interpretación legal y por lo mismo tienen un significado jurídicamente relevante. De este hecho parte el Tribunal Constitucional para decir que las decisiones del TEDH pueden estar al mismo nivel de una modificación jurídicamente relevante[27].

## II. La medida de seguridad

La función central del Estado liberal democrático consiste en asegurar una convivencia libre y pacífica bajo la garantía de todos los derechos fundamentales

constitucionalmente previstos[28]. Este Estado está llamado a crear y mantener las condiciones necesarias para el desarrollo de la libertad individual: en el marco de sus funciones se incluye también el aseguramiento de la seguridad pública. Para cumplir con esta tarea, el Estado está autorizado a intervenir en el ámbito de las libertades individuales. En otras palabras, el concepto de seguridad se lleva a cabo a expensas de las libertades individuales. Al mismo tiempo, el Estado debe tener en cuenta el hecho de que su soberano - el pueblo del Estado – le exige respetar las libertades individuales tanto como sea posible. Las intervenciones estatales en los derechos fundamentales deben ser justificadas y no pueden ir más allá de lo absolutamente necesario para el cumplimiento de las tareas del Estado. Está claro que todos los organismos gubernamentales buscan la máxima realización posible de las dos tareas (seguridad pública y libertad individual) y en casos de colisión debe tomarse una decisión razonable y balanceada[29]. La acción del Estado aquí también está sujeta al principio constitucional de proporcionalidad.

El propósito de la detención preventiva de aseguramiento consiste sólo en la protección futura de la sociedad y sus miembros debido a un comportamiento individual considerado en el pasado como altamente peligroso[30]. Del propósito específico de la medida de seguridad se desprende que ella está determinada a realizar el interés público a costa del interés de la libertad individual. La detención preventiva es por tanto una grave violación de la libertad de la persona afectada[31]. Desde el punto de vista del Estado liberal y de la especial intensidad de sus intervenciones, debe construirse el concepto normativo general de la medida de seguridad de tal manera que quede claro que el “sacrificio” especial que realiza el afectado con dicha medida debe durar lo más corto posible[32]. La concepción normativa actual de la medida de seguridad no garantiza al detenido ningún internamiento de carácter terapéutico ni orientado a la libertad[33]. Dicha medida conduce a un equívoco entonces por medio del test de

proporcionalidad, pues la afectación a la libertad que se lleva a cabo con la medida de seguridad por medio de una ejecución de la medida que no se orienta ni a la libertad ni a fines terapéuticos, no llega a ser compensada[34]. La configuración actual de las modalidades de ejecución de la medida de seguridad no considera suficientemente el interés de libertad durante el transcurso del cumplimiento de la medida de seguridad, interés que aumenta (o debería aumentar) con el paso del tiempo. La falta de leyes adecuadas repercute en la delegación real de la obligación de hacer efectivo el derecho a la libertad individual de la persona detenida a los poderes ejecutivo y / o judicial y deja dicho derecho a la discreción de estos, sin determinar requisitos específicos[35]. El legislador contraviene con ello aquellas obligaciones que resultan del principio de materialidad de la constitución y el mandato de determinación[36]. El Tribunal Constitucional obliga al legislador a partir de ahora a la propia configuración de un nuevo concepto de regulación para la medida de seguridad orientada a la libertad y de carácter terapéutico, en el que llegue a reflejarse suficientemente el carácter preventivo especial de la misma. En ese sentido, el legislador tendrá que determinar de manera suficiente una serie de principios y mandamientos[37] que ya fueron formulados por el Tribunal Constitucional[38]. Este Tribunal fundamenta la conformidad constitucional del concepto de detención preventiva o medida de seguridad en el mandato de separación, del cual también son expresión también otros principios o mandatos. Según el mandato de separación, la privación de la libertad tiene que ser llevada a cabo de manera claramente diferente y distante a la ejecución de la pena, de tal manera que la perspectiva de recuperación de la libertad determine visiblemente la praxis del internamiento[39]. Según el mandato de individualización y determinación, el legislador tiene que garantizar al detenido un asesoramiento individual e intensivo por medio de un equipo interdisciplinario con personal cualificado[40]. El nuevo concepto exige asimismo algunas transformaciones en

infraestructura: es necesario un internamiento separado de la ejecución de penas ordinarias en recintos especiales, sin embargo, no con una completa separación espacial de la ejecución de penas (mandato de división) [41]. El detenido tiene derecho, según el Tribunal Constitucional, a la ejecución de medidas que ofrezcan la minimización de su peligrosidad. Este enfoque debe proporcionar la adecuada asistencia al afectado, así como asegurar un suministro suficiente de otros tipos de asistencia para respaldar la salvaguardia de sus derechos e intereses (mandato de protección y apoyo) [42].

### III. Conclusión

El fallo del Tribunal Constitucional es interesante e instructivo, ya que contiene no sólo las expresiones abstractas para la incorporación de los valores de la CEDH en el derecho alemán, sino que también demuestra ejemplarmente como debería ser semejante implementación. En el contexto de la relación entre el TEDH y el Tribunal Constitucional es de especial importancia destacar el hecho de que los pronunciamientos del TEDH pueden llegar a superar el obstáculo procesal res judicata y al mismo tiempo estimular al Tribunal Constitucional a retomar el control constitucional sobre normas ya controladas y declaradas constitucionales.

Asimismo, la sentencia es de especial importancia ya que manifiesta la contribución del Tribunal Constitucional en la discusión crítica frente a la medida de seguridad y el derecho a la libertad. Ahora, y de acuerdo con las exigencias del TEDH, el Tribunal Constitucional prohíbe expresamente la infravaloración de la libertad al tratarse cuestiones relativas al concepto de seguridad pública. Esto contribuye al fortalecimiento del concepto de libertad individual como límite a las intervenciones estatales.

-----

[1] Diplom-Jurist y Magister Legum Europea (MLE) de la Universidad de Göttingen, Doctorando en la Universidad de Göttingen. Desde 2011 se desempeña como investigador y docente en la Cátedra de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Penal comparado e Internacional en el Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen [szymon.swiderski@jura.uni-

goettingen.de]. El autor agradece al Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires) por su lectura crítica y valiosos comentarios. Traducción de John E. Zuluaga T., abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Universidad de Göttingen; Becario del DAAD y miembro del GLIPGö.

[2] Sobre el tema Claus Roxin: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 4. Ed., München: C.H. Beck (2006), p. 2 s.

[3] Las penas están vinculadas a la culpa y tienen una repercusión represiva, *ibidem* p. 2.

[4] Todos los §§ sin datos adicionales pertenecen al StGB.

[5] Al contrario de las penas, las medidas de corrección y seguridad no se vinculan a la culpa y tienen exclusivamente efectos preventivos. Por todos véase Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11va Edición, Bielefeld: Verlag Ernst y Werner Gieseking (2003), p. 793.

[6] Las respectivas normas, sin embargo, siguen vigentes. La medida de seguridad puede ser ordenada en la forma legal actual teniendo en cuenta los requisitos del Tribunal Constitucional hasta el 31.05.2013. Desde el 31.05.2013 pierden vigencia las normas legales actuales sobre la medida de seguridad. Estas fechas valen también para el plazo que el Tribunal Constitucional ha dado al legislador para la aplicación de los requisitos de la sentencia. Véase BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, nm. 167 ss.

[7] BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, disponible en: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504\\_2bvr236509.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html)

[8] El Tribunal Constitucional se ha ocupado de la problemática de la medida de seguridad en el año 2004. En la sentencia del 5.02.2004 – 2 BvR 2029/01 – (BVerfGE 109, 133) declaró constitucional el § 67d inc. 3 StGB y Art. 1a inc. 3 EGStGB en la versión de la Ley para la lucha contra delitos sexuales y otros delitos peligrosos del 26.01.1998. Sobre esta sentencia véase María Laura Böhm, “Reseña de la medida de seguridad ulterior (§ 66b StGB)”, *Boletín Semestral GLIPGö* No 1 Mayo 2011, p. 23 s. con otras referencias.

[9] El TEDH ha declarado incompatible los §§ 66b, 67d III en concordancia con § 2 VI y § 7 II de la ley de enjuiciamiento juvenil con los Art. 5 y 7 CEDH, y por ello como no conformes a la convención. Desde la perspectiva del § 67d III, véase European Court of Human Rights (ECHR), *M. v. Germany*, 17.12.2009, No. 19359/04; desde el punto de vista del § 66b véase ECHR, *Haidn v. Germany*, 13.01.2011, No. 6587/04. Véase también Böhm, *supra* nota 8, p. 24 s. con otras referencias.

[10] En especial ténganse en cuenta los siguientes párrafos de la sentencia: nota marginal (nm) 102, 109, 113, 114, 140 ss. En el pasado, el Tribunal Constitucional fue un poco reacto frente a Tribunales supranacionales. Sobre la relación frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) cfr. la muy conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE 37, 271 ss. – Solange I; BVerfGE 73, 339 ss. – Solange II), véase también Matthias Herdegen: *Europarecht*, 13a. Ed., München: C.H. Beck (2011), p. 225.

[11] Christoph Grabenwarter: *Europäische*

*Menschenrechtskonvention*, 4 Ed., München [u.a.]: C.H. Beck [u.a.] (2009), p. 18. De esto parte también el Tribunal Constitucional en su continua jurisprudencia, véase BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 120; 111, 307, 316 s. y BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, nm. 87. Este punto de vista es dominante, sin embargo no indiscutible. Sobre el estado de opiniones véase *ibid.*, p. 20s.

[12] Lesión a la convención significa la lesión a la obligación jurídica-internacional por parte de un Estado y solo es relevante, formalmente visto, desde el punto de vista jurídico internacional. Véase Christoph Grabenwarter (*supra* nota 11), p. 20. A nivel interno se trata de la colisión de 2 leyes estatales. En este contexto es de destacar que la sentencia del TEDH acarrea un efecto declarativo y no vinculante. Esto se traduce en un retroceso del art. 41 de la CEDH. Una directa nulidad legal qua sentencia del TEDH no puede seguirse, pues el TEDH no puede anular ningún acto administrativo, ni sentencias judiciales, ni texto legal alguno. En extenso sobre las repercusiones de las sentencias del TEDH, Jens Meyer-Ladewig: *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Ed., Baden-Baden: Nomos (2006), p. 329 s.

[13] Véase BVerfGE 74, 128 con otras referencias. El Tribunal Constitucional tiene como parámetro de control fundamentalmente la Ley fundamental alemana. Por todos véase BVerfGE 111, 317.

[14] Específicamente sobre la problemática de la medida de seguridad ulterior véase la primera edición del boletín GLIPGö (Böhm, *supra* nota 9).

[15] Véase BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, argumento conductor (Leitsatz) No. 2 a).

[16] *Ibidem*, nm. 86 y nm. 90.

[17] En consecuencia, están todos los órganos estatales obligados a preservar la compatibilidad del derecho alemán con el derecho internacional, véase BVerfGE 112, 25 s. in extenso y con otras fuentes sobre el principio de condescendencia frente al derecho internacional Hans D. Jarass, Bodo Pieroth: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 10ª Ed., München: C.H. Beck (2009), p. 587.

[18] El carácter condescendiente de la Constitución alemana frente a los derechos humanos se desprende especialmente del compromiso del pueblo alemán por la inviolabilidad e inajenabilidad de los derechos humanos en Art. 1 inc. 2. Véase BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, nm. 90.

[19] *Ibidem* nm. 91 y *passim*.

[20] BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, nm. 94.

[21] En el marco de la proporcionalidad son evaluados, desde el punto de vista del propósito legítimamente perseguido, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida o intervención estatal. En extenso sobre el principio de proporcionalidad véase Robert Alexy: *Theorie der Grundrechte*, 1. Auflage, Baden-Baden: Nomos (1985), p. 100 ss.

[22] Este problema podría surgir ante todo con las relaciones multipolares de derechos fundamentales. Con ello se hace referencia a constelaciones en las que un “más” en libertad significa para otros titulares de derechos fundamentales un “menos”. Véase BVerfG, 2

BvR 2365/09 del 4.5.2011, argumento conductor (Leitsatz) 2 c) y nm. 93 con otras fuentes. Sobre el tema también Rudolf Geiger: Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht, 5a Ed, München: C.H. Beck (2010), p. 349 con ejemplos concretos sobre la (problemática) relación multipolar de derechos fundamentales. Se debe ser claro, en consecuencia, en el sentido de que la CEDH es resultado del compromiso de unificación de un gran número de partes de la convención y en esa medida establece estándares para todos los Estados parte, que sin embargo son “estándares mínimos”. Véase Jens Meyer-Ladewig (supra nota 12) p. 340, véase también BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, nm. 49. El posible problema de la violación de la CEDH por la restricción de altos estándares nacionales de derechos fundamentales fue mencionado y contrarrestado en el Art. 53 CEDH: Las regulaciones de la CEDH no pueden quebrantarse para la limitación de la protección nacional de derechos fundamentales. Véase Jochen Abr. Frowein, Wolfgang Peukert: Europäische Menschenrechtskonvention, 2a Ed., Kehl [u.a.]: N. P. Engel Verlag (1996), p. 738.

[23] Véase BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, argumento conductor (Leitsatz) No. 2 c).

[24] Ibidem nm. 82 con otras fuentes.

[25] Asimismo desde el punto de vista del Estado de derecho, especialmente desde el principio de la división de poderes, seguridad jurídica y el principio de democracia formal, parece problemático que el Tribunal Constitucional diseñe (por sí misma) la base normativa de sus actividades.

[26] Véase sobre esto infra nota a pie 12.

[27] BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, nm. 82.

[28] Aquí se hace referencia al modelo estatal contractual en sentido clásico (Locke/Rousseau). Sobre este y otros modelos estatales véase Karl Doehring: Allgemeine Staatslehre: Eine systematische Darstellung, 3. Ed., Heidelberg: C.F. Müller (2004), p. 80 ss.

[29] Para una completa discusión puede verse en Reinhold Zippelius: Allgemeine Staatslehre, 16 Ed., München: C.H. Beck (2010), p. 99 ss.

[30] BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, nm. 105.

[31] In extenso sobre los fundamentos para la aprobación de una intensa afectación ibidem nm. 101.

[32] Véase ibidem.

[33] Una controversia crítica con el actual sistema de ejecución de penas puede verse asimismo en nm. 119 ss.

[34] Ibidem nm. 96.

[35] Ibidem nm. 110.

[36] Objeto de la teoría de la esencialidad (Wesentlichkeitstheorie) es la pregunta sobre cuáles asuntos deben ser regulados en una ley formal (parlamentariamente emitida). Según el Tribunal constitucional, “el legislador tiene que tomar por sí mismo en los campos normativos fundamentales todas las decisiones esenciales (BVerfGE 84, 226 con otras referencias). Con la determinación del campo normativo fundamental se centra la relevancia para derechos fundamentales de una medida estatal. Este es el caso cuando un cuestionable comportamiento estatal es esencial para derechos fundamentales (BVerfGE 47, 79; 80, 132; 98, 251). La teoría de la

esencialidad se ocupa no solo de la pregunta sobre qué debe llegar a ser regulado por parte del legislador, sino que también da luces acerca de la necesidad de densas regulaciones. Véase para todo Steffen Detterbeck: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Ed., München: C.H. Beck (2004), p. 79 ss. Entre más fuerte sean afectados los derechos fundamentales y entre más importante sea el asunto para la generalidad, más detallada y exacta debe ser la regulación legal.” ibidem p. 81.

[37] Abajo en el texto y por falta de espacio sigue la corta y concisa representación de los principios elegidos. Más allá de ello contiene la sentencia: principio de ultima ratio (nm. 112), mandato de motivación (nm. 114), principio de minimización (nm. 116) y el principio de control jurídico-procesal (nm. 118).

[38] Desde el punto de vista del principio de división de poderes no deja de ser problemático que la rama judicial en gran medida quiera influir en el trabajo legislativo. El Tribunal Constitucional ha criticado explícitamente en su sentencia que las exigencias colocadas por él mismo en el año 2004 no sean cumplidas y sean desatendidas por posteriores reformas (BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, nm. 120). El no seguimiento de los requisitos anteriores podría ser también una causa para las declaraciones relativamente detalladas del Tribunal Constitucional sobre la futura configuración de las leyes.

[39] BVerfGE 109, 166 y BVerfG, 2 BvR 2365/09 del 4.5.2011, nm. 101.

[40] Asimismo nm. 113. Este precepto lo incorpora el Tribunal Constitucional apoyándose en la decisión del TEDH. A partir del hecho de que el Tribunal Constitucional ha obligado al legislador a considerar este mandato, toma el TEDH indirectamente – sobre el Tribunal Constitucional – influencia sobre la configuración de la legislación alemana. Desde el punto de vista del principio de soberanía no parece poco problemático el hecho que un tribunal supranacional contribuya a diseñar la futura ley.

[41] Ibidem nm. 115.

[42] Ibidem nm. 117.

Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana

Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Instituto de Ciencias Criminales, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, 5-16 de septiembre de 2011



**Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana Göttingen (Alemania) 5 – 16 de septiembre de 2011**

Por John E. Zuluaga Taborda, LL.M.[1]

A propósito de la constitución del Grupo Latinoamericano de Investigación del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen (GLIPGö)[2], su director (RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Juez Tribunal Provincial de Göttingen), Coordinadora (Dra. María Laura Böhm) e integrantes estimaron necesario establecer un escenario en el que tanto juristas latinoamericanos como alemanes pudieran intercambiar y revisar de manera más directa doctrinas, opiniones y discursos sobre las Ciencias Criminales en Alemania en lengua castellana y portuguesa. A ese fin respondió la primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal que se

llevó a cabo en Göttingen (Alemania) entre los días 5 y 16 de septiembre de 2011. Con ella se puso a disposición de estudiantes, investigadores, profesores y prácticos, provenientes de 13 países latinoamericanos, un curso compacto en el que pudieron discutirse asuntos propios de la dogmática penal, la política criminal, la criminología y la formación jurídica en Alemania. En dicho evento, sin antecedentes en las universidades de lengua alemana (incluidas las pertenecientes a Austria y Suiza), participaron renombrados profesores y prácticos alemanes, quienes por medio de clases magistrales y el trabajo en módulos de estudio abordaron de manera rigurosa y extensa asuntos centrales de las Ciencias Criminales en Alemania y del derecho penal europeo e internacional. Como docentes durante las jornadas participaron – en orden alfabético – el mismo Prof. Ambos, el Dr. Torben Asmus (Fiscal, Fiscalía de asuntos económicos, Göttingen), el Prof. Dr. Klaus Bodemer (GIGA Institut für Lateinamerika-Studien Hamburg), la Dra. María Laura Böhm (Georg-August-Universität Göttingen, GAU), el Dr. Christoph Burchard (Eberhard-Karls-

Universität Tübingen), el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser M.C.J. (Albert-Ludwig-Universität Freiburg i. Br., ALUF), el Prof. Dr. Dr. h.c. Karl Heinz Gössel (Friedrich Alexander Universität Erlangen-Nürnberg), el Dr. Luis Greco (Ludwig-Maximilians-Universität München, LMU), el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn), el Privatdozent Dr. José Martínez Soria (GAU), el Prof. Dr. Walter Perron (ALUF), el Prof. Dr. Cornelius Prittitz (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main), el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin (LMU), el Prof. Dr. Helmut Satzger (LMU) y el Prof. Dr. Sebastian Scheerer (Universität Hamburg). Asimismo se desempeñaron como expositores en el módulo extracurricular relativo al estudio y la investigación en Alemania los miembros del GLIPGö John Zuluaga, Florian Huber y Luis Guijarro, y en la Mesa Redonda extracurricular sobre Derecho Penal Internacional el Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina), el Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú) y la magistrada Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil).

**I. Apertura**

La apertura del evento estuvo a cargo de la Prof. Dr. Hiltraud Caspar-Hehne, Vice-Presidenta de la Universidad de Göttingen, quien después de dar la bienvenida en nombre de la presidencia de la Georg-August Universität ha calificado la Escuela de Verano como una “premier alemana”. En la introducción a su discurso ha resaltado el rol de las ciencias jurídicas al momento de la fundación de la universidad[3] y ha recordado a muchos de los profesores que han permitido darle continuidad a esta tradición que llega a ser valorada actualmente como una iniciativa de excelencia, en tanto se ubica entre las nueve mejores Universidades alemanas[4]. En este contexto, la Sra. Vice-presidenta ha destacado la importancia de la Escuela de Verano para la universidad, por un lado, debido a que por primera vez se realizaría en español y portugués una actividad de extensión sobre el derecho penal y, por otra parte, había logrado convocar penalistas de primera línea tanto para las clases magistrales como para los bloques de estudio. Destacó

asimismo la importancia de reunir 70 científicos y prácticos latinoamericanos para la nueva estrategia de internacionalización de la Universidad, con la cual se busca un posicionamiento global de la misma.

Inmediatamente después tomó la palabra el Prof. Dr. Kai Ambos, director del Departamento de derecho penal extranjero e internacional, quien en primer lugar reunió a su alrededor a los integrantes del GLIPGö para presentarles públicamente su agradecimiento por el imprescindible trabajo preparatorio y de apoyo en la realización del evento. También resalto la cobertura informativa hecha por diferentes medios de comunicación en Göttingen, como una constancia de la importancia del evento para la Universidad y la ciudad de Göttingen.[5] También, resaltó las bondades que la estructura universitaria y sus diferentes dependencias tendrían para todos los participantes durante el evento, al permitirles a estos un fácil y completo acceso a las bibliotecas, bares, museos y lugares de asistencia e información. Seguidamente dio la palabra a la Dra. María Laura Böhm, coordinadora de la Escuela de Verano y del GLIPGö, quien ha manera de objetivos propuso, primero, que los participantes se empapasen del ambiente y ritmos de trabajo de la ciencia jurídico-penal alemana para luego contextualizar ello de la mejor manera posible en América Latina; segundo, que intercambiaran exhaustivamente no solo con expositores alemanes, sino también entre latinoamericanos, de tal manera que se posibilitara una exigente discusión y crítica a las recepciones del derecho penal alemán; tercero, que disfruten de la estadía en Alemania, sus tradiciones y su gente. Con estas palabras se dio cierre al acto de apertura y se abrieron las sesiones académicas, cuya primera presentación correspondió al Prof. Günther Jakobs, quien había llegado muy puntualmente al auditorio, incluso minutos antes del horario fijado, para dar comienzo a su Clase magistral.

**II. Imputación: Fundamentos y determinación de la conducta no permitida**

La primera clase magistral estuvo a cargo del Prof. Jakobs, en la que se presentaron las líneas fundamentales de un sistema de imputación para el derecho penal de la sociedad moderna. La tesis desarrollada, ya clásica en la obra del Profesor de Bonn[6], advirtió que la imputación jurídico-penal permite concretar el caso en que una norma, en razón del actuar de una persona, deba ser confirmada y cognitivamente corroborada, es decir, permite determinar cuándo un resultado deba ser concebido como contradicción a la norma. Con dicha presentación, el Prof. Jakobs intentó establecer que existen modelos sociales a partir de los cuales se determina el significado de la conducta y que la configuración de esos modelos es el resultado más relevante de la teoría de la imputación objetiva. Así entonces, la imputación jurídico penal cumple la función de determinar cuando un resultado debe ser concebido como contradicción a la norma por parte de una persona competente que se manifiesta de esa manera en el ámbito público. El hecho que contradice la norma es un hecho portador de un sentido delictivo, es decir que tanto en función de su semántica social como en su configuración normativa materializa un curso causal lesivo cuya evitación es competencia propiamente del autor.

### **III. Introducción al sistema jurídico y al derecho público alemán**

El módulo introductorio al sistema jurídico y derecho público alemán correspondió al PD Martínez Soria[7], quien hizo hincapié en el significado de la idea Estado democrático y Estado de derecho en Alemania y ahondó en la explicación de la organización del Estado federal alemán. Sobre ese fundamento hizo un recuento de los asuntos y principios constitucionales que informan y condicionan la aplicación del derecho penal en Alemania. En dicho recuento abordó principios tales como el de dignidad humana, Estado de Derecho, el mandato de tutela judicial efectiva, el derecho al juez legal, garantías legales en caso de privación de la libertad, el mandato de determinación legal de la pena, la prohibición de condenas múltiples y otros principios derivados como el derecho de audiencia, del

proceso equitativo e igualdad de armas. Al final de su exposición hizo algunos comentarios acerca de la privatización de funciones estatales en Alemania y sus consecuencias en el derecho público.

### **IV. El fin de la dogmática penal de la parte general**

En esa línea correspondió la presentación del Dr. Burchard[8], quien ha hecho una introducción a los principios fundamentales del derecho penal a la luz del derecho constitucional alemán, específicamente al principio de proporcionalidad, de legalidad y de culpabilidad[9]. Seguidamente, ha presentado algunas consideraciones sobre el fin de la dogmática penal de la parte general, específicamente el sentido de su rol en un llamado "estado" de crisis, en el sentido de sus objetivos y motivos y en el sentido de sus límites. En sus reflexiones finales destacó que la dogmática penal enfrenta muchas crisis, por ejemplo, de rendimientos o argumentativa y que las prácticas de los tribunales, especialmente el BGH (Bundesgerichtshof), se distancian mucho de la dogmática penal y no toman decisiones en base a necesidades dogmáticas. En su opinión, la dogmática no debe abandonar su pretensión científica y debe insistir en sistematizar y comentar las necesidades concretas de la práctica.

### **V. La función del derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo**

En el marco de las discusiones sobre asuntos de la parte especial del derecho penal alemán, el Prof. Prittwitz ha introducido, en perspectiva crítica, dos ponencias acerca de la función de del derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo y sobre las encrucijadas del derecho penal frente a la modernización acelerada y la demanda creciente de seguridad objetiva. En su primera presentación, ha hecho una delimitación sobre los riesgos en los que actualmente se le pide intervenir al derecho penal[10]. Sobre dicha delimitación ha formulado y analizado preguntas acerca del rol del derecho penal en ese contexto, sobre la inutilidad del derecho penal para enfrentar los riesgos referidos y los perjuicios del continuo

uso del derecho penal frente a problemas permitidos y sistémicos de las sociedades contemporáneas. Sobre este análisis ha terminado discutiendo por qué el derecho penal ha perdido su carácter y función original. En esa misma línea discursiva, en su segunda presentación, el Prof. Prittwitz ha descrito las principales reacciones de la política criminal frente a los desarrollos sociales más importantes de las sociedades modernas[11]. A partir de ello ha explicado el fenómeno de la falta de homogeneidad del derecho penal y la diversificación de sus respuestas. Asimismo ha descrito el panorama de críticas y sugerencias de solución a estas nuevas tendencias y ha presentado su posición frente a lo que han dado en llamar "la política criminal de la mano invisible", el "derecho penal para enemigos" y el "derecho de intervenciones o de segunda velocidad".

**VI. Principios del derecho procesal penal alemán y comparado**

Sobre el derecho procesal penal en Alemania ha introducido el Prof. Perron con una presentación relativa al ministerio Fiscal como director de la investigación en el proceso penal alemán. Después de describir los antecedentes, estructura y principios orgánicos de la Fiscalía alemana, ha expuesto sobre el desenvolvimiento de la Fiscalía en la fase de investigación y sus relaciones con la Policía, el juez de la investigación y la defensa. En su presentación llegó a ser establecido por qué el Ministerio Fiscal es el órgano central de la administración de justicia y de la política criminal y por qué en Alemania su trabajo es más administrativo que judicial[12].

**VII. La justicia penal y la investigación penal en Alemania**

Desde una visión más práctica, el Dr. Torben Asmus[13] ha comentado sobre el trabajo de la Fiscalía y ha facilitado con cifras una comprensión panorámica sobre la distribución del trabajo entre fiscales y el número de sobreseimientos y de acusaciones en el proceso penal alemán. Destaco que sólo una mínima parte de todos los procedimientos de instrucción abiertos acaba con la formulación

de una acusación. El 75% de todos los procedimientos penales en Alemania acaba con sobreseimiento. De estos, la mitad son sobreseimientos por falta de sospecha suficiente y el resto sobreseimientos bajo el principio de oportunidad.

**VIII. Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia**

El último día de la primera semana de curso, correspondió al Prof. Gössel su presentación, quien disertó acerca de la teoría de la imprudencia (Fahrlässigkeitslehre). En su conferencia[14], el Prof. Gössel hizo un recuento del desarrollo de la teoría del delito desde Bebing, para luego presentar un balance de la situación actual de dicha teoría. Seguidamente, presentó las referencias teóricas que en su consideración deberían informar los nuevos desarrollos de la teoría del delito. En ese sentido abordó el significado y repercusiones de la infracción a la norma como base de la teoría del delito, haciendo énfasis en la fundamentación del delito culposo.

**IX. Tendencias actuales de la política criminal**

Como cierre de la semana la Dra. Böhm ofreció una clase sobre las tendencias que se observan actualmente en las Políticas de Seguridad, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Se discutieron los problemas que presenta la identificación de la Política Criminal con las Políticas de Seguridad, identificación que debe evitarse; y se trataron conceptos surgidos en el ámbito alemán y europeo, que procuran funcionar o bien como fundamento para la acción (por ej. el Gefährder, la preventive justice), o como herramientas para el estudio crítico (securitization). A partir del análisis crítico de los conceptos securitización, y derecho anti-insecuritas se explicó la necesidad de abandonar al concepto Seguridad como fin rector del actual del sistema punitivo y el derecho penal.

**X. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima**

En la apertura de la segunda semana de sesiones, intervino el Prof. Albin Eser, quien abordó el tema de la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. En su presentación, ahondó sobre la relación, a veces problemática, entre bien jurídico y víctima, específicamente sobre la forma como el tema bien jurídico, en tanto referente político criminal, ha terminado produciendo cierta marginación de la víctima individual, especialmente en el proceso penal, y a una comprensión de la pena meramente institucional[15]. Según el Prof. Eser, en un contexto en el que la fijación primordial en el autor se ha constituido en la línea rectora de la evolución reciente del derecho penal, responde al hecho que “la doctrina se ha ido alejando del punto de partida individual del delito como lesión de un derecho subjetivo a favor de una ampliación a un bien jurídico no necesariamente subjetivo, en un progresivo proceso de abstracción de la víctima individual”[16] Al final de su presentación, ha considerado algunas razones político criminales por las que esa relación podría invertirse. La primera, es que al igual que la lesión de un bien jurídico que se manifiesta en la antijuridicidad, debe estar contenida también en el concepto de delito la lesión individual de intereses de la víctima afectada. Segundo, a partir de esa concepción institucional-individual de delito, la reparación debe concebirse como parte de la sanción. Tercero, en razón de lo anterior, la participación de la víctima en el proceso penal no sería una mera concesión, sino un derecho.

**XI. La europeización del derecho penal – La influencia del derecho de la unión europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros**

El Prof. Satzger ha disertado sobre el derecho penal europeo. La primera parte de su clase fue relativa a la influencia del derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal de los Estados miembros (europeización del derecho penal)[17]. En esta parte introductoria el Prof. Satzger se refirió a las formas más importantes de la europeización relacionadas respectivamente con el derecho penal material y procesal penal, diferenciando

sus consecuencias tanto para el legislador nacional como para los operadores jurídicos. En el segundo bloque de su curso abordó lo referente a la actual política criminal europea[18], donde introdujo el panorama de las discusiones político criminales más importantes en Europa. Entre sus conclusiones ha manifestado que la integración europea nunca debe prevalecer sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que la orientación de la política criminal europea debe desarrollarse sobre la base del principio de Estado liberal de derecho.

**XII. Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional – Un análisis del Estatuto de Roma**

En el modulo dedicado al derecho penal internacional intervino el Prof. Ambos. En su primera presentación abordó el tema del desarrollo histórico y el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional e hizo un recuento del significado del principio de complementariedad. Para el análisis de la aplicación de este último, en la segunda parte de su bloque, enfatizó en el caso colombiano con la ayuda de sus doctorandos Florian Huber (Alemania) y John E. Zuluaga T. (Colombia) quienes presentaron detalladamente el trato normativo y judicial dado a los combatientes desmovilizados bajo la llamada Ley de justicia y paz, responsables de los principales crímenes internacionales cometidos en Colombia[19]. Como actividad extracurricular, finalmente se llevó a cabo una mesa redonda con la participación de miembros del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre derecho penal internacional (Ezequiel Malarino – Argentina -, Carlos Caro – Perú - y María Thereza R. Assis Moura – Brasil -, con quienes se discutió entorno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de distintos tribunales nacionales sobre cuestiones del derecho penal internacional[20].

**XIII. Direito penal ambiental na Alemanha**

En la línea de discusión sobre dogmática penal, adicionalmente, intervino el Dr. Greco, quien en lengua portuguesa hizo un recuento de las principales discusiones acerca del

derecho penal ambiental en Alemania. Luego de presentar un panorama de la regulación jurídica de dicho tema, ha hecho examinado la evolución del mismo y ha enfatizado en dos problemas fundamentales: 1. La definición constitucional de medio ambiente[21] y 2. Las concepciones sobre el medio ambiente como bien jurídico (Concepção reducionista-antropocêntrica, Concepção ecocêntrica, Concepção administrativista, Concepção ecológico-antropocêntrica). Sobre la comprensión de bienes jurídicos colectivos, há descrito el marco de posiciones entorno al tema, específicamente la postura afirmativa de Tiedemann, la crítica de la llamada Escuela de Frankfurt y las replicas, por un lado, de Stratenwerth y, por otro lado, de Schünemann. Seguidamente há introducido la discusión sobre delitos de peligro abstracto, presentado su definición y un panorama de su clasificación (delitos de perigo potencial / de perigo abstrato-concreto / de conduta perigosa) y há hecho una especial anotación sobre los llamados delitos de cumulação.

**XIV. Sobre el terror y el terrorismo**

El Prof. Scheerer habló del origen del término terror y terrorismo, del desarrollo histórico del concepto, y de distintos enfoques teóricos (tomados de discusiones que tienen lugar en el ámbito de la psicología social) que tratan de explicar las fallas comunicacionales y perceptivas que impiden el acercamiento entre quienes son considerados terroristas, y quienes se consideran atacados por estos terroristas. En esencia propone tratar al terrorismo no como delito o crimen, sino como método utilizado en la comisión de un delito, que sólo puede ser considerado como método terrorista si reúne ciertas características: 1. Presencia de una secuencia de violencia; 2. Ideología u objetivos políticos; 3. Violencia brutal para influir psíquicamente a terceros; 4. Comisión inesperada y pública.[22]

**XV. Violencia y seguridad pública en América Latina y Europa – problemas y respuestas –**

El Prof. Bodemer, abordó el tema de la violencia en América Latina. A partir de

algunas cifras sobre la violencia en dicha región registradas por la OMS[23], planteó que el panorama actual de violencia corresponde ya no a una violencia política sino a una violencia social, reflejo de los crecientes problemas económico-sociales en la región y de un auge en la marginalización y pauperización de grandes capas de las sociedades latinoamericanas. Posteriormente presento algunos informes sobre el cuadro de violencia e (in)seguridad en América central, los países andinos y el cono sur, con fundamento en el proyecto RECAL “América Latina 2020”[24]. En sus conclusiones advirtió que las discusiones sobre el problema y las soluciones deben focalizarse más allá de cuestiones de policía y del orden público. Tiene causas múltiples y exige respuestas complejas y bien focalizadas. Según el Prof. Bodemer, aumentar la representatividad y legitimidad de las instituciones públicas, fortalecer el Estado de derecho, internalizar las reglas formales e informales (“rules of recognition”) y luchar contra la desigualdad que mina el Estado de derecho, son las medidas más aptas en la lucha contra la violencia y la inseguridad.

**XVI. El principio de protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto**

La clausura del evento estuvo a cargo del Prof. Roxin, quien se ocupó del significado del principio de protección de bienes jurídicos para la dogmática del injusto jurídico-penal. Con ello, abordó dicho significado respecto de la imputación objetiva, frente a la determinación del dolo y su delimitación en relación a la imprudencia, acerca del fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea, para la determinación de autoría y participación y la punibilidad de la omisión. Con su presentación se concibió la tesis fundamental según la cual toda teoría del injusto jurídico-penal puede desarrollarse y sistematizarse a partir de la idea de la protección del bien jurídico[25].

**XVII. Estudios e investigación en Alemania**

Como actividades extras se realizó una visita al Tribunal Provincial (Landgericht) de Göttingen donde los asistentes tuvieron la oportunidad

de presenciar una audiencia de juicio oral; y se se ofreció también un módulo referente a la formación jurídica básica y a las modalidades de estudios de posgrado, de doctorado en Alemania. Dicho módulo estuvo a cargo de miembros del GlipGö (Luis Guijarro, Florian Huber, John Zuluaga y Dra. María Laura Böhm) y en el mismo los asistentes pudieron consultar exhaustivamente sobre el funcionamiento del sistema de formación jurídica en Alemania y las posibilidades para el desarrollo de estudios de posgrado a nivel de maestría y doctorado; en la misma oportunidad se ofreció un acercamiento al sistema de trabajo académico e investigación que se lleva a cabo en las cátedras (Lehrstuhl) bajo la dirección de los Professoren alemanes. Last but not least, los participantes tuvieron la posibilidad de utilizar la biblioteca especializada de derecho penal extranjero e internacional y, de hecho, muchos pasaron mucho tiempo allá para investigar.[26]

**XVIII. Evaluación y conclusiones**

Al inicio del curso se entregó a los participantes una hoja evaluadora sobre la que podrían volcar su puntuación de cada módulo y actividad llevada a cabo en la Escuela de Verano; también se solicitaban puntuaciones generales relativas a la organización y se daba la posibilidad de realizar observaciones libres. Con satisfacción los organizadores pudimos comprobar que dichas evaluaciones confirmaban los comentarios positivos que en forma oral los participantes habían realizado durante las dos semanas. El grado de satisfacción con el curso rondó en la gran mayoría de los casos el puntaje máximo (entre 75 y 100 %). El nivel de los módulos, en que se daba puntaje de 1 a 5 (5 como mejor puntaje) a distintos criterios relativos al docente y la materia, se ubicó mayoritariamente entre 4 y 5 puntos. En las observaciones libres los participantes han destacado la calidad del curso y de la organización, ofreciendo a su vez muchos de ellos sugerencias constructivas para la optimización de diversos aspectos (horarios, materias, aprovechamiento del tiempo libre, material de estudio etc.). Sin dudas estas sugerencias serán consideradas detalladamente al momento de organizarse un

próximo curso.

Independientemente de las hojas evaluadoras, luego de concluirse el curso los organizadores hemos recibido correos casi de la totalidad de los participantes, ya regresados a sus países, donde reiteraban su agradecimiento y auguraban a esta primera escuela una larga vida en repeticiones venideras. Incluso a nivel humano, se han tejido lazos de amistad y cooperación que se ven continuados en foros en internet[27], constituidos espontáneamente con posterioridad al curso, y donde intercambian tanto participantes como organizadores del curso. Como resultado, en definitiva, puede decirse sin temor a la soberbia, que la Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática penal alemana ha sido un éxito rotundo, del cual podemos estar muy orgullosos.

[1] Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg August Universität Göttingen (Alemania); Becario del DAAD y miembro del Grupo Latinoamericano de investigación del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August Universität Göttingen (GlipGö).

[2] Sobre este grupo de investigación véase <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Forschung/grupo-latinoamericano-de-investigacion-penal-goettingen-glipgoe.html>.

[3] Sobre la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August véase <http://www.uni-goettingen.de/de/51752.html>.

[4] Acerca del posicionamiento de la Universidad véase el Worldwide Academic Ranking (<http://www.shanghairanking.com/ARWU2011.html>) y el Times Higher Education (<http://www.timeshighereducation.co.uk/world-university-rankings/2010-2011/top-200.html>).

[5] El evento fue destacado en el boletín nr. 185 del 02.09.2011 de la oficina de prensa de la Georg-August Universität Göttingen (<http://www.uni-goettingen.de/de/3240.html?cid=3971>). También tuvo cubrimiento en el Göttinger Tageblatt del día 3.09.2011, pág. 32, en donde con el título "Strafrecht: Sommerschule für Juristen" se resaltó el gran interés que despertó el nuevo programa académico en los países latinoamericanos.

[6] Véase Jakobs, Günther, *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin, de Gruyter, 1991, 7 Abschn., nm 5 ss.; „Tätovorstellungen und objektive Zurechnung“, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Dornseifer / Eckhard* (eds.), Köln, Heymanns, 1989, pp. 273 ss.; „Bemerkungen zur objektiven Zurechnung“, en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70 Geburtstag am 11 April 1999*, Weigend (ed.), Berlin, de Gruyter, pp. 45

y ss.: en español véase in extenso el mismo, La imputación objetiva en derecho penal, Buenos Aires, Ad hoc, 2002.

[7] El Dr. Soria es "Privatdozent" para las áreas de Derecho Público, Derecho Comunitario y Derecho Comparado. Actualmente es director del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Göttingen. Más información en <http://www.user.gwdg.de/~jmartin/> (visto por última vez el 10.10.2011).

[8] El Dr. Burchard es Docente de Derecho Penal Alemán e Internacional, Asistente y "Habilitation" de Prof. Dr. Joachim Vogel. Una descripción sobre sus trabajos en dogmática penal puede verse en [http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren\\_und\\_dozenten/vogel/mitarbeiter/burchard/Burchardesp/index.html](http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/vogel/mitarbeiter/burchard/Burchardesp/index.html) (visto por última vez el 10.10.2011).

[9] Las decisiones judiciales que soportaron la presentación pueden verse en [http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren\\_und\\_dozenten/vogel/mitarbeiter/burchard/escuela\\_de\\_verano\\_2011](http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/vogel/mitarbeiter/burchard/escuela_de_verano_2011) (visto por última vez el 10.10.2011).

[10] Sobre el tema es clásico su trabajo doctoral Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main, Verlag Vittorio Klostermann, 1993, 428 p.; puede verse también „Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung“, en Prittwitz / Manoledakis (eds.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999, 2000, pp. 163 ss.; „Risiken des Risikostrafrechts“, en: Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat - Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Frehsee/Löschper/Smaus (eds.), Band 5, 1997, pp. 47-65.; „Strafrecht und Risiko“ en: Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Manfred Rehbinder (ed.), Band 80, Rechtliches Risikomanagement; Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft. Alfons Bora (Coord.), Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 193-206.; „Risikogesellschaft und Strafrecht“, en: U. Neumann / C. Prittwitz (eds.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, pp. 131-174.

[11] Esta presentación fue publicada a manera de artículo. Véase "El derecho penal en la encrucijada: ¿Abolición, diversificación, volver al la razón o entrar en razón?", en: Universidad Nacional Mayor de San Marcos (ed.), Cuestiones actuales del sistema penal, Lima, Peru, 2008, pp. 49-65.

[12] El tema llegó a ser expuesto en detalle por el autor en "El Ministerio Fiscal – Director de la Investigación en el proceso penal alemán" (junto con Inmaculada López-Barajas Perea, en: Vicente Gimeno Sendra (ed.), El Ministerio Fiscal – Director de la Instucción, 2006, pp. 75- 96.

[13] El Dr. Asmus logró su título doctoral en la Universidad de Göttingen con la tesis "La armonización de los derecho morales en Europa". Actualmente es Fiscal especializado en delitos económicos y de crimen organizado en la Fiscalía de Göttingen.

[14] Véase en alemán: "Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre", en Lang, August (ed.), Festschrift für Karl Bengl, München, 1984, pp. 23 ss.

[15] La conferencia presentada fue publicada originalmente a manera de artículo en Cuadernos de conferencias y artículos 18 (1998), pp. 7-43.

[16] Ibidem p. 38.

[17] Sobre el tema puede véase in extenso Die Europäisierung des Strafrechts. Eine Untersuchung zum Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrecht auf das deutsche Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, 2001, pp. 15 ss.

[18] La conferencia presentada fue publicada originalmente a manera de artículo. Véase "La actual política criminal europea a la luz de "Dei delitti e delle pene", en: Matus, J. P. (ed.), 250 años después de "Dei delitti e delle pene". De la obra maestra a los becarios, Buenos Aires, Editorial B de F, 2011.

[19] En detalle sobre el tema puede consultarse Ambos, Kai (junto con Huber, Fuente-Rubilar y Zuluaga), 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, pp. 9 y ss.

[20] El tema de la mesa redonda ha sido tratado en detalle en Kai Ambos/Ezequiel Malarino (eds.), Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal internacional-tomo I, Montevideo (Konrad Adenauer Stiftung)/Bogotá (Temis), KAS, 2010/2011. El segundo tomo de la investigación sale en el momento de escribir estas líneas. Sobre el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre derecho penal internacional véase <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Forschung/lateinamerikanische-studiengruppe-zum-internationalen-strafrecht.html>.

[21] Según el art. 20a de la Constitución Alemana, medio ambiente es "natürliche Lebensgrundlagen": "Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung."

[22] Otras reflexiones del Prof. Scheerer sobre el tema pueden verse en Die Zukunft des Terrorismus: Drei Szenarien, Lüneburg, zu Klampen, 2002.

[23] Organización Mundial de la Salud, Word Report on Violence and Health, Washington, 2003, disponible en [http://www.paho.org/Spanish/AM/PUB/Violencia\\_2003.htm](http://www.paho.org/Spanish/AM/PUB/Violencia_2003.htm) (visto por última vez el 4.10.2011).

[24] Un resumen de estos trabajos está disponible en la página web de RECAL [www.recalnet.org](http://www.recalnet.org).

[25] Si bien esta es una tesis poco tratada en la doctrina, las posiciones fundamentales del Prof. Roxin sobre la limitación de la pretensión punitiva a lesiones de bienes jurídicos puede verse en su manual, Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo I, 4ª ed., 2006, § 2 pp. 14-29.

[26] Sobre esta biblioteca que ahora posee más que 11.000

volúmenes de literatura sobre derecho penal extranjero e internacional véase <<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/es/Bibliothek/bibliothek.html>>

[27] Como resultado de las iniciativas mencionadas, oficialmente los participantes en la escuela han abierto un grupo en facebook que con el nombre América Latina em Göttingen, en el cual ha prolongado el contacto e intercambio iniciado durante los días del evento. Véase <http://www.facebook.com/profile.php?id=841281472#!/groups/277441422274630/>





## Ciclo de Seminarios

En los últimos seis meses numerosos huéspedes han visitado nuestro instituto, de los cuales varios han participado en nuestro Ciclo de Seminarios, dándonos la oportunidad de conocer y debatir las investigaciones que están llevando adelante, o los resultados de trabajos terminados. En este semestre hemos incorporado al Ciclo de Seminarios la discusión con colegas de otras instituciones de temas que están siendo estudiados por miembros del GLIPGö. De esta manera nuestro Ciclo ha contado con las presentaciones de los siguientes expositores:



**PROF. DR. CARLOS ELBERT (ARGENTINA):** Modernidad y posmodernidad en la periferia latinoamericana (mayo)



**LAURO JOPPERT SWENSSON JR., LLM (BRASIL):** Justiça de Transição no Brasil: o problema da responsabilização penal (mayo)



**ABOG. ANA MARÍA TORRES CHEDRAUI, LLM (ECUADOR):** Supremacía de la búsqueda de la verdad en un proceso judicial sobre los derechos fundamentales: banco de pruebas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (septiembre)



**ABOG. JOHN ZULUAGA TABORDA, LLM (COLOMBIA – GLIPGö):** Sobre la desmovilización, desarme y reinserción en el marco de la Ley de Justicia y Paz (septiembre)



**DIPL. JUR. FLORIAN HUBER, LLM (ALEMANIA/COLOMBIA – GLIPGö):** Avances, retos y tendencias actuales en el juzgamiento de miembros de grupos armados ilegales por crímenes internacionales (septiembre)



**DR. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ (ARGENTINA):** Prueba y ley previa en el proceso penal (octubre)



**ABOG. GUSTAVO URQUIZO (PERÚ):** Responsabilidad penal del directivo por delitos cometidos a través de la empresa (octubre)

A todos ellos les agradecemos profundamente haber compartido su trabajo con nosotros, y habernos brindado durante y luego del Seminario su grata compañía.

Para mayor información sobre el Ciclo de Seminarios:

<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/es/Gaeste/Vortraege/>